UERJ OH STADO OF TO STADO

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais Faculdade de Direito

Savio Guimarães Rodrigues

O bem jurídico-penal tributário: Uma releitura do sistema punitivo brasileiro em matéria fiscal à luz de seu objeto de tutela

Savio Guimarães Rodrigues

O bem jurídico-penal tributário: Uma releitura do sistema punitivo brasileiro em matéria fiscal à luz de seu objeto de tutela

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Orientadora: Profa. Dra. Patrícia Mothé Glioche Béze

CATALOGAÇÃO NA FONTE UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R696b	Rodrigues,	Savio	Guimarães.

O bem jurídico-penal tributário: uma releitura do sistema punitivo brasileiro em matéria fiscal à luz de seu objeto de tutela. / Savio Guimarães Rodrigues. -2012.

185 f.

Orientador: Prof.ª Drª. Patrícia Mothé Glioche Béze. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito penal- Teses. 2. Direito penal tributário. I. Béze, Patrícia Mothé Glioche. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.37

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e cier dissertação, desde que citada a fonte.	ntíficos, a reprodução total ou parcial desta
Assinatura	 Data

Savio Guimarães Rodrigues

O bem jurídico-penal tributário: Uma releitura do sistema punitivo brasileiro em matéria fiscal à luz de seu objeto de tutela

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovado e	m 18 de setembro de 2012.
Banca Exan	ninadora:
	Prof. ^a Dr ^a . Patrícia Mothé Glioche Béze (Orientadora) Faculdade de Direito da UERJ
	Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza Faculdade de Direito da UERJ
	Prof. Dr. Rodrigo de Souza Costa Faculdade de Direito da UFF

DEDICATÓRIA

Elcio e Monica, meus exemplos de vida e luta, integridade e sensibilidade.

AGRADECIMENTOS

Todo o trabalho acadêmico por menor que seja exige sempre muito mais do que o simples esforço individual de seu autor. Muitas são as pessoas e instituições que, cada uma a seu modo e a seu tempo, tomam parte no processo de elaboração do texto e merecem uma sincera e justa lembrança.

Sinto-me especialmente grato à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que há oito anos vem me proporcionando um ambiente acadêmico único, no qual são cultivados o interesse pela pesquisa e o amor incondicional pelo Direito. Agradeço do mesmo modo à Universidade de Coimbra, seja por me conduzir a um olhar mais atento sobre a doutrina internacional seja pelas inestimáveis experiências e amizades que tanto me influenciaram.

Particularmente com relação a este estudo, é preciso dizer que uma parcela significativa de suas reflexões só foi possível com o suporte gentilmente oferecido pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* e seu acervo bibliográfico precioso.

Homenageio, ainda, meus colegas de pós-graduação, de maneira muito especial as doutoras Ana Luiza de Sá e Keity Saboya, por todo o incentivo e pelo companheirismo de sempre.

Deixo um agradecimento carinhoso à minha professora e orientadora, Patrícia Glioche, a quem devo o meu despertar para o direito penal e a inspiração para perseguir uma carreira acadêmica.

Em tom de admiração, também menciono aqui o professor Artur Gueiros, cuja dedicação profissional tive o prazer de acompanhar de perto e cujo interesse pelas nuances do direito penal econômico compartilho intensamente.

Não poderia terminar esta breve nota sem antes ressaltar a organização e o apoio administrativo da pós-graduação da UERJ. Faço questão de destacar todos aqueles que dela fazem parte, representados na pessoa de sua sempre simpática, prestativa e eficiente Chefe de Secretaria, Sônia Leitão.

A esses e a todos aqueles que contribuíram de algum modo para a conclusão deste trabalho, ainda que imperdoavelmente não contemplados de forma expressa nestas linhas, registro desde já minha mais profunda gratidão. Muito obrigado.

"O homem não é homem enquanto não puder praticar este grande ato de liberdade, que o tornará senhor de si, quando respeitará a dignidade alheia por amor a sua própria dignidade, e assim o fará porque quer e não porque deve. Aos que afirmam que o homem é incapaz de atingir esse reino de liberdade, replico-lhes que é a sua fraqueza que fala através de suas palavras."

RESUMO

RODRIGUES, Savio Guimarães. *O Bem Jurídico-Penal Tributário*: uma releitura do sistema punitivo brasileiro em matéria fiscal à luz de seu objeto de tutela. 2012. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

Para responder à indagação do que pretende o Estado com a criminalização das infrações tributárias a doutrina que se dedicou à análise desta espécie de crimes sustentou ser o fim da norma a proteção de um bem jurídico. Partindo-se dessa premissa foram tecidas inúmeras definições para o objeto de tutela daqueles delitos. Reconhecendo o problema decorrente desta indefinição, este estudo propõe avaliar a importância do bem jurídico na dogmática penal, seus contornos atuais e a sua aplicabilidade. Diante deste cenário, se torna possível vislumbrar o porquê da busca de um objeto de tutela e os critérios adequados à sua identificação. A partir destas ferramentas, passa-se ao levantamento crítico dos fundamentos e definições já sugeridos pela doutrina nacional e internacional, culminando em uma proposta alternativa que se entende coerente com as inafastáveis exigências constitucionais. Por fim, com o fito de reforçar a posição assumida e salientar suas vantagens, são abordados determinados pontos controversos no direito penal tributário a partir da perspectiva do bem jurídico proposto, as primeiras contribuições que um novo fundamento pode oferecer na releitura do atual sistema punitivo brasileiro em matéria fiscal.

Palavras-chave: Direito penal tributário. Crimes contra a ordem tributária. Bem jurídico. Bem jurídico supraindividual.

ABSTRACT

To answer the question of what the State intends to do with the criminalization of tax evasion the penal doctrine argued that the objective of the law could only be the protection of a legal good. In accord to this premise, the academic texts pointed numerous definitions for the violated object in tax crimes. Recognizing the problem, this study proposes to assess the importance of the legal good in dogmatic, its contours and its current applicability. In this scenario, it is possible to discern why the search for an object of protection and criteria for their identification is so important. With these tools, the dissertation passes to the survey and critique of the foundations and definitions suggested by the national and international doctrine, culminating in an alternative proposal appropriate and consistent with constitutional requirements. Finally, with the aim of strengthening the position taken in previous topics and highlight its advantages, are discussed certain controversial issues in tax criminal law from the perspective of the legal good proposed. The analysis focuses at the first contributions that can provide a new grounding in the current Brazilian punitive system.

Key Words: Tax criminal law. Tax evasion. Crimes against the taxation system. Legal interest. Collective legal interest.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg Agravo Regimental

AgRg no AREsp Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial CFRB Constituição da República Federativa do Brasil Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico

CP Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de

dezembro de 1940)

CTN Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de Outubro

de 1966)

DJ Diário da Justiça HC Habeas Corpus

ICMS Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços

IE Imposto de Exportação II Imposto de Importação

INSS Instituto Nacional do Seguro Social IPI Imposto sobre Produtos Industrializados

IPTU Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana ISS Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza

RE Recurso Extraordinário

REFIS Programa de Recuperação Fiscal

REsp Recurso Especial

STJ Superior Tribunal de Justiça STF Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	A TEORIA DO BEM JURÍDICO: AS ORIGENS DO CONCEITO	15
1.1	O contexto histórico iluminista	15
1.2	A doutrina privatista de Feuerbach	18
1.3	A crítica de Birnbaum e o surgimento da ideia de bem	21
1.4	O positivismo jurídico de Binding	25
1.5	O positivismo naturalista de Liszt	28
1.6	As reações neokantianas	31
1.7	O injusto penal nacional-socialista e a Escola de Kiel	36
1.8	A doutrina finalista de Welzel no pós-guerra	38
2	A TEORIA DO BEM JURÍDICO: O ESTÁGIO ATUAL DA DISCUSSÃO	42
2.1	As concepções neofinalistas	43
2.2	O bem jurídico imanente ao sistema	46
2.2.1	A danosidade social de Amelung	46
2.2.2	O funcionalismo sistêmico-normativista de Jakobs	48
2.3	O bem jurídico crítico ao sistema	52
2.3.1	A teoria personalista de Frankfurt	53
2.3.2	A teoria teleológico-funcional	56
2.4	A concepção redutora de Zaffaroni	59
2.5	A teoria do bem jurídico na doutrina brasileira	61
3	BEM JURÍDICO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO	67
3.1	A imprescindibilidade de um conceito político-criminal	67
3.2	O princípio constitucional de proteção de bens jurídicos	74
3.3	O postulado da intervenção mínima e a proporcionalidade	82
3.4	Uma compreensão material do objeto de tutela penal	94
3.4.1	A questão dos bens jurídicos coletivos	103
4	O BEM JURÍDICO TRIBUTÁRIO	109
4.1	As correntes patrimonialistas	110
4.2	As correntes funcionalistas	112
4.2.1	A ordem econômica e tributária	113
422	As funções do tributo	115

4.3	A teoria eclética	117
4.4	Os deveres de colaboração e a confiança fiscal	119
4.5	A posição adotada	121
5	UMA RELEITURA DO SISTEMA PUNITIVO FISCAL BRASILEIRO	136
5.1	O prévio exaurimento da instância administrativa	137
5.2	A aplicabilidade do princípio da insignificância	144
5.3	A extinção da punibilidade pelo pagamento	152
6	CONCLUSÃO	160
	REFERÊNCIAS	165

INTRODUÇÃO

Os crimes tributários sempre atraíram muito a atenção dos doutrinadores, principalmente no que toca à sua legitimidade, ou seja, à definição do que, afinal, pretende o Estado com a criminalização das condutas que suprimem ou reduzem os tributos devidos aos cofres públicos.

O presente trabalho propõe uma nova reflexão sobre o tema e questiona os fundamentos do sistema penal tributário brasileiro, contribuindo para a readequação da política criminal que vem sendo implementada pelo Estado.

Para cumprir esse desiderato, será feita uma abordagem a partir da ideia de bem jurídico protegido pela norma. Isso porque indagar sobre o objeto de tutela é tratar das diretrizes político-criminais que governam a escolha dos comportamentos humanos passíveis de reprovação; é, em última análise, refletir sobre a essência, a função e os limites do direito penal¹.

A opção por este ponto de partida leva em consideração o fato de que, se, por um lado, paira certo consenso na doutrina sobre a imprescindibilidade de se identificar o que protege a lei penal tributária, por outro, o mesmo não acontece quando o assunto é definir que objeto seria este.

Uma infinidade de teorias são tecidas, elegendo-se ora o patrimônio público², o crédito tributário³, ou os ingressos fiscais⁴, ora a ordem tributária⁵, ou ainda o

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Valladolid: Trotta, 1995, p. 467.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Direito Penal Tributário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75; EISELE, Andreas. Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002, passim; MONTE, Elio Lo. Principios de Derecho Penal Tributario. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2006, p. 209; RIOS, Rodrigo Sánchez. O Crime Fiscal. Porto Alegre: SafE, 1998, p. 50.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 80.

⁴ SOUSA, Susana Aires de. Os Crimes Fiscais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, passim.

Além da própria nomenclatura utilizada pela Lei n° 8.137/90 em seu capítulo I, também a adota: FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Curso de Direito Penal Tributário Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 124, 129 e 133. Para certos tipos o autor erige a própria Administração Pública como objeto jurídico: Ibidem, p. 138, 141 e 144.

processo de arrecadação e distribuição de receitas⁶, a confiança fiscal⁷, e até mesmo as funções sociais do tributo⁸.

Há inclusive doutrinadores que denunciam na legislação vigente uma rede de institutos que utilizariam o direito penal com o intuito de mero reforço simbólico à arrecadação do Estado⁹. Sob esta perspectiva, sequer seria possível vislumbrar aqui um objeto de tutela. A legislação atual careceria de qualquer fim protetivo e desempenharia uma função de ameaça institucional aos devedores da Fazenda Pública.

A dificuldade de se delinear o bem jurídico em questão decorre, já à partida, da própria afirmação de que ao direito penal tributário competiria a proteção de um bem. Isto porque este tipo de premissa remete a uma discussão muito mais ampla, que abrange a viabilidade de vinculação material do legislador a determinadas diretrizes político-criminais e, principalmente, a definição de que diretrizes seriam estas.

Ao contrário do que possa parecer, o caráter dominante da teoria do bem jurídico na doutrina, tanto nacional¹⁰ quanto estrangeira¹¹, não isenta de críticas a

DIAS, Fábio Freitas. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.) *Direito Penal Secundário*. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113.

ANDRADE, Manuel da Costa. A Fraude Fiscal. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. *Direito Penal Económico e Europeu*: Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v. 3, p. 255; POMBO, Nuno. *A Fraude Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 291.

⁸ GRACIA MARTIN, Luis. Nuevas Perspectivas del Derecho Penal Tributário. In: Actualidad Penal, n. 10, mar, 1994, p. 203 et seq.

Conforme a posição encampada, por exemplo, por Soares: SOARES, Antonio Carlos Martins. *A Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74. Caracterizando os crimes tributários como artificiais: DIAS, Augusto Silva. O novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro). In: SOUSA, Alfredo José de et al. *Direito Penal Económico e Europeu*: Textos Doutrinários. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, v. 2, p. 263.

Sem pretensão de exaustividade: PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal*. Parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 09-10 e 62-66; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11-13; BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 96-97.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General.* 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, t. I, 2008, p. 51; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal.* Parte General. 5 ed. Granada: Comares, 2002, p. 8; SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, 2005, p. 09 et seq.; HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 179 et seq.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 114; HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 103 et seq.; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale*: Parte Generale. 3 ed. Milano: Giuffrè, 2009, p. 06-07; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALAREÉ, Henán. *Lecciones de Derecho Penal*. Valladolid: Trotta, 1997, v. 1, p. 61.

opção por este marco teórico. É preciso que o pesquisador promova a permanente revisão de seus fundamentos e a busca pelo seu aprimoramento científico.

Assim, antes de mais nada, este estudo dedica seus dois primeiros tópicos ao propósito de expor as divergências e os consensos que lapidaram a teoria do bem jurídico ao longo do tempo, permitindo dessa forma uma melhor visualização dos problemas que ela tem de enfrentar, atualmente, e das contribuições que ainda é capaz de oferecer à dogmática e à política criminal.

Diante da diversidade de construções doutrinárias sobre o bem jurídico, já em um terceiro capítulo, pretende-se esmiuçar a função específica que o conceito deve assumir dentro do sistema penal, além dos critérios essenciais para sua identificação. O intuito será perquirir se o conceito de bem jurídico consegue sobreviver às fragilidades que lhe são apontadas, demonstrando a aplicabilidade prática e, ainda, oferecendo um parâmetro crítico à lei penal.

Assentadas tais premissas, serão feitas considerações relativas ao lugar dedicado ao bem jurídico no direito penal tributário, buscando-se revelar (1) o que dizem proteger e (2) o que deveriam proteger os tipos penais nesta seara. Para isto, insere-se no quarto capítulo o levantamento crítico das definições e dos fundamentos sugeridos pela doutrina para o objeto de tutela dos delitos fiscais.

Como se verá, fica patente tanto a complexidade que alcança o tema quanto a dificuldade em se consolidar uma visão mais abrangente sobre o fenômeno da tributação, especialmente a sua vinculação direta com a política econômica do Estado. Desse modo, serão trabalhadas as posições doutrinárias já sustentadas sobre o tema para averiguar se é alcançada uma compreensão aceitável do que pode legitimamente ser objeto de referência para o injusto penal tributário face às inafastáveis exigências impostas pelo quadro normativo constitucional.

Com o fito de reforçar a posição assumida, bem como salientar suas vantagens, pretende-se abordar no quinto e último capítulo os institutos peculiares à disciplina penal tributária brasileira.

Tem-se, portanto, que a partir da perspectiva do bem jurídico, serão desenvolvidas contribuições para um novo fundamento de validade à releitura do atual sistema punitivo brasileiro em matéria fiscal, especialmente quanto à revelação de algumas de suas incoerências.

De fato, não se ignora que no Brasil o crescente interesse estatal pela arrecadação, impulsionado principalmente pelas responsabilidades assumidas no

Estado Social e Democrático de Direito e suas correspondentes demandas inesgotáveis por recursos, só faz contrastar com a natural carga de rejeição social dos tributos e com a desconfiança nutrida por grande parte dos brasileiros em relação à atuação da Administração Pública.

O resultado disto é um cenário de aparente paradoxo que só não é mais curioso do que nocivo: ao mesmo tempo em que se admite a criminalização da sonegação, reforçando-se a mensagem de reprovação institucional ao comportamento, esforça-se ao máximo para que os tipos penais não venham a ser aplicados e a impunidade se torne a regra.

Por certo, nesses crimes se percebe uma aproximação entre o interesse penal e o administrativo, o que levanta a dúvida quanto às funções que desempenham ambas as esferas ao condenarem determinados comportamentos.

A solução desse paradoxo passa, necessariamente, pelos fundamentos que dão o tom e a orientação da intervenção penal diante da prática, tão endêmica no Brasil, da fuga aos impostos. É a partir da definição do bem jurídico-penal tributário que pode e deve ser tutelado pelo Estado que se consegue realizar uma reavaliação do sistema vigente em busca de suas falhas. Ou bem a legislação penal está voltada à garantia da integridade deste objeto, e assim deve se manter legítima, ou não está, de modo que sua aplicação no campo tributário se mostra demasiada e desnecessária.

1 A TEORIA DO BEM JURÍDICO: AS ORIGENS DO CONCEITO

1.1 O CONTEXTO HISTÓRICO ILUMINISTA

A denominada teoria do bem jurídico marca uma longa história na busca por um conteúdo material para o delito. Sob esta rubrica foram construídas as mais diversas teses e argumentações que comungavam de uma constatação fundamental: uma conduta não pode ser definida como criminosa tão-somente por preencher a descrição formal da lei penal. Todos os crimes descrevem uma violação legal e, por isso mesmo, este tipo de definição não contribui em nada para a identificação das particularidades de cada um¹². O ato delituoso deve, então, representar mais que um mero comportamento proibido pela norma; deve possuir, ele mesmo, uma existência substancial.

É de se notar que o desenvolvimento histórico desse pensamento esteve sempre voltado à essência do fenômeno criminoso como um meio de redução do subjetivismo do legislador, embora a postura crítica à legislação tenha, aparentemente, se iniciado apenas após a Segunda Grande Guerra¹³, quando passou a usufruir de uma estrutura estatal que lhe permitia uma atuação mais concreta; factível. O que se havia visto até então eram instigações e respostas restritas às cátedras universitárias.

A exigência de que também o tipo penal ostentasse, em alguma medida, um conteúdo material ou uma justificação especial, importou em uma construção legitimante por natureza. Atendido ao pressuposto material, a incriminação apresentar-se-ia, em princípio, legítima. Mas a mesma exigência leva, por outro lado, à constatação de que "algo mais" é necessário para o exercício do poder punitivo estatal que o mero ato de vontade do legislador. A legitimação é capaz de trazer consigo, assim, um potencial de limitação do poder punitivo.

ESER, Albin. *The Principle of Harm in the Crime Concept*. 1962. Dissertação de mestrado – Universidade de Nova Iorque, p. 09-10.

O alerta é dado por Roxin: ROXIN, Claus. Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 183. Em sentido contrário, vendo na limitação do subjetivismo do legislador a ideia central do processo de evolução do conceito: PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25-26.

Como se vê, a ideia de atribuir ao injusto penal um conteúdo material se encontra intimamente relacionada com o ideal liberal de limitação do *ius puniendi*. Não por outra razão, foi apenas em meio ao movimento iluminista do século XVIII que este ideal pode se firmar pela primeira vez, sendo que a busca de um critério delimitador do conteúdo material de cada injusto típico tornou-se uma das bandeiras contra o arbítrio do Estado em detrimento das liberdades fundamentais do indivíduo¹⁴.

Até que irrompessem as ideias liberais iluministas não era possível delimitar a fronteira do que poderia ou não ser considerado ilícito. A definição das condutas criminosas levava em consideração mais o descumprimento de deveres impostos aos cidadãos e súditos, segundo o desejo dos detentores do poder estatal, que uma qualquer racionalidade. Bastava a definição legal, entregue aos desígnios do governante, sem parâmetros fiáveis de controle ou contestação, para que um comportamento tornasse proibido.

Foi, portanto, em oposição direta às arbitrariedades do Antigo Regime, especialmente, num primeiro momento, no que diz respeito às penas corporais que impunha aos seus condenados, que a llustração reformulou os fundamentos da punição estatal, desvinculando-a dos conteúdos religiosos e éticos para encontrar base na violação do contrato social rousseauniano¹⁵, em um direito natural inerente ao ser humano enquanto tal.

Não se cometia mais com o crime uma "agressão à Deus", ou ao "soberano seu representante terreno", mas sim às condições básicas do convívio social. Atribuiu-se à danosidade social o papel de justificação da sanção criminal, permitindo o abandono do delito como reflexo do pecado¹⁶. Do mesmo modo, a pena deixou de ser a expiação deste pecado para representar a reparação de um mal, uma justa retribuição diante da sociedade atingida.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Juridico en el Derecho Penal. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 107.

O contratualismo na obra de Rousseau se baseia na teoria de que ao Estado competia garantir e proteger a liberdade de todos os cidadãos que lhe cederiam parte de suas liberdades inerentes justamente para isto. Confira-se: "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes.' Tal é o problema fundamental que o Contrato social soluciona." ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 21.

Rudolphi faz alusão ao esforço de Hommel em deslegitimar os chamados crimes religiosos, eis que pertencentes mais aos púlpitos que aos juízes: RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In: *Nuevo Pensamiento Penal*: Revista de Derecho y Ciencias Penales, ano 4, n.5/8, 1975, p. 333-334.

Sem dúvida, tal mudança de pensamento estava inserida no movimento de humanização das penas que já vinha ocorrendo. A prisão abandonava uma função de custódia para assumir um caráter de pena e substituir, paulatinamente, a pena capital¹⁷.

Além de um novo suporte filosófico, as ideias de racionalidade, secularização e humanização, verdadeiras bandeiras da Revolução Iluminista, buscaram favorecer a tutela das recém proclamadas liberdades individuais como limitações ao poder punitivo do Estado¹⁸. Os homens não precisariam do Estado para lhes reger as condutas, eis que seriam capazes de fazê-lo por meio da reta razão que lhes era natural; meio de proteção de suas liberdades. Liberdades estas que, aliás, precediam à toda organização estatal.

Grande parte dessas ideias inovadoras, que inauguraram o pensamento filosófico-penal moderno, ficou a dever ao labor de Beccaria, mais precisamente ao seu livro "*Dei delitti e delle pene*", publicado pela primeira vez em 1764 com repercussão imediata por toda a Europa¹⁹, inclusive entre intelectuais e governantes.

Estruturado na forma de um manifesto garantista²⁰, o livro expôs as defesas fundamentais do cidadão em suas relações com o poder punitivo, reformulando o próprio papel do Estado sob as bases do contratualismo²¹ e do utilitarismo²². A restrição das liberdades encontrariam respaldo na lei penal tão-somente quando

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24-25.

Assim o entende, por exemplo, Faria Costa: COSTA, José Francisco de Faria. Ler Beccaria hoje. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 74, 1998, p. 91.

Diria logo na introdução de seu livro: "La felicidad mayor colocada en el mayor número debiera ser el punto a cuyo centro se dirigiesen las acciones de la muchedumbre". MATUS, Jean Pierre (Dir.). op. cit., apêndice, p. 03.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal: Parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 26-27.

Conforme ressalta Etcheverry Othusteguy em seu comentário à introdução da obra de Beccaria: MATUS, Jean Pierre (Dir.). *Dei delitti e delle pene*: 250 años después. De la obra maestra a los becarios. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 02.

Veja-se, neste sentido, o direito do Estado de punir segundo o magistério de Beccaria: "Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: ele está, portanto, certo de que qualquer um não quer entregar em depósito público senão a menor porção possível, somente aquela que baste a induzir os outros a defendê-lo. O conjunto desta mínima porção possível forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não direito." BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41. É digno de nota a influência de Rousseau no pensamento de Beccaria, apesar da principal obra do primeiro (O Contrato Social) ter sido publicado apenas dois anos antes, em 1762.

esta perseguisse as exigências da sociedade, a eliminação dos danos à nação²³. Já aqui a conduta criminosa era vista sob o prisma da violação do contrato social.

Apesar desse contexto favorável, a formulação de um conceito para o objeto de tutela penal não surgiu propriamente na Ilustração, que apenas ofereceu os fundamentos filosóficos para os desenvolvimentos posteriores²⁴. De fato, a origem das teorias sobre o bem jurídico propriamente dito encontra lugar apenas nas primeiras décadas do século XIX.

1.2 A DOUTRINA PRIVATISTA DE FEUERBACH

Servindo-se das fontes iluministas²⁵ que deram origem à necessidade de legitimação material do crime, principalmente do contratualismo de Rousseau²⁶, a obra de Feuerbach conferiu ao fato punível um conteúdo de violação a um direito subjetivo. Com isso, tornou-se pioneira²⁷ em formular uma concepção mais precisa e útil do objeto de tutela da lei penal²⁸.

Segundo esta visão, a pena criminal seria um mal fundado na necessidade de preservação dos direitos alheios²⁹. O indivíduo ao cometer um delito limitaria um

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Juridico en el Derecho Penal. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 94.

Faria Costa vê neste ponto da obra uma alusão original ao que mais tarde se denominaria princípio da ofensividade. COSTA, José Francisco de Faria. Ler Beccaria hoje. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 74, 1998, p. 93.

Interessante o paralelo que faz Zaffaroni entre o pensamento de Feuerbach e Kant. Ao contrário de Kant, que sustentou só haver espaço para direitos dentro de um Estado que garantisse o cumprimento do dever de respeito ao homem, Feuerbach já entendia o Estado como um meio de garantia de direitos a ele preexistentes. Veja-se o ensaio preliminar de Zaffaroni à tradução castelhana da obra de Feuerbach: FEUERBACH, Anselm v. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 16-18.

Como se pode depreender diretamente de suas palavras: "La unión de la voluntad y de la energía de los individuos proporciona el fundamento de la sociedad civil para garantizar a todos la libertad recíproca. Un Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho." Ibidem, p. 50.

Guzmán Dalbora, muito embora reconheça o papel de destaque de Feuerbach, sustenta terem Mario Pagano e Wilhelm von Humboldt o precedido. Confira-se seu estudo preliminar à obra de Birnbaum: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre La Necesidad de una Lesión de derechos para el concepto de delito. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2010, p. 15.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit., p. 96.

²⁹ FEUERBACH, Anselm v. op. cit., pp. 54-55.

direito subjetivo de outrem à liberdade garantida pelo contrato social³⁰. A violação desta liberdade, desde que prevista na lei penal, indicava a ocorrência do crime.

No centro da definição do delito estaria, portanto, uma faculdade privada atribuída ao indivíduo pela ordem jurídica positiva e que é violada pela conduta criminosa. Ali onde não existisse qualquer direito subjetivo a ser tutelado não haveria também crime, ainda que determinado objeto concreto fosse atingido.

De maneira geral, a lei penal seria editada pelo Estado para proteger aquela faculdade jurídica. Com isso, o Estado cumpriria o seu papel contratualista de zelar pelas liberdades fundamentais de seus cidadãos³¹.

Vale destacar que o delito, na forma em que proposto por Feuerbach, pressupunha a igualdade de direitos entre o agente e a vítima, vinculando o seu conceito ao de garantia da liberdade individual e não aos eventuais interesses políticos do Estado ou a uma imposição moral. Aliás, a tônica da atuação punitiva seria, em último caso, a preservação da vítima titular do direito por meio da garantia da segurança jurídica: o direito haveria de estar, sempre, à disposição de seu titular.

Entretanto, ainda que o delito viesse a lesionar um direito subjetivo individual, mais do que sobre seu titular isoladamente considerado esta ofensa significaria um dano social, mesmo que indiretamente³².

A principal característica oferecida pela doutrina de Feuerbach foi o seu potencial limitativo do poder punitivo do Estado, haja vista as novas noções que introduziu no pensamento criminalista, em especial a de que o sujeito titular dos direitos estar evidente em cada descrição típica³³ e a de que a utilização da pena dependeria da identificação do direito subjetivo afetado pela conduta. Pontua a

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 14.

[&]quot;El fundamento de la determinación del contenido del concepto general de delito lo proporcionó la teoría jusnaturalista del contrato social. El Estado es considerado como decisión conjunta de los hombres, y por cierto con el objeto de asegurar la mayor libertad posible para todos los ciudadanos. La única tarea legítima del Estado, por lo tanto, era la protección de los derechos se sus ciudadanos y los suyos propios para la realización de sus fines, definidos en el contrato social." RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In: Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Drecho y Ciencias Penales, ano 4, n.5/8, 1975, p. 333.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2005, p. 31-32.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Juridico en el Derecho Penal. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 98.

doutrina que inúmeros delitos de cunho religioso e moral foram profundamente criticados³⁴ neste período.

Talvez o auge da repercussão do trabalho de Feuerbach tenha sido sua participação direta na elaboração do Código Penal da Baviera, promulgado pelo rei Maximiliano em 1813.

Em todo caso, a teoria de Feuerbach não estava imune a críticas. Por certo, dentre os pressupostos de sua construção teórica, tanto o conceito de direito subjetivo quanto o de danosidade social não chegavam a ser inequívocos, o que gerava uma série de problemas práticos.

O primeiro deles, apontado pelos positivistas mais tarde, seria a dificuldade de se sustentar a existência de direitos subjetivos naturais, liberdades inerentes ao homem e anteriores à lei³⁵. Para estes críticos, os direitos subjetivos seriam atribuídos aos seus titulares, originalmente, pelo direito positivo.

Feuerbach realmente não chegou a definir o que, afinal, dever-se-ia considerar como conduta socialmente danosa, nem explicou como aferir a importância do dano relativamente à organização social. Também deixou de justificar a punição de certos tipos de condutas a partir da separação formal entre o poder punitivo e o poder de polícia estatal³⁶, a despeito de nenhum direito subjetivo ser atingido. Neste ponto, sua doutrina, apesar de sua aptidão para limitar o poder punitivo, não era capaz de fazer o mesmo diante do poder de polícia.

Importante ressaltar, por fim, que a doutrina privatista de Feuerbach não chegou a limitar as incriminações às condutas cometidas contra os cidadãos, nem almejava a redução do direito penal a um núcleo mínimo de objetos protegidos, mas antes permitiu ao Estado uma espécie de autotutela, já que sua existência se destinava à garantia das condições de vida em sociedade³⁷. Desde sua origem, portanto, o conteúdo material de delito comportava condutas atentatórias às

-

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 14.

Vide a leitura de Rocco: ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2005, p. 31-32.

Enquanto o primeiro defenderia as liberdades e os pressupostos necessários ao Estado para cumprir seu fim último de ataques diretos, de lesões efetivas; ao poder de polícia competiria lidar com as violações ao direito do Estado à obediência, condutas estas que apenas exporiam a perigo aqueles fins. GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. Atizapán de Zaragoza: Pereznieto Editores, 1995, p. 06.

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. op. cit., p. 13.

instituições essenciais da estrutura estatal³⁸, tendo jamais se limitado a direitos ou bens puramente individuais.

1.3 A CRÍTICA DE BIRNBAUM E O SURGIMENTO DA IDEIA DE BEM

Com o intuito de denunciar as incoerências inerentes à ideia de crime como violação de direitos subjetivos e superá-la em definitivo, Birnbaum cunhou, em 1834, o primeiro conceito material de injusto como lesão a bens³⁹, não a direitos.

Para o autor, a conduta delitiva atingiria um bem da realidade de importância para o indivíduo ou para a sociedade em geral, que poderia ser lesado, e cujo desfrute deveria ser garantido pelo Estado. Em sua acepção, o comportamento criminoso não poderia lesionar o direito em si, restando este íntegro após as violações. O que já não se poderia dizer do bem objeto daquela relação jurídica, que permitiria uma violação concretamente aferível.

Nas palavras do autor:

Si el *peligro* es un *estado* en el que hemos de recelar la *pérdida* de algo o la privación de un bien, entonces resulta sumamente inapropiado hablar de una *lesión de derechos*. Que perdamos algo o se nos prive de una cosa que es el *objeto de nuestro derecho*, que se nos sustraiga o merme un *bien* que nos compete jurídicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro *derecho*. [...] Si se quiere considerar el delito como *lesión*, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un *bien*, no a la de un *derecho*. ⁴⁰ (itálico no original)

A visão que subjaz à colocação de Birnbaum é a de que a função social desempenhada pelo direito penal, parte essencial do poder do Estado, seria a de "garantizar parejamente el disfrute de ciertos bienes a todos los hombres que viven

Por todos: FRAGOSO, Heleno Claudio. *Direito Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 36. Embora tenha sido pioneiro nesta abordagem do tema, e de seu texto se possa retirar expressões que aludem a uma noção de bem jurídico, é de se ressaltar que Birnbaum não chegou a utilizar a nomenclatura "bem jurídico" tornada bastante difundida mais tarde. O alerta é feito por inúmeros autores, dentre eles: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 52

Expressamente em seu tratado: "Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral)." FEUERBACH, Anselm v. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 56.

⁴⁰ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la Necesidad de una Lesión de derechos para el concepto de delito. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2010, p. 53-57.

en él, bienes dados a éstos por la naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social y de la asociación civil."41

Os bens a que se refere Birnbaum adviriam da natureza das coisas, seriam externos ao ordenamento jurídico e, portanto, precederiam a lei. Contudo, sua relação direta com a realidade pré-jurídica não importava no recurso a conceitos abstratos, valorativos ou espirituais⁴². Os bens aludidos seriam concretos, reais, passíveis de lesão e, por isso mesmo, relevantes para o âmbito jurídico-penal.

Essa teoria representou, assim, uma mudança de paradigma em relação ao pensamento vigente à época: do subjetivismo-espiritual de Feuerbach ao conceito de cariz empírico-naturalista. A maior concretude atribuída ao objeto de tutela penal mostrou-se importante nas delimitações mais precisas das fronteiras entre lesão e exposição a perigo; tentativa e consumação do delito; e entre bens individuais e coletivos⁴³.

A vantagem representada pela maior concretude do termo, no entanto, viria acompanhada de uma perda do caráter liberal de contenção do poder punitivo que se fazia presente na teoria de Feuerbach. Isso porque a teoria desenvolvida não chegou a definir parâmetros para a identificação do conteúdo do bem a ser tutelado, inconsistência esta que deixava a cargo do legislador a opção política de determinar aquilo que seria, afinal, protegido.

Na verdade, os doutrinadores em muito divergem quanto às influências determinantes na obra de Birnbaum. Vários autores sustentam, amparados no contexto histórico europeu da Restauração, que sua construção corporificava uma tentativa de adequar a dogmática penal à legislação então vigente⁴⁴, que ainda

Vale salientar que Birnbaum, a partir desta definição de direito penal, também ensaiou sua própria separação entre delitos naturais (individuais) e delitos sociais: "Pero no hay duda de que entre aquellas acciones que en todos los Estados se acostumbra a castigar como delitos, algunas son tales que mediante ellas se lesiona, ante todo, a personas determinadas en uno de los bienes que el poder público ha de garantizar a cada quien, y otras son tales que la acción priva, disminuye o pone en peligro derechamente a la colectividad en uno de esos bienes." BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la Necesidad de una Lesión de derechos para el concepto de delito. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2010, p. 58.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Juridico en el Derecho Penal. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 101.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. Atizapán de Zaragoza: Pereznieto Editores, 1995, p. 09.

Nesse sentido: TAVARES, Juarez E. X. Teoria do Injusto Penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 184-185; PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31-32. Procurando contextualizar a obra de Birnbaum no momento da Restauração europeia, Homazábal Malareé afirma: "Pareciera difícil sostener bajo la ideología hegemónica de la Restauración y del Estado soberano en cuanto expresión del 'principio monárquico', que en su aplicación efectiva la teoría de BIRNBAUM, hubiera constituido un límite político criminal efectivo. Más aun si comprobamos que el 'bien' de BIRNBAUM no es más que un objeto valorado y que el sujeto valorante es el proprio Estado. En estas

contemplava delitos contra a religião, a honra e os costumes. Nessa linha, o autor alemão romperia com os fundamentos jusnaturalistas e iluministas então predominantes.

Em oposição a este entendimento milita, por exemplo, Guzmán Dalbora. Em seu estudo preliminar⁴⁵ à tradução espanhola de dois dos escritos de Birnbaum alega que este estava concatenado com as diretrizes político-liberais que o antecederam e rejeitava as noções de direito estatal à obediência, de periculosidade social e de arbitrariedade do legislador.

De fato, a leitura do texto de Birnbaum não conduz à conclusão de que o conceito de crime como lesão de bens tenha sido elaborado para legitimar os delitos contra a religião, a moral ou os costumes, como quer levar a crer a primeira posição citada, mas sim de que tal legitimação foi vista como uma das inúmeras consequências acarretadas pela mudança dogmática proposta. Pelo menos quanto às preocupações do autor no estudo ora analisado, vê-se que se reportou mais à aplicação prática do direito que ao trabalho de produção das leis⁴⁶.

Em relação aos delitos contra a religião, a moral e os costumes, Birnbaum sustentou tratarem-se de uma espécie de bem coletivo passível de tutela penal, caso de outra forma não fosse possível sua proteção. Veja-se, nessa linha, a passagem abaixo:

Como quiera que piense un pueblo sobre el valor de las religiones establecidas y por múltiple que sea el número de ellas en un Estado, cabrá siempre considerar un conjunto de ideas religiosas y morales como un *bien colectivo* del pueblo que hay situar entre las garantías generales, bien cuya conservación guarda un vínculo tan estrecho con la preservación de la Constitución, que ciertas clases de acciones inmorales o irreligiosas, aun independientemente de una prohibición precisa sancionada bajo la amenaza de una pena, tienen que ser consideradas *en sí mismas* como *antijurídicas* por los hombres que viven en el Estado.⁴⁷ (itálico no original)

Ao se observar de perto a época de publicação de seu artigo "Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito", percebe-se que

circunstancias políticas, el 'bien' aparece más como un **instrumento restaurativo** del Estado que le va a permitir incriminar toda conducta que pueda perturbar las nuevas condiciones sociales que se conformaron con la Restauración." (grifos no original) HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 32.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2010, p. 17-19.

A ressalva é expressa: "Ahora bien, para aproximarnos a nuestro verdadero tema, hay que observar, por lo pronto, que no nos hemos trazado aquí, como tarea principal, investigar si, según la naturaleza de la cosa, sólo las lesiones de derechos pueden ser castigadas como delito, sino que queremos examinar el problema desde un ponto de vista distinto, que corresponde más a la aplicación del Derecho que a la labor de legislar." Ibidem, p. 42.

⁴⁷ Ibidem, p. 59.

Birnbaum incorpora, na verdade, uma fase de transição. E como todo período de superação de paradigmas, neste restavam visíveis e presentes duas influências tão fortes quanto conflitantes, e que podem justificar a existência de interpretações discordantes como as citadas acima.

Como percebe Costa Andrade⁴⁸, por um lado, a doutrina àquela altura ainda nutria especial apreço pelos ideais liberais iluministas do final século anterior, mas, por outro, vinham se formando e fortalecendo as bases filosóficas para uma nova postura científica, de viés positivista. Daí o paradoxo implícito na obra em tela, da qual se retiram ao mesmo tempo elementos de valorização do indivíduo em face do poder do Estado e de expansão do campo de incidência da norma penal.

Pertinente também é a observação de Angioni quando assevera "che il passaggio storico dall'illuminismo al positivismo moderato di Birnbaum in generale non sia segnato da alcuna frattura o opposizione, soprattutto sul terreno del garantismo e dell'oggettivismo penale"⁴⁹.

Soa desarrazoado exigir-se de Birnbaum uma posição ostensivamente contrária à legislação vigente quando um aporte crítico nestes moldes só se encontrava, até então, nos escritos de Beccaria, Hommel e Humboldt, em todo caso trabalhos mais políticos que dogmáticos.

Por fim, é de se ver que a tese de Birnbaum produziu pouca repercussão nos meios acadêmicos logo após sua publicação⁵⁰. Viria ganhar notoriedade apenas décadas mais tarde⁵¹, como referência para a teoria das normas jurídicas de Binding, publicada originalmente em 1872. As razões para este período de "hibernação" são comumente atribuídas ao prestígio que gozava a teoria de Feuerbach dentre os teóricos da época, bem como ao surgimento, a partir da década de 1850, de correntes hegelianas do direito penal mais consonantes com o movimento de Restauração.

Com a obra de Binding, os bens objeto de tutela penal, "repaginados", passariam a ostentar a nomenclatura de bens jurídicos e comporiam a base das

⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 53-54.

⁴⁹ ANGIONI, Francesco. *Contenuto e Funzioni del Concetto di Bene Giuridico*. Milano: Giufrrè, 1983, p. 18, nota 26.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2010, p. 11.

Como aponta: ANDRADE, Manuel da Costa. op. cit. p. 55.

construções doutrinárias posteriores acerca do conteúdo material do injusto e dos fundamentos do direito penal.

1.4 O POSITIVISMO JURÍDICO DE BINDING

Incrustado entre a segunda metade do século XIX e o apogeu do pensamento positivista, está um período curto, porém relevante⁵², de intensa produção acadêmica⁵³ quanto ao âmbito do conceito material de crime. Trata-se de um movimento que buscou alinhar o direito penal às pretensões da Restauração através das concepções de Hegel sobre o direito.

Esta corrente de pensamento, embora reunisse teorias das mais diversas, se caracterizava por uma visão comum: o crime como fenômeno de negação do direito, um atentado à vontade geral cristalizada na lei emanada do Estado. Este, aliás, entendido não apenas como um fim em si mesmo⁵⁴, mas como verdadeiro repositório da racionalidade humana e intérprete único do espírito universal que moveria a sociedade.

Como se vê, o "bem jurídico não se ressalta em Hegel, pois sendo o estado, praticamente, o garantidor da eticidade, ele permanecia como único titular dos bens jurídicos."⁵⁵. A um só tempo rompeu-se tanto com o postulado subjetivista de Feuerbach quanto com o objetivista-concreto de Birnbaum, colocando em xeque a compreensão do crime fundada no conceito de bem jurídico.

Entretanto, talvez ao contrário do que poderiam prever ou desejar os autores hegelianos⁵⁶, suas teses serviram para aguçar a tensão entre as referências individual e sistêmico-social, atribuindo a esta última um valor superior que seria mais adiante apropriado pelo positivismo jurídico. Ao racionalismo de inspiração

⁵² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 57.

Cf. Ibidem, p. 56; ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro* – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1, p. 557.

[&]quot;O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever." HEGEL, G.W.F. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 217.

⁵⁵ ZAFFARONI, E. Raúl et al. op. cit., p. 556.

⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. op. cit., p. 57-60.

hegeliana, portanto, sucedeu-se o positivismo e sua tentativa de transposição do método das ciências naturais para as ciências sociais⁵⁷. Os fenômenos sociais haveriam de ser observados como realidades dadas e reduzidos a fatos naturais submetidos à causalidade.

Narra Hormazábal Malareé⁵⁸ que tanto a mudança do eixo de interesse da burguesia ascendente, antes revolucionária e agora conservadora do modelo social vigente, quanto o progresso científico em prol da indústria incipiente, levaram ao surgimento do positivismo e ao paulatino desprestígio da metafísica que marcou o interregno hegeliano.

Diversas foram as características marcantes do movimento positivista, assim como foram inúmeras as suas roupagens. O primeiro ponto identificador do positivismo original foi a abordagem do direito como um fato, uma realidade posta livre de qualquer valoração⁵⁹. O estudo destes fatos deveria ser feito por meio de observação e registro.

A fonte predominante do direito seria a lei, sendo certo que a validade de um enunciado jurídico adviria tão-somente da verificação de aspectos formais⁶⁰. Questionamentos sobre o caráter justo do conteúdo da lei estariam excluídos do âmbito de atuação da ciência pura do direito, do qual se apartavam quaisquer elementos morais.

Com o fortalecimento e a difusão daquele pensamento, a teoria do bem jurídico assumiu aspectos formalistas em um primeiro momento e sociológicos posteriormente. O que se pode dizer, porém, é que em ambos os períodos a lei penal se viu diante de um antecedente causal representado ora pela vontade pura e simples do Estado ora pelas condições de vida em sociedade⁶¹.

O primeiro representante do positivismo em sua versão original no direito penal foi Binding. Apoiado em sua própria teoria das normas, Binding partiu do pressuposto de que o criminoso realizava exatamente a conduta descrita na lei penal e, assim, não poderia contrariá-la ao mesmo tempo. Percebeu que o ato

 $^{^{57}\,}$ CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. Coimbra: Almedina, 2008, v. 1, p. 90.

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 34.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995, p. 144-146.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135 et seq.

⁶¹ TAVARES, Juarez E. X. *Teoria do Injusto Penal.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 185.

criminoso apenas preenchia requisitos de aplicação da sanção penal delineada no preceito secundário da lei.

Assim, deduziu que o preceito primário incriminador da lei haveria de se referir à violação de outra norma jurídica, uma norma autônoma que atribuiria um dever ao sujeito de adotar determinada conduta ou de abster-se de praticar um ato⁶². E como não se poderia conceber um dever sem seu correspondente direito, a cada norma jurídica criada estaria vinculado um direito subjetivo do Estado de vê-la cumprida pelo particular.

Na visão de Binding, portanto, resgatando a ideia de violação de direitos subjetivos só que agora com um viés publicista, o crime afetava aquele suposto direito do Estado⁶³ à obediência e submissão dos cidadãos⁶⁴. Na verdade, a conduta criminosa atingiria os bens, agora denominados propriamente jurídicos, que seriam aqueles objetos protegidos pela norma penal, ou seja, tudo aquilo que o legislador, enquanto porta-voz de uma vontade geral inequívoca, entendesse por bem criminalizar⁶⁵.

Em síntese, o delito afetaria diretamente os bens jurídicos representativos daquele direito subjetivo do Estado⁶⁶. Ao contrário do que defendia Feuerbach, na teoria de Binding o direito em si não poderia ser abalado, embora isto não impedisse de ser ele mesmo um objeto de proteção.

Nesse sentido, qualquer norma penal teria como pressuposto um juízo de valor positivo do legislador acerca de um bem jurídico e da insuportabilidade de certos atos ou omissões a ele atentatórios⁶⁷. Toda a norma penal, sem exceções,

Como em Hegel, convertido em um fim em si mesmo: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien Jurídico y Sistema del Delito. Montevideo: Buenos Aires: Bdef, 2004, p. 12.

A norma jurídica em questão não se confundiria com a lei, decorreria de inúmeros comandos contidos no ordenamento jurídico. KAUFMANN, Armin. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 26.

Em que pese se tratar de um positivista jurídico, valorizador da lei objetivamente considerada, Binding é enquadrado como seguidor das teorias subjetivas do objeto de tutela penal em razão de defender a violação a este direito público à obediência, mais que a violação pura da lei. Assim, por exemplo, em: ROCCO, Arturo. El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2005, p. 100.

[&]quot;Binding designa os bens protegidos pela norma como 'bens jurídicos'. A esta classe pertence 'tudo aquilo que, embora por si não constitua um direito, aos olhos do legislador se reveste de certo valor como pressuposto duma vida sadia da comunidade jurídica, por cuja preservação e funcionamento imperturbado ele manifesta um certo interesse'." KAUFMANN, Armin. op. cit., p. 27.

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 42.

⁶⁷ KAUFMANN, Armin. op. cit., p. 97-98.

protegeria um bem jurídico⁶⁸, e isso não porque a suposta ausência deste inquinaria aquela de vício, mas sim porque o bem nasceria conjuntamente com a norma.

Binding se torna, assim, um herdeiro do racionalismo⁶⁹. Certamente, não do racionalismo iluminista, porém daquele de raiz hegeliana, despido de seu caráter revolucionário inicial, ou seja, alijado de sua capacidade crítica e avesso à metafísica, à valoração. O objeto de estudo do direito se resumiria à lei enquanto realidade previamente dada.

Como salienta Prado, por esse entendimento formalista o bem jurídico se confundiria com o fim das normas penais⁷⁰, perdendo inevitavelmente seu caráter crítico e orientador, além de prescindir de qualquer tipo de legitimação material. O objeto de tutela derivaria da própria lei, segundo os livres desígnios do legislador, carecendo de conteúdo, valor e sentido. Mais do que isto, o indivíduo seria substituído pelo Estado e sua política criminal como núcleo de todo o processo de incriminação. O homem quedaria mero destinatário da norma⁷¹.

Além disso, a tese de Binding serviria de argumento legitimador do *ius puniendi* apesar de sua tendência avessa à análise crítica da legislação. A legitimação estaria contida na autoridade e racionalidade da norma jurídica⁷², não havendo espaço para questionamentos mais profundos acerca de um qualquer conteúdo de material.

1.5 O POSITIVISMO NATURALISTA DE LISZT

Na primeira edição de seu tratado, Liszt seguiu Binding na definição do crime como conduta contrária à norma. Entretanto, posteriormente, sob a influência da doutrina teleológica de Ihering, o positivismo de Liszt perdeu parte de seu viés

Ainda assim, esta identidade entre bem jurídico e norma não impediu que Binding formulasse seus pioneiros apontamentos sobre o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal. Por todos: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Granada: Comares, 2002, p. 57

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 38.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

Como na análise de Kaufmann: "Quem deve é o homem, que é o sujeito da norma, o portador do dever ser." KAUFMANN, Armin. Teoria da Norma Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 143.

⁷² HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. op. cit., p. 55.

formalista para adotar um caráter mais sociológico ou naturalista. O autor propôs, então, uma inversão dos pressupostos de Binding: um caminho que partisse do mundo real para alcançar o normativo.

Sob esse aspecto, o direito decorreria, como tudo dentro de uma organização de pessoas, da vontade humana. Daí que sua função não pudesse ser outra que não a proteção dos interesses vitais do homem⁷³. Assim, Liszt adere a lhering ao sustentar que as normas direcionadas ao mundo social deveriam ser interpretadas a partir de seus fins.

Por sua vez, a teoria de Ihering pautava-se na concepção de que todo o ordenamento jurídico seria construído em vista de um único objetivo: a satisfação dos interesses humanos⁷⁴. O interesse seria entendido como aquilo que move as condutas, ou seja, a realização das suas condições de existência tanto física quanto ética⁷⁵.

Por isso o sistema de Liszt atribuiu ao direito penal, e à pena em particular, o fim de manutenção das condições de vida em sociedade⁷⁶. A sanção criminal seria um meio necessário ao fim de manutenção da ordem jurídica e do Estado⁷⁷, o que levaria a um programa político criminal caracterizado pelo abandono do caráter retributivo da pena, pela prioridade dos fins preventivos especiais sobre os gerais, além da consideração da subsidiariedade e da ofensividade como fundamentos inafastáveis da pena⁷⁸.

Com Liszt não apenas se resgatou o conceito concreto de bem invocado anteriormente por Birnbaum, isto é bens não associados a direitos subjetivos nem à letra da lei, como se buscou assentar na proteção da ordem social afetada pela conduta criminosa o fim último do direito penal. O direito penal voltado a seus fins seria um direito penal orientado para a tutela de bens jurídicos.

VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Rio de Janeiro: F Briguiet & C, t. I, 1899, p. 93.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Juridico en el Derecho Penal. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 121.

Para uma análise mais profunda dos impactos que o pensamento de Ihering produziu na ciência penal: GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *La teoría del bien jurídico en el derecho penal.* Atizapán de Zaragoza: Pereznieto Editores, 1995, p. 14-17.

VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 63-64.

VON LISZT, Franz. Tratado de Direito Penal Allemão. Rio de Janeiro: F Briguiet & C, t. I, 1899, p. 120-121.

ROXIN, Claus. Franz von Liszt e a concepção político-criminal do Projecto Alternativo. In: ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. 3 ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 63.

Ao contrário do que pregava Binding, para Liszt o antecedente causal que sustentaria a escolha de tal ou qual interesse como merecedor de tutela penal não deveria ser visto como a simples vontade do Estado. Na verdade, os interesses importantes para a comunidade surgiriam de regras de cultura, da experiência do próprio povo, cabendo à lei tão-somente, e posteriormente, consagrá-los com o intuito de prestar-lhes tutela jurídica⁷⁹.

O autor descreve os bens jurídicos nos seguintes termos:

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a protecção jurídica converte o interesse em bem jurídico.⁸⁰

Nessa linha, destacam-se na construção de Liszt três pontos que em muito contribuíram para a dogmática penal a ele posterior. O primeiro deles é o reconhecimento da relevância do conceito de bem jurídico para a configuração das categorias do crime. O delito, mais do que uma ação imputável, demandaria uma ação ilícita⁸¹: propôs o autor a separação da antijuridicidade em formal (violação do mandado normativo) e material (a efetiva lesão de um bem jurídico).

Em segundo lugar, a constatação do bem jurídico como fenômeno social e, portanto, mutável e dinâmico, permitiu a relativização da ideia de bem jurídico como um valor universal revelado pelo legislador. Os bens jurídicos haveriam de ser identificados pelo legislador dentro de uma realidade a ele prévia, ao passo que o catálogo uma vez concebido poderia sofrer alterações com o tempo, abarcando bens antes não contemplados ou, ao contrário, deixando a descoberto alguns que algum dia mereceram a atenção do Estado.

Por fim, o novo caráter deste objeto de proteção, externo ao direito, acabou por permitir, ao menos em tese, uma análise crítica sobre a legislação incriminadora. O legislador não estaria tão livre a ponto de criar seus próprios bens jurídicos. Haveria de respeitar a fonte real destes valores, a existência de uma demanda social por proteção.

Mesmo apresentando uma teoria substancialmente divergente daquela positivista defendida por Binding, Liszt não conseguiu evitar que a função

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Allemão*. Rio de Janeiro: F Briguiet & C, t. I, 1899, p. 139-142. lbidem, p. 93-94.

ROCCO, Arturo. El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2005, p. 165.

legitimadora do *ius puniendi* permanecesse em poder do Estado⁸², tendo em vista que caberia este, ao fim e ao cabo, mediar o interesse social. A legitimação aqui decorreria do fim perseguido pela incriminação⁸³: a proteção de um interesse do Estado na preservação de um bem jurídico. Nesse sentido, nem a tese de Binding nem a de Liszt foram capazes de consignar uma orientação político-criminal efetivamente vinculante para o Estado.

O embate de concepções Binding-Liszt, ambas positivistas, cada uma a seu modo, inaugurou uma divergência que se faz presente até os dias atuais. De fato, não se pode considerar superada a contenda entre aqueles defensores de um conceito de bem jurídico imanente ao ordenamento legal e aqueles que propugnam sua sede na realidade concreta, anterior ao direito positivo.

1.6 AS REAÇÕES NEOKANTIANAS

No início do século XX, as orientações espiritualistas das Escolas de Baden e Marburgo vieram influenciar as bases jusfilosóficas da ciência penal então vigente e, com elas, as teorias acerca do objeto da tutela penal⁸⁴. O movimento, de traços neokantianos, foi estruturado como uma reação ao positivismo e à jurisprudência dos conceitos.

No centro da crítica estava o pressuposto positivista de que as ciências sociais seriam aferíveis empiricamente, tal como as ciências naturais. Filósofos como Windelband, Lask, Rickert e Radbruch passaram a entender as ciências do espírito, especialmente o direito, a partir da sua referência a valores, ou seja, como conhecimentos que podem ser objeto de valoração pelo observador e seus pares

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 56.

Alerta Fernández: "En el fondo, parece un razonamiento circular: si el derecho penal está legitimado por el fin de protección de intereses que expresan las condiciones de la vida en común; pero el interés – que al ser objeto de protección se llama bien jurídico – está en la sociedad y lo crea la vida, parece claro que, en definitiva, se trata de un juicio de valor del Estado, de un interés del Estado." FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien Jurídico y Sistema del Delito. Montevideo:Buenos Aires: Bdef, 2004, p. 23.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2004, p. 24-25.

em um contexto histórico-cultural determinado⁸⁵. Foram restituídas ao direito sua consciência metodológica e sua estrutura científica.

A premissa assumida, que atingiu inclusive a concepção sobre a própria metodologia das ciências naturais, foi a de que a realidade única e absoluta seria inatingível. Qualquer reprodução pretendida pelo observador não passaria da tentativa de representação desta realidade, naturalmente limitada pelo processo de raciocínio e apreensão do homem⁸⁶.

O caráter uniforme dos fenômenos naturais, incluídos nestes também os sociais, seria apenas um dos aspectos relevantes da realidade empírica. E aqui figuraria a diferença essencial entre as ciências naturais e históricas: enquanto as primeiras se ocupariam daquele traço de uniformidade que reuniria sob categorias os diversos fenômenos naturais, as segundas lançariam mão do estudo de determinados acontecimentos isolados e sua repercussão na comunidade cultural.

No âmbito criminal, reputou-se falha a pretensão de construção de um sistema sobre dados empíricos ao invés de valores essenciais ao direito penal: do ser não se poderia extrair qualquer dever ser⁸⁷.

Na verdade, considerando-se o relativismo valorativo de Radbruch, o homem haveria de conformar sua própria realidade segundo os valores que aspirasse, assim como o direito deveria se orientar pela ideia de justiça. Veja-se a transcrição da seguinte passagem:

> O direito é um fenómeno cultural, isto é, um facto referido a valores. O conceito de direito não pode pois ser determinado, nem definir-se de outra maneira que não seja esta: o conjunto de dados da experiência que têm o 'sentido' de pretenderem realizar a ideia de direito. O direito pode se injusto (summum jus summa injuria) e contudo não deixa de ser direito, na medida em que o seu 'sentido' vem a ser precisamente êsse: o de realizar o justo.⁸⁸ (grifos no original)

Essa guinada metodológica se refletiu no abandono da função limitadora do bem jurídico, em todo caso pretendida por Liszt. A relativização do instituto foi sustentada por duas correntes de pensamento antagônicas⁸⁹: uma o reduziria a fator

⁸⁶ Ibidem, p. 127.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 125-

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: Obras. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, t. I, 2009, p. 284.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Coimbra: Minerva, 1934, p. 12.

A referência aos seguidores das respectivas correntes não tem a pretensão de ser exaustiva. Dentro dos limites deste estudo, optou-se pela seleção de apenas dois autores de cada uma daquelas linhas de pensamento, segundo o reconhecimento que a doutrina tem dispensado à influência de suas contribuições para a configuração do quadro dogmático da época.

de interpretação teleológica da norma⁹⁰ (Honig e Schwinge); e outra o diluiria dentre as normas de cultura da sociedade (Mayer e Merkel). Pouco restaria do caráter garantista do bem jurídico, eis que não poderia servir à crítica da incriminação.

É notável a semelhança que estas duas correntes neokantianas possuem em relação à discussão positivista anterior entre Binding e Liszt. Ainda que partam ambas do pressuposto de que a ciência penal é uma ciência da cultura, vê-se que uma se ateve a utilizar o elemento cultural como meio de orientação da aplicação da lei vigente, enquanto que a outra utilizou o ambiente cultural como fonte extrajurídica dos interesses sociais que poderiam ser posteriormente reconhecidos pelo Estado.

Quanto à primeira corrente de pensamento, após atestar a impossibilidade de se alcançar um conceito unívoco para o conteúdo material de delito, Honig identificou o objeto de tutela com a própria finalidade da norma penal, extraindo-o da vida humana cultural e da ordem jurídica como um todo.

Como se vê, com a doutrina de Honig o bem jurídico foi desmaterializado a ponto de se tornar mera uma síntese do fim perseguido pela norma penal⁹¹, algo que pudesse contribuir com a interpretação desta⁹².

Pode-se dizer que o processo de espiritualização de Honig só fez sentir-se radicalizado com obra de Schwinge, para quem o objeto de tutela da lei penal viria a ser confundido com a própria *ratio legis*.

Como asseverou Bettiol à época:

Per Schwinge l'espressione letterale della fattispecie legale non è che il limite esterno posto dal legislatore all'opera dell'interprete; entro questi limiti è il bene giuridico tutelato della norma che esprime il criterio decisivo di scelta per la formazione del concetto di delitto della parte speciale, perché può essere elevato a criterio decisivo solo il fondamento e lo scopo della norma giuridica, ciò che è stata la spinta o il motivo per la formazione della legge. 93

Com uma abordagem distinta, a segunda corrente acima referida refutou a destinação meramente metodológica do conteúdo do injusto. Para este outro grupo,

Nas palavras de Rudolphi: "Con esto el concepto de bien jurídico ha sido despojado de todo o contenido material. Como tal es un concepto apto a recibir cualquier contenido, y no es, por lo tanto, otra cosa que una forma de pensamiento del 'sentido y fin de las prescripciones penales particulares', o como más tarde Grünhut y Schwinge lo han expresado, solo una 'abreviatura del pensamiento teleológico' o, lo que es lo mismo, la ratio legis." RUDOLPHI, Hans Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In: Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales, ano 4, 1975, p. 332.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Libro de estúdio. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1958, p. 156.

Para Polaino Navarrete, significa dizer que "los objetos de protección no existen en cuanto tales, sino que cobran vida cuando nos es dado contemplar los valores de la colectividad como objetos teleológicos de los preceptos jurídico-penales" POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Juridico en el Derecho Penal. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 147.

⁹³ BETTIOL, Giuseppe. Bene giuridico e reato. In: *Rivista Italiana di Diritto Penale*, ano X, 1938, n. XVI, p. 13.

do qual se destaca Mayer, a obrigatoriedade das normas do direito estaria estribada em exigências metajurídicas reconhecidas pelos indivíduos membros de uma determinada sociedade. O direito seria mais uma vertente da cultura⁹⁴ construída no seio desta comunidade, um produto cultural orientado pelos valores predominantes para a realização de fins comuns.

A sociedade enquanto interação entre indivíduos geraria uma infinidade de proibições e obrigações morais, convencionais ou religiosas, denominadas normas de cultura. Todas as normas a que se submeteriam os indivíduos adviriam da cultura⁹⁵. O conceito de norma de cultura em Mayer pretende mesmo ser, de fato, bastante amplo. Busca o autor no complexo cultural da sociedade a categoria geral, o repositório último do qual decorreriam os padrões de comportamento dos homens. Estas normas seriam de suma importância para o estabelecimento da ordem e para o desenvolvimento desta mesma sociedade.

Ao Estado competiria, então, reconhecer os interesses gerais cultivados na sociedade. Quando necessário, o Estado cumpriria a função de acolher certas normas de cultura e afastar outras⁹⁶, delineando o campo do lícito e do ilícito e tutelando o quanto possível aquelas normas selecionadas.

Dessa forma, na obra de Mayer a norma jurídica seria aquela norma de cultura prestigiada pelo Estado através da legislação. A lei representaria uma decisão do Estado no sentido de uma norma de cultura determinada, reforçando sua eficácia.

Importante perceber que Mayer repudia uma cultura de Estado. A organização do Estado não criaria cultura nenhuma, já que esta seria anterior àquela. A sociedade por si só seria capaz de erigir interesses comuns para sua manutenção, desenvolvimento e estabilidade – além de alguns interesses que se

Na sua definição: "Las normas de cultura son prohibiciones y mandatos a través de los cuales una sociedad exige una conducta adecuada a sus intereses." MAYER, Max Ernst. Derecho Penal. Parte General. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2007, p. 55.

-

Cultura vista como o cultivo de um interesse comum e de uma situação social pautada por esse interesse. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Bien jurídico y norma de cultura: Revisión de la teoría de Max Ernst Mayer. In: Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 3, 1993, p. 234. Ao conceito valorativo de cultura se faz essencial, para Mayer, a noção de progresso, de avanço na direção de um ideal. MAYER, Max Ernst. Derecho Penal: Parte General. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2007, p. 49.

Em resumo: "La función del Derecho no es a de crear, sino la de reconocer intereses. Se se quiere saber cómo han surgido esos intereses, hay que acudir al estudio de la historia de la cultura, aunque no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales pertenecen a la naturaleza del ser humano. El reconocimiento por el Estado significa, empero, tanto seleccionar – junto a los intereses reconocidos están los no reconocidos – como dar forma – junto al contenido y extensión reconocidos del interés se encuentran los no reconocidos -, y en último efecto, de ello se sigue la tutela." Ibidem, p. 26.

mostrariam inerentes à natureza humana –, sendo certo que nem todos careceriam de uma tutela por parte do Estado.

Todavia, não deixa de reconhecer o autor que, ao determinar quais normas de cultura gozariam de proteção e quais seriam deixadas na dependência de sua própria força social (ou ausência dela), o Estado direcionaria a sociedade para um determinado rumo por ele valorizado⁹⁷.

Logo, na teoria de Mayer a essência do juízo de antijuridicidade⁹⁸ estaria na contrariedade entre a conduta típica e a norma jurídica⁹⁹. O bem jurídico tutelado pela lei penal resumiria a norma de cultura reconhecida pelo Estado e merecedora de uma especial consideração na sociedade.

Assumindo premissas filosóficas semelhantes, Merkel concebeu o crime como violação simultânea dos interesses sociais e do ordenamento jurídico, uma oposição ao juízo público de desvalor sobre uma conduta.

Assim se pronunciou o autor:

- 1. La acción punible, como lesión de intereses. Para que una acción sea prohibida y castigada por el Estado, se atiende siempre a sus relaciones (que el legislador presupone) con determinados intereses, o sea con aquellos intereses que:
- a) pueden hacerse valer en el Estado con el carácter de comunes, y que
- b) pueden y tienden a hallar una protección por medio de la amenaza penal y de la pena, conforme a las concepciones dominantes en el Estado.
- 2. La acción punible, como violación del Derecho. Las lesiones causadas a los intereses sociales no son punibles sino en cuanto contradicen a una norma que en la sociedad se estima vigente y obligatoria, y, por consiguiente, en cuanto se oponen a un juicio público que las desaprueba; 100

Neste sentido, o interesse social ganhou certo grau de transcendência na medida em que pouco importava seu valor para o titular: o essencial seria que o interesse fosse estimado por uma pluralidade de pessoas¹⁰¹. Quais interesses haveriam ou não de ser tutelados dependeria diretamente das relações culturais de um povo, em todo caso condicionadas espaço-temporalmente.

Em outro giro, Merkel reputou inútil a discussão quanto ao objeto de proteção jurídico-penal, se um bem ou um interesse. Para o autor, na maior parte dos crimes

MAYER, Max Ernst. Derecho Penal: Parte General. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2007, p. 60.

Ressalta Guzmán Dálbora, entretanto, que isto não significa que a lei esgotaria o conteúdo do injusto, eis que seria possível, no pensamento de Mayer, que as condutas formalmente antijurídicas quedassem justificadas por determinações puramente culturais. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Bien jurídico y norma de cultura: Revisión de la teoría de Max Ernst Mayer. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 3, 1993. p. 233.

Veja-se, por fim, seu conceito de crime: "delito es un acontecimiento imputable que corresponde a un tipo legal y que es contradictorio con una norma de cultura reconocida por el Estado." MAYER, Max Ernst. op. cit., p. 71.

MERKEL, Adolf. Derecho Penal. Parte General. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2004, p. 11-13.

¹⁰¹ Ibidem p. 12.

seria possível identificar tanto um bem lesado quanto um interesse na sua tutela, tudo a depender da perspectiva que se analisasse a questão. Todavia, defendeu ser mais eficaz a alusão ao interesse, afinal, os comportamentos que atingem bens só levariam à sanção na medida em que interesses sociais relevantes reputassem tais bens como imprescindíveis e o ordenamento jurídico contemplasse tal proteção.

Em termos gerais, as teorias neokantianas contribuíram de modo decisivo no esvaziamento do conteúdo material do injusto, principalmente em seu caráter concreto e sua função garantista. Por isso vale transcrever a sentença de Hormazábal Malareé:

En la teoría del bien jurídico el relativismo neokantiano habría de traer como consecuencia la pérdida para el concepto de todo contenido real y concreto, preparándose con ello el camino de su desaparición con las corrientes del derecho penal del nacionalsocialismo. (...)

Las consecuencias de este proceso de despolitización del bien jurídico iban a poder apreciarse lamentablemente pronto, cuando con el triunfo del nacional socialismo las escuelas del derecho penal autoritario se encontraron con un camino libre de obstáculos para fundamentar ideológicamente el desarrollo de una política penal a servicio exclusivo e ilimitado de los intereses del Estado nacional socialista. 102

1.7 O INJUSTO PENAL NACIONAL-SOCIALISTA E A ESCOLA DE KIEL

Foi a partir das correntes neokantianas que Mezger edificou sua contribuição ao causalismo valorativo. Para o autor, o bem jurídico seria uma figura ideológica que carregaria consigo uma valoração objetiva, que evidenciaria o valor que possui para o indivíduo ou para a sociedade.

Em sua própria definição:

El bien jurídico (objeto de protección, objeto de ataque) no es, como el ya mencionado "objeto de la acción", un objeto concreto del mundo exterior. Es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que el tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. El "bien jurídico" evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. Por consiguiente, no hay que quedar atados a ideas materialistas o negar una "espiritualización" de este concepto de bien jurídico. Del mismo modo, significa desconocer esta importante teoría, investigada muy especialmente por BIRNBAUM en lo que respecta a su utilidad y necesidad, el reprocharle un enfoque "individualista"; en efecto, es fundamental para el bien jurídico de los tipos jurídicopenales, el que no sea solamente un bien del individuo, sino de la sociedad, un "bien del derecho". 103

MEZGER, Edmund. Derecho Penal: Libro de Estudio. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, t. 1, 1958, p. 155.

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 62-64.

Dessa forma, nos tipos penais, ou o bem jurídico se confundiria com o objeto de ataque (como no homicídio e na lesão corporal, nos quais são atingidos a vida e a integridade física) ou dele se afastaria, sendo inerente neste caso a sua abstrativização (os exemplos sugeridos são os crimes de furto e injúria). De qualquer forma, sua importância maior adviria da revelação do objeto a que se dirige o fim de proteção da norma, ou seja, o conceito se apresentaria como um "medio extraordinariamente valioso e imprescindible para interpretar correctamente la esencia íntima de los preceptos del derecho penal." 104

Veja-se que a teoria de Mezger mescla influências de ambas as correntes neokantianas descritas no tópico precedente¹⁰⁵. Ao impor ao bem jurídico uma função de síntese conceitual afeta à interpretação teleológica, aproxima-se o autor da Escola de Baden e da construção teórica de Honig. Por outro lado, ao pretender confundir este valor objetivo com o interesse social, extraído do complexo cultural, rende homenagem aos trabalhos de Mayer e Merkel.

Válido é o aparte formulado por Figueiredo Dias, segundo o qual a proposta de Mezger deve ser hoje rejeitada, eis que faz dos bens jurídicos meras "*fórmulas interpretativas* dos tipos legais de crime"¹⁰⁶ (grifos no original), retirando-lhes qualquer referência político-criminal ou padrão crítico de aferição da legitimidade da incriminação. E, de fato, hoje é de conhecimento geral a estreita ligação entre o culturalismo mezgeriano e a ideologia nacional-socialista¹⁰⁷.

Foram mais longe os autores da chamada Escola de Kiel (Schaffstein, Dahm e Gallas) que durante o regime nazista alemão afirmaram a insustentabilidade do dogma do bem jurídico, reputando-o como inútil e impreciso. À ideia de violação de bens jurídicos sucedeu-se a de violação de deveres¹⁰⁸. A essência do delito foi depositada ora na contrariedade aos deveres jurídicos perante o Estado ora na hostilidade do criminoso em relação à comunidade, sem que se pretendesse limitar

MEZGER, Edmund. Derecho Penal: Libro de Estudio. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, t. 1, 1958, p. 159.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien Jurídico y Sistema del Delito. Montevideo: Buenos Aires: Bdef, 2004, p. 30.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 116.

Para uma detalhada análise sobre a relação entre Mezger e o movimento nacional-socialista, com amplas referências documentais: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo.* 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, passim.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. El Bien Juridico en el Derecho Penal. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 193.

ou controlar a liberdade do legislador¹⁰⁹. Este movimento estava tão intimamente ligado à ideologia do Terceiro Reich que nasceu e desapareceu com ela.

De modo geral, o contexto histórico da ascensão do nazismo incentivou a migração do direito penal do fato ao direito penal do autor. A ciência penal alinhada com a política autoritária de Estado procurou o desvalor da própria personalidade do agente, viu no espírito reprovável do sujeito razão suficiente a justificar uma reação punitiva¹¹⁰. Os resultados disto são hoje bem conhecidos.

O esvaziamento do conceito de bem jurídico acarretou a constrição da antijuridicidade ao seu aspecto formal, o que levou à sua absorção na categoria da culpabilidade considerada como violação da obrigação imposta pela lei, desrespeito ao dever de obediência ao Estado. Este pensamento só viria a reforçar, através de um formalismo abstrato, o poder punitivo ilimitado do Estado, conforme concluiu Bettiol quando de sua análise da então recente doutrina alemã:

> Quando nel reato non si vuol vedere altro che la contraddizione tra una condotta individuale e un imperativo giuridico indipendente della lesione di un bene della vita, si viene ad accentuare il lato formale del diritto e a cadere inevitabilmente in un vano e vacuo formalismo astrattista che nessun sofisma sarà mai capace di giustificare. 111

Por fim, e esta parece uma conclusão tão relevante quanto evidente, o conceito de bem jurídico guarda consigo um viés liberal tão flagrante que foi capaz de incitar os penalistas comprometidos com o ideário nacional-socialista a defender sua absoluta contrariedade aos desígnios do ius puniendi e com ela seu ostracismo¹¹². Por certo, a tentativa de menosprezar o caráter limitador do bem jurídico representou um retrocesso do direito penal ao período anterior à revolução francesa.

1.8 A DOUTRINA FINALISTA DE WELZEL NO PÓS-GUERRA

¹⁰⁹ MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal. 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2003, p. 236.

[&]quot;Si para el lluminismo el centro es el individuo, para la ideología nacionalsocialista es el pueblo, pero no entendido como la suma de los individuos que viven en comunidad, sino como un ser con identidad propia por encima de los individuos ligado por la sangre y al suelo de las generaciones pasadas, actuales y futuras. El elemento de cohesión es la fidelidad y no la iluminista persecución de intereses de la comunidad. El delito ya no podría plantearse como una lesión de intereses o a las condiciones de vida en común, sino como una traición a la fidelidad que todo individuo le debe al pueblo alemán." HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 69.

¹¹¹ BETTIOL, Giuseppe. Bene giuridico e reato. In: Rivista Italiana di Diritto Penale, ano X, 1938, n. XVI, p. 08.

Por todos: SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de benes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) La teoría del bien jurídico. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 210.

O pós-guerra marcou a retomada do Estado de Direito e com ele a busca dos paradigmas liberais que ficaram esquecidos em meio ao terror e à guerra.

Coube a Welzel, prosseguindo na construção da sua doutrina da ação finalista¹¹³, elaborar um conceito de índole ontológica¹¹⁴, pelo qual o bem jurídico seria um bem vital, quer comunitário quer individual, que em razão de sua significação social seria protegido pelo direito penal¹¹⁵.

A teoria da ação finalista de Welzel partiu de duas ideias fundamentais: a de que o mundo se organizaria sempre com vistas a um fim; e a de que a explicação de todo o acontecimento deveria abordar, necessariamente, o fim ao qual tal fenômeno se dirige¹¹⁶. Desse modo, o sistema proposto pelo autor procurou superar o pressuposto neokantiano a ele precedente, de que *ser* e *dever ser* não se conectariam, antes participariam de realidades apartadas e independentes, bem como enfrentar frontalmente o causalismo e suas consequências no direito penal¹¹⁷. Afinal, a conduta criminosa não se resumiria a uma manifestação externa causadora de uma alteração no mundo material, mas haveria de ser dirigida pela vontade humana.

Para o autor, o direito deveria analisar a realidade concreta para então lançarse em valorações jurídicas. A grande proposta do finalismo era afastar um positivismo formalista e aproximar o direito da realidade fática, e das estruturas lógico-empíricas que a regeriam, sem que com isso fosse necessário recorrer aos argumentos abstratos jusnaturalistas.

Note-se que o ordenamento poderia escolher quais elementos ontológicos haveria de valorar, mas não teria a capacidade de alterá-los com suas proposições

Criticamente a esta afirmação, entendendo que a doutrina original de Welzel contemplou um método sintético real-normativo, muito além de um ontologismo livre de qualquer valoração: GRACIA MARTÍN, Luis. O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-46.

_

Iniciada bem antes, em 1931, mas que só veio a ganhar ressonância na Alemanha após a queda do regime nazista, já no final dos anos 40, e marcadamente na América Latina depois da década de 70. Cf. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2004, p. 36-38

[&]quot;Bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente. (...) Bien jurídico es, por tanto, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones. La suma de los bienes jurídicos no constituye un "montón atomizado", sino el orden social, y por tanto, la significación de un bien jurídico no ha de ser apreciada aisladamente, sino tan sólo en relación conjunta con la totalidad del orden social." WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 05-06.

TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 53.

HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan/fev, 2006, p. 66-70.

jurídicas¹¹⁸. Assim, os enunciados normativos deveriam se limitar a refletir este material ontológico observado.

A passagem de um Estado de Direito formal para um Estado de Direito material exigiu a introdução no conceito de crime de um ponto de vista moral, de modo que a conduta criminosa representasse a violação de deveres ético-sociais elementares. Por isso não é de surpreender a sugestão finalista de que a função desempenhada pelo direito penal fosse, justamente, a tutela de um mínimo de valores ético-sociais¹¹⁹, estabilizando-os e inserindo-os nos planos individuais de ação.

A ação humana, enquanto fenômeno da realidade empírica, foi erigida a conceito central na dogmática penal, ao redor do qual gravitariam todas as outras categorias analíticas do crime. A força do direito penal em influenciar a ação humana adviria da constatação de que esta seria orientada pela vontade do sujeito no sentido de uma finalidade¹²⁰.

Seguindo o pensamento proposto, os cidadãos teriam um dever transcendente incondicional (em alusão ao imperativo categórico kantiano 121) de respeito a estes valores ético-sociais, com vistas à própria sobrevivência da sociedade.

Contudo, para que o dito imperativo fosse internalizado pela consciência de cada um e fosse capaz de direcionar o comportamento destes de acordo com um juízo de valor contrário à lesão, a norma penal sancionaria sua violação com uma pena¹²². O ilícito deixaria de se centrar em um dano social para configurar uma violação pessoal fundada no desvalor da ação em si, não do resultado provocado¹²³.

O direito penal teria a capacidade de internalizar nas consciências individuais os parâmetros do licito e do ilícito, sendo um vetor determinante para decisão do

_

WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 09.

[&]quot;Es misión del derecho penal amparar los valores elementares de la vida de la comunidad." WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 01.

Segundo Hartmann, cuja obra serviu de influência ao finalismo, a ação humana deveria ser entendida como algo que sempre persegue um determinado objetivo, desdobrando-se em pelo menos três estágios: a antecipação mental do objetivo; a escolha e aplicação de meios adequados aos fins propostos e a realização mesma do ato. TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 55-56.

[&]quot;age apenas segundo a máxima pela qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal" KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. São Paulo: Barcarolla, 2009, p. 215.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal.* 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 191-194.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 32, out/dez, 2000, p. 129.

indivíduo no sentido de uma ação. De todo modo, a proteção jurídica se aproximaria muito de uma proteção moral, fazendo com que o conceito de bem jurídico fosse relegado a um segundo plano, ainda carente de maior substancialidade.

A concepção finalista representou um importante passo no pós-guerra, combatendo os pressupostos do positivismo formal vigente no Estado nacional-socialista e, a partir de uma fundamentação ontológica do direito penal, procurando conter as ingerências arbitrárias deste. Por este caminho, os legisladores haveriam de guardar respeito à realidade, à lógica inevitável do real.

Assim, alcançou-se com a teoria finalista um marco divisório entre as origens históricas da teoria do bem jurídico e os seus desenvolvimentos mais modernos. A doutrina de Welzel, muito embora ainda goze de certo prestígio no Brasil¹²⁴, vem perdendo adeptos em meio aos penalistas europeus.

Isso porque, se passou a ser relativamente inconteste a necessidade de introdução de dados empíricos na sistemática penal 125, por outro lado restou patente que um direito penal baseado unicamente nestas premissas ontológicas seria inviável. Os dados ontológicos colhidos da realidade não são suficientes à resolução dos intrincados problemas jurídicos, sua funcionalidade depende sempre de uma valoração do aplicador do direito ou do próprio legislador, além de que a tutela de uma determinada pauta de valores éticos iria de encontro à essência das sociedades democráticas e pluralistas modernas.

Muito da queda do pensamento finalista pode ser atribuída, portanto, em parte ao esgotamento de sua capacidade de rendimento 126 na resolução dos problemas normativos atuais da dogmática penal e em parte ao surgimento das diversas correntes funcionalistas.

.

Ao que parece, Prado é um dos poucos doutrinadores brasileiros contemporâneos a se declarar expressamente finalista: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2010, p. 280. Porém outros, apesar não o dizerem com tamanha transparência, não chegam a afastar o conceito finalista de ação: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 198.

ROXIN, Claus. Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal. In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 56.

Para uma ampla referência acerca das críticas ao modelo finalista: ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria finalista da acção. In: ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal.* 3 ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 91 et seq.; ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, jan/fev, 2010, p. 30-33.

2. A TEORIA DO BEM JURÍDICO: O ESTÁGIO ATUAL DA DISCUSSÃO

Toda a narrativa anterior permite perceber que o interesse tutelado pelo Estado por meio de seu aparato repressivo – o substrato material do injusto – esteve durante todo esse período de desenvolvimento oscilando entre uma posição central na crítica às incriminações – um fator de delineamento do campo de atuação do poder punitivo estatal – e uma posição periférica, em que mal poderia contribuir com o estudo dogmático do fato punível.

É de se ver que essa dicotomia ainda não foi superada por completo. O âmbito de aplicação do conceito não raro varia de acordo com cada doutrinador e a sua visão do direito penal, acarretando uma infinidade de construções reconduzíveis, no máximo, e não sem grandes esforços, a correntes mais ou menos uniformes.

Atualmente, a doutrina se divide entre (1) os defensores de conceitos de bem jurídico críticos ao sistema, ou seja, capazes de limitar a liberdade de decisão do legislador; (2) aqueles apegados a conceitos imanentes, que atribuem ao bem jurídico uma participação dogmática secundária; e (3) uns poucos que denunciam sua inutilidade.

Com relação aos dois últimos grupos, ambos compartilham a descrença no conceito de bem jurídico vinculante para o legislador. A título introdutório é possível listar as seis críticas principais:

- (i) até o momento não se conseguiu formular um conceito preciso de bem jurídico, perdendo-se a doutrina em inúmeras definições¹²⁷;
- (ii) não há exemplos históricos em que a teoria tenha sido invocada para justificar uma reforma penal. A reforma do direito penal sexual na Alemanha da década de 70 ficou a dever muito mais às mudanças nos padrões morais daquela sociedade do que a argumentos teóricodogmáticos¹²⁸;

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de La dicussión sobre el concepto de bien jurídico. In: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 376. Também os artigos de Wohlers e Frisch na obra: HEFENDEHL, Roland (Ed.) La Teoría del Bien Jurídico. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 314 e 404. Em sentido

STRATENWERTH, Günter. Sobre o Conceito de "Bem Jurídico". In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 101-103. O próprio Roxin, defensor do conceito crítico de bem jurídico, admite este ponto: ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General. 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, t. I, 2008, p. 71.

- (iii) a crítica dirigida ao dogma do bem jurídico por alguns autores da Escola de Kiel durante o período nacional-socialista na Alemanha não transforma este dogma em instrumento liberal¹²⁹;
- (iv) há delitos nos códigos penais em que não se vislumbra lesão a qualquer bem jurídico como aqueles voltados ao maltrato de animais¹³⁰;
- (v) os tipos penais que a teoria diz impedir, como aqueles arbitrários, meramente simbólicos ou destinados à proteção de sentimentos, tabus ou ideologias, já seriam excluídos do âmbito penal por argumentos de proporcionalidade¹³¹;
- (vi) o Tribunal Constitucional Alemão não teria acatado a teoria, muito embora tivesse diversas oportunidades de fazê-lo¹³².

A seguir se analisa as atuais correntes acadêmicas sobre o tema, deixando demonstrado o estágio em que se encontra a discussão e as características atribuídas ao conceito de bem jurídico modernamente.

2.1 AS CONCEPÇÕES NEOFINALISTAS

contrário, veja-se o testemunho de Fiandaca, reafirmando a importância da teoria quando da reforma direito penal sexual alemão: FIANDACA, Giovanni. Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio de política criminale. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XXV, 1982, p. 42.

ALCÁCER GIRAO, Rafael. ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Sevilla: Atelier, 2003, p. 77.

Aqui Amelung e Hirsch fazem um ataque direto ao argumento em geral invocado pelos defensores de um conceito de bem jurídico crítico ao sistema de que o caráter liberal do instituto seria demonstrado no exemplo histórico do nazismo, quando a Escola de Kiel teria reputado o bem jurídico como liberal, propugnando seu ostracismo ou reduzindo-o a um método de interpretação teleológica. Para estes autores, este tema não esteva na pauta de discussão da época, pelo menos não com repercussão, havendo inclusive autores ligados à Escola de Kiel, como Klee, que teriam defendido o dogma do bem jurídico. AMELUNG, Knut. O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da Proteção de Bens Jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 124-125; e HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de La dicussión sobre el concepto de bien jurídico. In: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 376.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*: Parte General. El Hecho Punible. Navarra: Thomson Civitas, 2005, p. 56.

Quando da análise da constitucionalidade dos tipos penais de homossexualidade masculina e de incesto por exemplo. Sobre a postura indiferente do Tribunal Constitucional Alemão em relação à teoria do bem jurídico: SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 211-218; Também: GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 82, jan/fev, 2010, p. 165-185.

Apresentando uma postura finalista, ainda que moderada, Stratenwerth é hoje dos mais atuantes críticos da teoria do bem jurídico. Para ele, as condutas desviadas só poderiam ensejar criminalização quando postas em questão normas ético-sociais elementares, capazes de produzir sobre si um consenso racional e razoável¹³³.

Porém, apesar da aproximação com o pensamento de Welzel nesse ponto, Stratenwerth reconhece que este critério não deve ser o único utilizado para a identificação das condutas que podem ser criminalizadas, até mesmo porque esta postura tenderia a conservar uma ordem moral estática¹³⁴. Desse modo, não aceita o autor a regência absoluta das estruturas ontológicas¹³⁵, abrindo espaço para valorações no momento de escolha daquelas que deveriam influir na criminalização de condutas nocivas à sociedade.

Nesse contexto, defende o autor a aplicação simultânea de parâmetros constitucionais de controle¹³⁶, como a compatibilidade da norma penal com os direitos fundamentais, a legalidade, a fragmentariedade, a subsidiariedade, a coerência e, principalmente, a proporcionalidade.

Para Stratenwerth, o foco deveria estar na comunidade, que não seria apenas o marco necessário para a liberdade dos cidadãos, mas o ponto de referência da identidade social. O importante não seria identificar bens jurídicos ou argumentar sua vinculação a interesses individuais, mas sim de determinar a pauta de comportamento essencial, correta, que formaria parte do consenso normativo básico (constitucional) sobre o qual se fundaria a nação¹³⁷. Consenso este que, é bom dizer, pertenceria a uma consciência moral coletiva que inevitavelmente evoluiria com o tempo.

As colocações de Stratenwerth, no entanto, apontam para uma solução que dissolve o indivíduo em meio aos abstratos anseios sociais. Por certo, o apelo a

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, out/dez, 2000, p. 127, nota 27.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*: Parte General. El Hecho Punible. Navarra: Thomson Civitas, 2005, p. 53.

¹³⁴ Ibidem, p. 54-55.

STRATENWERTH, Günter. op. cit., p. 60-62.

STRATENWERTH, Günter. La Criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 367.

normas culturais sem vinculação com bens concretos permite preceitos penais irracionais¹³⁸. Entretanto, este parece mesmo ser o sentido de suas palavras:

O modelo de uma ordem social, como um conjunto de esferas de liberdade, uma adjacente à outra, como uma colmeia, está definitivamente ultrapassado. Claro que é também importante proteger a liberdade pessoal, e este é o âmbito legítimo da ideia de bem jurídico. Mas igual relevância tem o caráter geral dessa sociedade, de modo que nós com ela nos identifiquemos, que nela encontremos algum sentido, também tendo em vista tarefas que vão bem além da proteção de interesses individuais, como realizar um mínimo de justiça social e preservar as condições de vida de gerações futuras. Para conseguir isso, não é necessário "diluir" o bem jurídico até que ele se torne irreconhecível. Apenas tem-se de reconhecer que também normas incapazes de serem reconduzidas a essa ideia podem pertencer à nossa cultura de convivência. Só então se abrirá o caminho para que o debate que, a rigor, deveria aqui ter lugar: o de se e em que medida ainda tem futuro uma concepção herdeira do liberalismo no Direito Penal. 139

Por sua vez, Hirsch, embora acredite ser possível tecer conceitos de bem jurídico, aduz que estes não possuiriam a capacidade de vincular o legislador e que os comportamentos que seriam supostamente excluídos do campo penal já seriam comportamentos juridicamente irrelevantes¹⁴⁰. A limitação do legislador adviria apenas do princípio da subsidiariedade e da própria ideia de proporcionalidade que ele carrega.

Hirsch entende que a sociedade autoriza o Estado a lançar mão de uma série de medidas reguladoras dos comportamentos quando necessário. Com a pena criminal não seria diferente: o legislador estaria autorizado a utilizá-la, desde que demonstrasse, afinal, a insuficiência de outros meios de controle menos invasivos¹⁴¹.

Por sua vez, Maurach e Zipf não chegam a contestar a importância do bem jurídico para a estruturação do tipo penal. Porém, vão buscar nos interesses valiosos segundo as convicções gerais da comunidade, ou pelo menos de suas camadas dominantes, o conteúdo do conceito¹⁴². Para os aludidos doutrinadores, o bem jurídico se confundiria com o interesse juridicamente protegido quanto mais este se aproximasse dos direitos naturais do indivíduo ou da comunidade.

Conforme aponta também Hirsch: HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de La dicussión sobre el concepto de bien jurídico. In: *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología.* Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 385.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o Conceito de "Bem Jurídico". In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 114-115.

HIRSCH, Hans Joachim. op. cit., p. 371.

¹⁴¹ Ibidem, p. 378

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1994, v. 1, p. 333-336.

2.2 O BEM JURÍDICO IMANENTE AO SISTEMA

Dentre as correntes funcionalistas que advogam o abandono do bem jurídico como atributo limitador do poder punitivo, duas se destacam: as teorias de Amelung e Jakobs. Em comum, ambas apresentam respaldo em teorias sociológicas, almejando novos fundamentos de racionalização para o sistema penal.

Tanto na teoria de Amelung quanto na de Jakobs o direito integra o sistema social, estando destinado à redução da complexidade crescente nas sociedades contemporâneas através da garantia da funcionalidade deste mesmo sistema ¹⁴³. Por esta perspectiva, o bem jurídico não poderia ser concebido como um dado concreto, empírico, mas sim como um elemento imanente ao sistema, confundido com a vigência ou a eficácia da norma e por isso incapaz de determinar conteúdos mínimos obrigatórios ao legislador. O conceito seria extraído da própria lógica interna do sistema, da intepretação das leis vigentes, o que levaria a um pensamento circular, quase tautológico: das leis se erigiriam elementos de tutela que auxiliariam na interpretação destas mesmas leis e na compreensão dos institutos componentes do processo de imputação penal.

2.2.1 A DANOSIDADE SOCIAL DE AMELUNG

Amelung defende a tese de que a teoria do bem jurídico não guardaria proximidade com os pressupostos liberais iluministas. Representaria, na verdade, um rompimento com estes já quando, com Birnbaum, teria abandonado as referências aos elementos sociais (especificamente as condições básicas da convivência humana¹⁴⁴).

Em sua opinião, seriam infundadas as críticas direcionadas a um conceito de bem jurídico dependente da lei, assim como incidiria a doutrina em erro ao alegar

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e Crime. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 91.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 96.

que tudo aquilo que a escola nacional-socialista chamou de liberal só por esse motivo o seria de fato.

Na tentativa de fundamentar seu entendimento, o autor recorre à teoria dos sistemas de Parsons e Luhmann. Na sua visão, o delito integraria a classe dos fenômenos disfuncionais: atos que impediriam ou dificultariam a superação dos problemas que obstruem o progresso social. A sociedade baseada em interações humanas gozaria de normas destinadas a permitir a evolução do sistema por meio da solução das disfuncionalidades que lhe afligiriam, de modo que o comportamento contrário a esta norma contribuiria para a disfuncionalidade nociva ao sistema. Ao direito penal competiria perseguir estes atos socialmente danosos, sancionado-os e promovendo a confiança dos indivíduos na integridade do sistema ¹⁴⁵.

Sob esta teoria os bens jurídicos seriam as condições de existência da vida em sociedade absorvidos na categoria abstrata da danosidade social. Todo bem jurídico se constituiria a partir de sua conexão valorativa com o sistema social e com os possíveis efeitos disfuncionais do comportamento lesivo.

A princípio, somente os fatos naturais (a vida, a integridade física, o meio ambiente), as instituições sociais (relações de disposição como a propriedade, o domicílio) e os processos sociais (a administração pública, a administração da justiça) poderiam ser selecionados pelo legislador como bens jurídico-penais, tornando-se objetos de um legítimo juízo de valor: "não é a ciência, mas um sujeito que age politicamente, quem define o que é socialmente lesivo." 146. O entendimento remete, assim, a um conceito positivista e politicamente aberto de bem jurídico.

Para o autor, a própria ideia de um bem jurídico supra-positivo, vinculante para o legislador, não teria, afinal, fundamento¹⁴⁷. Amelung alega que em uma sociedade pluralista já se estaria impedido de almejar determinados valores extralegais impositivos¹⁴⁸. Qualquer consenso razoável haveria de passar pelo crivo do procedimento legislativo e ganhar legitimidade por meio do respeito ao princípio democrático.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e Crime. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 91.

AMELUNG, Knut. O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da Proteção de Bens Jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 155.

Muito embora a intenção inicial de sua investigação tenha sido, justamente, a de encontrar um parâmetro crítico extrajurídico de controle da atividade legislativa. Assim em: ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e acordo em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 96.

AMELUNG, Knut. op. cit., p. 130-131.

Todavia, ainda que defenda a prevalência do caráter político da decisão, Amelung não descura das restrições constitucionais ao juízo de valor do legislador, notadamente a necessidade e a idoneidade da intervenção penal¹⁴⁹.

De qualquer modo, parece inevitável concluir que as restrições pensadas pelo autor não são capazes nem de proteger a pessoa contra sua funcionalização em prol do sistema ¹⁵⁰ nem de evitar a subversão do sistema em meio a políticas desvinculadas de qualquer conteúdo material mínimo ¹⁵¹, vício do qual padeceria também a proposta de Jakobs.

2.2.2 O FUNCIONALISMO SISTÊMICO-NORMATIVISTA DE JAKOBS

A teoria sistêmico-normativista, como as teorias funcionalistas em geral, parte da compreensão de que o direito penal deveria ser entendido a partir de sua finalidade. Mas, ao contrário da doutrina dominante, desacredita por completo a função tutelar de bens jurídicos¹⁵² ao mesmo tempo em que descarta a consideração de dados empíricos pré-determinados pelo direito penal. Em outras palavras, busca um sistema penal, mais que normativo, "normativista".

O direito penal proposto por Jakobs possui a missão de garantir a identidade normativa da sociedade através da estabilização de expectativas dos cidadãos nos comportamentos corretos e da consideração do fato punível como um ato comunicativo, uma expressão de sentido¹⁵³.

Em síntese, "[s]e socialmente danoso é todo o facto disfuncional e se a disfuncionalidade consiste na perturbação da interação social [...], mas se nada se diz sobre a forma como a sociedade deve estar organizada e, muito menos, sobre os valores que a devem reger [...], ela pode ser aproveitada por uma qualquer ideologia." CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e Crime. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 93-94.

Para Raposo, Amelung "constroi um conceito de delito que se define a partir de si mesmo, gerando um círculo tautológico que não consegue estabelecer qualquer critério material extrínseco para a conceituação do fenômeno criminoso". RAPOSO, Guilherme Guedes. Teoria do Bem Jurídico e Estrutura do Delito. Porto Alegre: Núria Fábris, 2011, p. 93.

JAKOBS, Günther. O que é Protegido pelo Direito Penal: Bens Jurídicos ou a Vigência da Norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 159-162.

JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 33.

AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversário. Madrid: Tecnos, 1991, p. 97.

A posição de Jakobs também se aproxima, assim como a de Amelung, da teoria dos sistemas de Luhmann ao entender a sociedade como um sistema onicompreensivo¹⁵⁴ composto, não de homens¹⁵⁵, mas de comunicações¹⁵⁶, dentro do qual figuram diversos subsistemas autopoiéticos e operativamente fechados.

A concepção luhminiana da vida social, adotada por Jakobs, funcionaliza o próprio ser humano¹⁵⁷ na medida em que este é visto como titular de direitos e deveres decorrentes de seu *status* na sociedade, representante de uma determinada função¹⁵⁸ e, por isso, garantidor de determinadas expectativas¹⁵⁹. O homem deixa de ser o eixo e o fim do sistema para se tornar mais uma parte integrante deste, mais um elemento que, ao cumprir seu papel na estrutura social, contribui para o desenvolvimento e estabilidade do próprio sistema.

Nesse particular, para o autor, importaria para o sistema social apenas a pessoa em seu conceito normativo, quando já identificada sua competência comunicativa, o que permitiria a imputação de certos campos de responsabilidade, inclusive penal. Mais importante do que definir quem, na realidade das coisas, deu causa a um resultado repudiado pelo ordenamento seria identificar, segundo os critérios definidos normativamente, quem poderia ser responsabilizado por tal resultado: o estudo penal passa a confinar apenas um juízo de imputação liberto de considerações empíricas ou metafísicas.

Todo o sistema social teria por fundamento a necessidade de controle das incertezas, de estabilização das expectativas de conduta. O comportamento em si não poderia ser previsto ou regulado, mas aquele sujeito que interage em sociedade criaria uma expectativa nos demais de que o faria de acordo com o esperado.

lbidem, p. 12. Igualmente em Jakobs: JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoria de un Derecho penal funcional. Madrid: Civitas, 1996, p. 15.

LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. México: Herder, 2007, p. 55.

JAKOBS, Günther. O que é Protegido pelo Direito Penal: Bens Jurídicos ou a Vigência da Norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 175.

O ser humano só se torna pessoa quando cumpre os deveres impostos por sua específica posição na sociedade. Para Alcácer Guirao, aludindo às inevitáveis críticas que recebeu esta posição de Jakobs, a contemplação do sujeito como ser humano e como pessoa é "una oveja con piel de lobo", na media em que não é nova na sociologia nem na filosofia e não traz consigo nenhuma posição ideológica. ALCÁCER GUIRAO, Rafael ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Barcelona: Atelier, 2003, p. 56. Como exemplo histórico, traz uma analogia ao conceito de pessoa como igualdade encontrado na obra de Radbruch. Confira-se: RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Coimbra: Minerva, 1934, p. 186 et seq.

De uma competência socialmente compreensível: JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoria de un Derecho penal funcional. Madrid: Civitas, 1996, p. 50.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O Princípio da Confiança no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 125-126.

As expectativas conformadoras da identidade social adviriam em parte do mundo racional e em parte seriam criadas pelo homem. As primeiras não necessitariam de uma estabilização especial¹⁶⁰, seriam naturalmente obrigatórias àqueles que delas detêm conhecimento, ao passo que as segundas careceriam de tal força auto-estabilizadora, não estariam dispostas previamente como leis naturais e em seu lugar seria possível se pensar em inúmeras alternativas viáveis¹⁶¹. Assim sendo, estas dependeriam de uma mensagem institucional na direção de sua obrigatoriedade.

A violação das expectativas, embora pudesse se verificar sem que com isso fosse abalada a confiança dos homens em sua vigência, não poderia assumir um caráter permanente ou reiterado sem o risco de que aquela confiança acabasse por se desintegrar. Por esta razão, o desrespeito à expectativa deveria gerar uma reação capaz de confirmar a validade da norma. E uma destas reações seria, justamente, a pena criminal.

Jakobs chega a admitir que a pena considerada isoladamente não passa de um mal¹⁶². Porém, sob uma compreensão comunicativa, o crime se tornaria uma afirmação de sentido contrária à norma e a pena uma reafirmação da vigência desta. Ou seja, o ato criminoso contestaria a vigência da norma penal que o proíbe, enquanto que a aplicação da pena afirmaria simbolicamente a incompetência daquele mesmo agente para contestar a norma no caso concreto¹⁶³ e, com isso, confirmaria a validade da norma¹⁶⁴.

Nessa linha, esclarece o autor:

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson, 2004, p. 40-42.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoria de un Derecho penal funcional. Madrid: Civitas, 1996, p. 27-28.

A título conclusivo: JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 54-55.

JAKOBS, Günther. op. cit., p. 17.

[&]quot;o crime é a negação da estrutura da sociedade, a pena marginaliza essa negação e , portanto, a finalidade da pena é sempre alcançada. A estrutura da sociedade está confirmada." JAKOBS, Günther. O que é Protegido pelo Direito Penal: Bens Jurídicos ou a Vigência da Norma?. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177. Numa exposição bem próxima à ideia hegeliana de pena enquanto negação da negação do direito. Veja-se: HEGEL, G.W.F. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 87.

es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas. 165

O direito penal não buscaria, então, a tutela de bens, mas a garantia da expectativa de que não se produziriam lesões a estes. Para o autor, o bem jurídico careceria de potencial liberal para limitar os excessos do legislador, assim como a pena não seria capaz de recompor um bem violado. O objeto de tutela penal só poderia ser a vigência da própria norma.

Diferentemente de Amelung, Jakobs não considera factível a identificação das condições reais de existência da sociedade. A aferição da danosidade social deveria ser realizada apenas em relação à quebra de confiança dos homens na norma editada pelo Estado. Esta vulneração carregaria consigo o peso da lesão à identidade normativa da sociedade sem que fosse necessário tecer conexões com a realidade empírica.

Com relação às funções atribuídas às penas, apesar de se alinhar em certa medida às correntes mais recentes, que pregam a prevenção positiva de reafirmação da confiança dos cidadãos na vigência do ordenamento jurídico, o entendimento de Jakobs se diferencia por considerar que a função da pena já estaria cumprida pela sua execução¹⁶⁶, sem que fossem necessárias maiores ilações a respeito dos efeitos que isto pudesse ter nos demais membros da sociedade.

Vê-se, por fim, que o modelo proposto por Jakobs rejeita inclusive a influência das valorações no âmbito penal. Para ele, não seria correto questionar nem a compatibilidade da norma com o contexto fático que a circunda 167, nem a correção de seu conteúdo. Esta seria uma preocupação estritamente política, que fugiria ao âmbito de atuação propriamente jurídico. Independentemente do motivo ou do objetivo do legislador, a norma haveria de ser estabilizada só por ser norma e todos os fundamentos para isso estariam contemplados no sistema.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoria de un Derecho penal funcional. Madrid: Civitas, 1996, p. 11.

JAKOBS, Günther; STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 34. Assim também em: AMELUNG, Knut. O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da Proteção de Bens Jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 154.

Apesar de seus pressupostos sociológicos já garantirem por si uma conexão com aquela realidade empírica, conforme apontam: SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 45, out/dez, 2003, p. 20; e GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, out/dez, 2000, p. 129.

Neste aspecto, sua teoria sistêmico-normativista acaba por atrair as mesmas críticas vistas anteriormente, dirigidas ao pensamento de Amelung. Especificamente no que toca à exclusão do bem jurídico como elemento limitador do labor legislativo parece acertada a crítica de Costa Andrade:

Ao renunciar ao conceito de bem jurídico como objecto e critério da tutela penal, o autor abre deliberadamente mão do potencial de garantia que ele representa, sem curar ao mesmo tempo de erguer um dique alternativo à natural propensão pancriminalizadora do sistema. 168

Mais do que isso, a proposta de Jakobs aponta para um normativismo exagerado¹⁶⁹. Se é certo que a lei penal reafirma a confiaça na vigência do ordenamento, ela não tem nisto sua principal função.

Daí que alguns autores defensores da pena enquanto instrumento de prevenção geral positiva e, assumindo uma atitude conciliadora, têm sustentado não haver uma incompatibilidade entre as funções de proteção da vigência da norma e do bem jurídico. Embora reforcem a mensagem de que o direito penal deve buscar a proteção subsidiária de bens jurídicos, consentem que, secundariamente, se possa falar em estabilização de expectativas normativas ¹⁷⁰. O restabelecimento da validade da norma violada serviria ao reforço da confiança comunitária no sistema normativo de proteção, mas não como um argumento autônomo de legitimação.

2.3 O BEM JURÍDICO CRÍTICO AO SISTEMA

A despeito das concepções funcionalistas citadas anteriormente, que vislumbram um rendimento limitado para a teoria, ainda são majoritários os defensores do bem jurídico crítico ao sistema.

Na expressão de Roxin: ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: Revista dos Tribunais, ano 101, n. 922, ago, 2012, p. 295.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 127.

Essa é a opinião de Figueiredo Dias: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 80; DIAS, Jorge de Figueiredo. O "Direito Penal do Bem Jurídico" como Princípio Jurídico-Constitucional. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.) *Direito Penal e Democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 250-251. Assim também se manifesta Alcácer Girao, com a diferença essencial de que a proteção de bens jurídicos decorreria da prevenção geral negativa inserta na norma de conduta enquanto que a confirmação da vigência da norma estaria contida na norma de sanção e na prevenção geral positiva que esta carregaria consigo. ALCÁCER GIRAO, Rafael. ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?. Sevilla: Atelier, 2003, p. 122-127; ALCÁCER GIRAO, Rafael. Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico? In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 15, 2005, p. 528-530.

Para estes autores, a função do direito penal só poderia ser a exclusiva tutela subsidiária de bens jurídicos fundamentais aos indivíduos ou à sociedade. Para desempenhar tal papel, o conceito de bem jurídico, núcleo da construção, não seria dogmático, mas sim político-criminal. Em outros termos: o conteúdo do injusto típico seria transcendente ao ordenamento jurídico, sendo capaz de limitar e vincular a intervenção estatal a partir dos fins a que estaria adstrito o legislador quando da utilização do aparato punitivo.

A função tutelar do direito penal se coadunaria com o próprio dever conferido ao Estado pela Constituição de permitir e promover o maior desenvolvimento possível das personalidades dos indivíduos integrantes da sociedade, especialmente através da proteção e promoção dos direitos fundamentais destes.

Os bens jurídicos seriam, assim, o conteúdo material que daria suporte e legitimação à norma penal ao mesmo tempo em que limitaria seu alcance. Sua identificação, portanto, seria anterior à norma, e determinaria, já no momento de elaboração legislativa, uma série de critérios e requisitos sem os quais a norma penal careceria de validade.

2.3.1 A TEORIA PERSONALISTA DE FRANKFURT

Para os adeptos da teoria personalista, que têm em Hassemer seu mais destacado representante, o princípio de proteção do bem jurídico seria um legado da filosofia política da Ilustração¹⁷¹, um marco na orientação do direito penal às consequências que produz na sociedade. Por certo, a introdução no saber penal de considerações formuladas por outras ciências, como a história, a filosofia, a sociologia e a psicologia, recomendaria a máxima cautela possível no recurso aos instrumentos penais como forma de controle social¹⁷².

Traço característico da chamada Escola de Frankfurt, o direito penal clássico, surgido a partir da substituição das fundamentações religiosas e do direito natural

_

HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Bogotá: Temis, 1999, p. 06.

HASSEMER, Winfried. Presentación. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán. (Coord.) Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. Cuenca: Universidad de Castill-La Mancha, 2003, p. 12.

pelos princípios do contratualismo¹⁷³, seria o modelo ideal cujas reivindicações de legalidade, subsidiariedade e ofensividade permaneceriam inafastáveis ainda hoje.

Com uma abordagem político-criminal e vinculadora, a referida corrente de pensamento enxerga na pena a destinação de proteção dos bens vitais mais indispensáveis para a convivência humana, ou seja, a estabilização das condições originais do acordo social.

A partir desta defesa aberta ao modelo de direito penal clássico, Hassemer argumenta que a teoria do bem jurídico teria o condão de alinhar a missão tutelar do direito penal com o critério seletivo da política criminal¹⁷⁴. A legitimidade primária da norma penal adviria, então, da sua referência à lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico. Nesse sentido, a configuração do postulado de proteção de bens jurídicos voltaria a ser interpretada como em suas origens remotas, ou seja, em seu viés negativo deslegitimador de tipos penais, voltado apenas à limitação do direito penal.

Como se vê, a política criminal encontraria neste sistema a sua racionalidade: a teoria exigiria do legislador penal uma prudência maior no momento de elaboração da norma, uma demonstração do substrato empírico protegido pela norma proibitiva¹⁷⁵.

Ocorre que mais recentemente o dito postulado teria sofrido uma inversão de premissas: de uma orientação de contenção, descriminalizante, para uma vertente fundamentadora, criminalizante¹⁷⁶. Entendem os autores frankfurtianos que esta tendência seria devida à recente modernização do direito penal¹⁷⁷, à tentativa do legislador de adequar os instrumentos penais à nova realidade, na qual a criminalidade não teria vítimas individuais, mas geraria danos potencialmente mais amplos, ainda que menos visíveis, que os tradicionais delitos patrimoniais e contra a

Contrato social visto não como um dado histórico real, mas como uma condição de possibilidade do direito. Exatamente por não ser uma mensagem intuitiva ou óbvia aos membros da sociedade, os limites do acordo para a renúncia à liberdade de cada um deveriam estar bem delineados na lei penal. HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad.* Bogotá: Temis, 1999, p. 17-18.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 103-105.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David et al. Estudios sobre la Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 69.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Org.) O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 17.

Para uma visão preliminar da opinião de Hassemer sobre as causas da inversão de premissas mencionada no texto: HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 8, out/dez, 1994, p. 41-51.

vida que sempre pautaram o desenvolvimento da ciência penal. O direito penal teria ganhado com o tempo uma preeminência no esforço estatal de indicação das condutas desejáveis, de direção social do comportamento.

Segundo Hassemer, esse processo de modernização teria contribuído para uma desmaterialização do bem jurídico. Um movimento que ameaçaria a própria essência do instituto. Com a expansão do direito penal na sociedade contemporânea, com vistas à proteção de novas fontes de riscos sociais, o conceito de bem jurídico viria perdendo sua conexão com a realidade, tornando-se vago e permitindo com isso tanto a criminalização de uma gama de novas condutas quanto a tutela penal cada vez mais antecipada¹⁷⁸ do bem jurídico.

A transformação social estaria importando, na visão do autor, em uma progressiva socialização de conceitos, uma funcionalização dos interesses individuais a partir de interesses coletivos, assim como ocorrera na Europa da Idade Média e da época nacional-socialista¹⁷⁹.

Para evitar esse desvirtuamento da teoria, e com o intuito de devolver a ela seu escopo original, que nasce a proposta personalista. O direito penal moderno deveria se apegar novamente aos postulados do direito penal clássico 180. Para seus defensores, o conceito de bem jurídico só poderia cumprir seu papel quando fosse possível identificar com clareza o que se poderia, afinal, proteger. E esta clareza decorreria de dois pressupostos principais: a busca de conceitos externos ao sistema normativo e a vinculação entre o bem concretamente afetado e o indivíduo, centro de convergência de todo o ordenamento jurídico.

_

Principalmente através da configuração de bens jurídicos coletivos ou instrumentais e da utilização de tipos de perigo abstrato. Quanto à discussão acerca da legitimidade ou ilegitimidade destes mecanismos, por todos: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, passim. No Brasil, recentemente: GRECO, Luís. Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, passim; RAPOSO, Guilherme Guedes. Teoria do Bem Jurídico e Estrutura do Delito. Porto Alegre: Núria Fábris, 2011, passim.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 109.

As novas fronteiras carentes de proteção, como o direito econômico, ambiental e genético, ficariam a cargo de um direito de intervenção, algo entre o penal e o administrativo, no qual se flexibilizariam as garantias penais em troca da renúncia à pena privativa de liberdade. Silva Sánchez fala em direito penal de segunda velocidade: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansión del Derecho Penal.* 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 159-162. No Brasil: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 212 et seq.

O Estado e seu poder deveriam estar imbuídos do objetivo de proteção e promoção do desenvolvimento do homem¹⁸¹. Esta seria a única concepção legítima de poder punitivo: o Estado deveria sempre ter a pessoa como norte. Inclusive os interesses da coletividade haveriam de ser funcionalizados a partir do indivíduo, e não o contrário.

Hassemer sintetiza da seguinte forma seu pensamento:

- el bien jurídico resulta irrenunciable como parámetro de una buena política criminal;
- se lo debe concentrar en su tradicional núcleo negativo y crítico del derecho penal;
- también constituyen "bienes jurídicos" en el sentido del derecho penal los bienes jurídicos universales;
- estos bienes jurídicos universales, empero, deben ser funcionalizados a partir de la persona;
- por medio de la utilización de bienes jurídicos vagos, y al mismo tiempo, extremadamente generales, una política criminal moderna y de amplio alcance no sólo amenaza desproporcionadamente la libertad ciudadana sino que también daña el concepto tradicional de bien jurídico.

2.3.2 A TEORIA TELEOLÓGICO-FUNCIONAL

A visão do sistema penal como sistema teleológico-funcional surgiu com a pretensão de ser, por um lado, uma resposta de Roxin à tese de Liszt de separação estanque entre política criminal e direito penal¹⁸³ e, por outro, uma alternativa ao embate ontológico estabelecido entre causalistas e finalistas¹⁸⁴.

A tese de Roxin propõe mais que a reconciliação entre política criminal e dogmática: é teleológica e funcional porque reclama a leitura de todos os elementos

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre la Justicia Penal*: Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 67.

Conforme confessa o próprio autor em suas palavras prévias à segunda edição espanhola da obra: ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 32-38.

_

[&]quot;A concepção pessoal consiste, em primeiro lugar, em um conceito de bem jurídico que exprime uma clara opção dentro da esfera de tensão entre indivíduo, sociedade e Estado; bens jurídicos são interesses humanos que carecem de proteção penal." HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Org.) O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21.

No pensamento de Liszt o direito penal seria a barreira intransponível da política criminal. Nesse sentido: ROXIN, Claus. Franz von Liszt e a concepção político-criminal do Projecto Alternativo. In: ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal.* 3 ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 49 et seq.; e, principalmente, ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 32-38.

do sistema penal a partir das decisões valorativas político-criminais 185. E a primeira destas decisões indicaria a função do direito penal em um Estado Social e Democrático de Direito.

Visto pela ótica da política criminal, o direito penal compartilharia com os demais poderes do Estado os objetivos descritos na Constituição, ou seja, teria, como aqueles, a função proporcionar e permitir aos cidadãos o máximo desenvolvimento de suas personalidades. Seguindo dentro deste escopo, a função específica do direito penal consistiria em garantir aos cidadãos "uma existência pacífica, livre e socialmente segura" 186, quando estas metas não puderem ser alcançadas com outras medidas mais amenas para as liberdades fundamentais. Em outras palavras, ao direito penal só poderia competir a exclusiva proteção subsidiária de bens jurídico-penais¹⁸⁷.

Na sua acepção, os bens jurídicos seriam certos dados da realidade e condições, individuais ou institucionais, inerentes à coexistência pacífica entre os indivíduos. Sua definição se dá nos seguintes termos:

> los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. 188

Importante observar que Roxin, diferentemente de Hassemer, considera bens jurídicos tanto aquelas condições fáticas pré-jurídicas, apreendidas pela Constituição a partir das práticas sociais de seu povo, quanto determinadas instituições criadas pelo próprio ordenamento e cujo funcionamento permitiria ao Estado se desincumbir do ônus que lhe cabe na conformação de uma sociedade livre e justa.

Para o autor, da função tutelar do direito penal duas seriam as consequências imediatas¹⁸⁹: a de que o legislador não teria a competência para castigar condutas não lesivas a um qualquer bem jurídico (princípio da ofensividade) e, ainda assim, só poderia fazê-lo quando absolutamente indispensável à vida em comum (princípio da ultima ratio).

¹⁸⁵ "las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal." ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal. 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 58.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16-17.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal - Parte General. 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, t. I, 2008, p. 51.

¹⁸⁸

ROXIN, Claus. Sentido e Limites da Penal Estatal. In: ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. 3 ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 27-29.

Isso porque a penalização de um comportamento qualquer, pela gravidade de suas consequências, necessitaria de uma legitimação especial, distinta da mera discricionariedade do legislador¹⁹⁰. A limitação da liberdade fundamental do homem através de uma sanção criminal dependeria sempre de uma justificação particularmente forte. Não se poderia proibir mais do que o estritamente necessário à coexistência livre e pacífica dos homens em sociedade¹⁹¹.

Por isso a imprescindibilidade de critérios político-criminais que fossem capazes de limitar o poder punitivo do Estado, definindo ao legislador as condutas que poderiam e as que não poderiam, a princípio, criminalizar. Procurou o autor, por este caminho, um conceito político-criminal de bem jurídico, ou seja, uma estrutura teórica que pudesse exercer o poder de vincular o legislador ordinário já no momento de elaboração da norma penal. Para isso, os bens jurídicos necessitariam de abrigo no texto constitucional¹⁹².

Atento ao sistema jurídico-político estruturado pela Lei Maior, Roxin enfatiza o caráter liberal e as vantagens da adoção da teoria ao estabelecer parâmetros limitadores da atividade legislativa, vedando a criminalização discriminatória, de comportamentos imorais ou contrários a sentimentos religiosos ou ideologias, bem como sob o argumento de preservação de bens jurídicos impalpáveis ou contra autolesões conscientes¹⁹³, todos voltados a um paternalismo estatal injustificável no âmbito de um Estado Democrático de Direito fundado sobre os ideais de liberdade e pluralismo.

Próximo a Roxin, destaca-se o magistério de Figueiredo Dias segundo o qual o bem jurídico seria "a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso" 194.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 11.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena?. In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.

[&]quot;Afinal, não podemos opor limites ao legislador com a mera alegação de que esses limites decorrem da nossa própria concepção político-criminal. A única instância que está acima do legislador é a Constituição. O limite à intervenção do legislador tem de poder reconduzir-se a ela, se ele quiser ser mais do que mera expressão de uma opinião pessoal." ROXIN, Claus. Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 184.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37-52.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 114.

Sua concepção se fundamenta em três condições inafastáveis: (i) a demonstração do conteúdo material do injusto; (ii) o oferecimento de um padrão crítico transcendente ao sistema normativo jurídico-penal; e (iii) adequação à orientação político-criminal assinalada pela Constituição. Os bens jurídicos dignos de tutela penal, embora contidos no sistema social, exigiriam um reflexo no conjunto de valores e princípios constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação econômica, social e política.

Nestes termos, a Lei Maior conferiria uma dignidade constitucional ao bem jurídico que, diante do filtro do merecimento de pena e da iniciativa do legislador ordinário, poderia se tornar um bem jurídico-penal.

Para o autor, a legitimidade do direito penal dependeria da sua referência a um bem jurídico cristalizador de valores constitucionais. O próprio princípio de proteção de bens jurídicos seria considerado um princípio constitucional implícito decorrente da cláusula do Estado de Direito.

2.4 A CONCEPÇÃO REDUTORA DE ZAFFARONI

Uma posição peculiar defende Zaffaroni, afastada que é das concepções de bem jurídico tanto imanente ao sistema quanto crítica a ele. A doutrina funcionalista de Zaffaroni é construída sobre a constatação de que os conceitos jurídico-penais possuiriam uma funcionalidade político-criminal inerente¹⁹⁶ que deveria ser orientada segundo uma intencionalidade voltada à realidade das coisas. Em sua opinião, tal intencionalidade deveria se pautar na valoração negativa do poder punitivo e da pena.

Por certo, o exercício desse poder pelo Estado seria representativo da intervenção da força na conflitividade natural da sociedade. As camadas dominantes se utilizariam historicamente do aparato repressivo do Estado para impor seus valores aos demais, reprimindo o conflito de interesses e freando a dinâmica social.

A funcionalidade é, para o autor, um dado ôntico. ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, v. 2, p. 58.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O "Direito Penal do Bem Jurídico" como Princípio Jurídico-Constitucional. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.) Direito Penal e Democracia. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 243.

Desse modo, o autor nega à pena qualquer função cientificamente válida (a denominada Teoria Agnóstica da Pena¹⁹⁷), imputando ao direito penal tão-somente um papel limitador, de proteção do indivíduo em face do poder punitivo¹⁹⁸. Este poder seria um dado ôntico com o qual lidaria a dogmática no sentido de contê-lo ao máximo.

Quanto ao bem jurídico, Zaffaroni reconhece nele um elemento indispensável à eficácia restritiva do princípio da lesividade¹⁹⁹. Todavia, apressa-se em diferenciar um conceito legitimador e um limitador.

Coerentemente com o sistema que propõe, Zaffaroni nega ao conceito de bem jurídico qualquer pretensão legitimadora, já que nem da pena se poderia deduzir um caráter preventivo nem da lei penal uma função tutelar. Os bens jurídicos seriam dados reais prévios, valorados pelo ordenamento jurídico em geral e pela Constituição em particular. O ordenamento prestaria a estes bens uma verdadeira tutela, enquanto que o direito penal se proporia apenas a sancionar determinadas formas de ofensa. Os bens jurídicos persistiriam ainda que não houvesse tipo penal, seria a norma jurídica que o reconheceu que lhe ofereceria tutela, não a norma penal.

De maneira sintética, e próxima à doutrina de Feuerbach, o autor compreende o bem jurídico como uma relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto. Assim, o bem jurídico cuja ofensa o direito penal sancionaria não seria o objeto em si, mas a relação de disponibilidade. Em sua definição: "bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam."²⁰⁰

Vale dizer que a premissa adotada por Zaffaroni expõe um cenário no qual o Estado detém um poder de fato que, embora seja irracional e ilegítimo, é exercido. Ao direito penal seria dado apenas se esforçar para restringi-lo quando de sua

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. En busca de las penas perdidas. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 152 et seq.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, v. 2, p. 60-61.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 215-216

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 397.

aplicação, tal qual diques que represam as águas de um rio, mas não o impedem de continuar seu curso²⁰¹.

No entanto, parece que a aplicação do poder punitivo, quando respeitadora de todos os parâmetros e restrições impostos pelo direito penal, estaria, afinal, legitimada. No momento de aplicação da pena, quando o indivíduo é condenado e cumpre a sanção criminal a ele imposta, é razoável pensar que o poder punitivo exercido é legítimo, haja vista que o direito penal cumpriu seu papel com êxito e protegeu o indivíduo dos excessos arbitrários do Estado.

Nesse ponto, tanto a teoria em questão quanto aquela que prega um sistema penal político-criminalmente orientado alcançam, na verdade, ainda que por caminhos diversos, a conformação de certa racionalidade na utilização dos meios punitivos pelo Estado.

2.5 A TEORIA DO BEM JURÍDICO NA DOUTRINA BRASILEIRA

Vistas em seus fundamentos as principais teorias desenvolvidas ao longo do tempo na busca de um conceito de bem jurídico, merece menção agora, mesmo que sucintamente, a produção nacional acerca do tema.

Muito embora não seja exatamente recente²⁰² a preocupação da doutrina brasileira com o rumo a ser adotado por uma teoria do bem jurídico, foi a partir do final da década de 80 que o assunto veio reivindicar maior atenção por parte dos estudiosos nacionais.

As principais razões para esse despertar parece ter sido a promulgação da novel Constituição, ocorrida em 1988, e o ressurgimento do constitucionalismo 203

Fragoso lhe dedicou um artigo específico escrito em 1960, mas que só veio a público em 1977. Neste estudo o autor, após longa exposição sobre as controvérsias jurídicas que o tema encerrava, esclareceu seu entendimento. Como Rocco, Fragoso admitiu a existência de um objeto formal do crime, o dever jurídico do cidadão de cumprir a norma penal, dever este correlacionado ao direito subjetivo do Estado de ver observada tal norma penal, e outro material, corporificado no bem jurídico. Na sua concepção, o bem jurídico seria um valor da vida humana reconhecido pelo direito. O crime estaria caracterizado com a ofensa ao bem jurídico e com o desvalor da ação em si. FRAGOSO, Heleno Claudio. Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 57-61.

²⁰¹ A metáfora é do próprio autor: ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, v. 2, p. 20.

Quando se passou a reconhecer na Constituição uma força normativa muito além do papel de mero repositório de diretrizes abstratas. HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: SafE, 1991, passim; e também BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, passim. Como vetores do novo constitucionalismo brasilero

brasileiro acompanhado do crescimento de seu prestígio²⁰⁴ nos meios acadêmicos. Foi esta a atmosfera peculiar que acompanhou as análises posteriores voltadas para o tema.

De fato, afastando-se as menções protocolares sobre os princípios de proteção de bens jurídicos, da subsidiariedade e da fragmentariedade nos manuais de direito penal circulantes no mercado editorial brasileiro, a pesquisa acadêmica sobre o bem jurídico no país esteve, desde o princípio, muito preocupada em utilizar o conceito como ponto de conexão entre o direito penal e o direito constitucional²⁰⁵, principalmente no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais e ao princípio da proporcionalidade.

O interesse não se mostrou tanto, salvo algumas exceções, a definição do que seria um bem jurídico, como poderia ser identificado, ou se seria dispensável à dogmática. A discussão circulou em torno das limitações expressas ou implícitas impostas pela Constituição à lei penal.

Assim, Luisi, em artigo publicado em 1988²⁰⁶, reconheceu na Constituição a fonte, ainda que não necessária, e o limite dos bens jurídicos passíveis de tutela penal²⁰⁷. Segundo seu entendimento, o legislador deveria buscar preferencialmente nas valorações jurídico-constitucionais os bens mais importantes para o convívio social sob parâmetros democráticos. Contudo, na hipótese de terem os legisladores selecionado bens externos ao texto fundamental, estariam ao menos obrigados a submeter sua escolha a uma avaliação de conformidade com os princípios constitucionais.

A seleção daqueles valores mais relevantes que estariam habilitados à proteção por meio das leis penais incriminadoras haveria de estar pautada pela proporcionalidade ínsita à ideia de intervenção mínima²⁰⁸. É dizer: as ponderações

208

estão as ideias ditas pós-positivistas. Por todos: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional.* 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 01-48

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. In: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 353-360

Veja-se, nesse sentido: CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal.* Porto Alegre: SafE, 1992, p. 34-37.

Publicado originalmente na Revista do Centro de Estudos Judiciários, n. 04, em 1988, o artigo "Bens Constitucionais e Criminalização" consta hoje da obra: LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2 ed. Porto Alegre: SafE, 2003, p. 175.

²⁰⁷ Ibidem, p. 168.

Luisi, em uma interpretação peculiar, extrai o princípio da intervenção mínima do direito penal do artigo 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Tal princípio estaria contemplado

do legislador deveriam justificar a máxima relevância do bem selecionado, a máxima gravidade das condutas a ele lesivas e a ineficácia de outros meios de controle.

Identificar os critérios necessários à seleção de crimes e à cominação de penas também foi o objetivo de Tavares em artigo publicado pouco tempo depois²⁰⁹. Apesar de não ter o autor adentrado profundamente, naquela oportunidade, ao tema dos critérios de seleção de bens jurídicos, procurando na verdade enfatizar a identificação de condutas e a proporcionalidade das penas, deixou firmado a relevância do bem jurídico como parâmetro de vinculação do legislador.

Mais do que isso. Tavares ensaiou ali a delimitação do trabalho legislativo de seleção de bens jurídicos a partir tanto de referenciais da realidade concreta quanto do valor supremo da dignidade humana²¹⁰. Todo bem jurídico haveria de encerrar uma realidade natural, produzida em meio à relação social concreta e suas contradições²¹¹.

Em obra posterior, preocupou-se Tavares em enfatizar que o bem jurídico seria um elemento da condição do sujeito e de sua projeção social que estaria incorporado na norma penal como um objeto de preferência real²¹² e também como um objeto de referência²¹³.

Dessa forma, o autor parece aderir a Hassemer ao afirmar que, na primeira das duas perspectivas, todo o bem, enquanto valor vinculado à finalidade da ordem jurídica, serviria à proteção da pessoa e que todo o bem jurídico seria um bem do indivíduo. Por outro lado, alertou que na segunda perspectiva — como objeto de referência da norma — o bem jurídico apenas condicionaria a validade e a eficácia da norma à sua lesão efetiva ou colocação em perigo.

Interessante é a observação de Tavares sobre a diferenciação entre o bem jurídico, um dado do ser, e as funções de controle desempenhadas pelo Estado. Para ele, as funções não poderiam ser elevadas à categoria de objetos de tutela

_

implicitamente na Constituição seja como elemento inerente à cláusula do Estado de Direito seja como decorrência do postulado de supremacia da dignidade humana. LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: SafE, 2003, p. 39-40.

TAVARES, Juarez E. X. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Edição especial de lançamento, 1992, p. 75 et seq.

[&]quot;O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social. Fora disso, só resta arcar com as conseqüências políticas do erro cometido." Ibidem, p. 81.

²¹¹ Ibidem, p. 79.

TAVARES, Juarez E. X. *Teoria do Injusto Pena*l. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 198.

²¹³ Ibidem, p. 205.

penal seja porque careceriam de substância seja porque não permitiriam uma demonstração empírica de que não foram lesionadas em um determinado caso concreto²¹⁴. Este critério de refutabilidade na identificação dos bens jurídicos legítimos é uma das particularidades mais originais e importantes de seu pensamento.

Um pouco mais longe aventurou-se Prado²¹⁵, construindo todo um sistema complexo de vinculação do legislador ordinário não só às diretrizes formais expostas na Constituição como também ao seu conteúdo material depreendido explícita ou implicitamente das normas superiores. Para o autor, o bem jurídico seria um instituto valorado e relativo²¹⁶, na medida em que seria reconhecido pelo direito a partir do contexto socio-econômico-cultural de um povo determinado.

Em termos gerais, concorda o autor com os modelos orientados políticocriminalmente propostos por Roxin e Figueiredo Dias, no sentido de que os bens jurídicos defluiriam dos valores sociais cristalizados na consciência da comunidade e ganhariam relevância penal tão-somente quando albergados pelo sistema constitucional.

Essa é também visão de Coelho²¹⁷, que inovou ao direcionar parte de sua análise para a função do princípio da proporcionalidade na averiguação da legitimidade da legislação criminal²¹⁸. Afinal, a situação de conflito entre a liberdade restringida pela lei penal e o valor constitucional ínsito ao bem jurídico por ela tutelado não fugiria à regra geral das leis restritivas de direitos fundamentais.

Já em um sentido mais cético, Gomes afirmou que o bem jurídico traduziria um interesse social real cuja vinculação à Constituição se daria tão-somente em termos negativos²¹⁹. Ou seja, a Carta Magna não seria capaz de estabelecer nem de

TAVARES, Juarez E. X. Teoria do Injusto Penal. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 221.

Quanto à necessidade de respaldo constitucional, explicita o autor: "a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direcão restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia." PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

Igualmente: RAPOSO, Guilherme Guedes. Teoria do Bem Jurídico e Estrutura do Delito. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 108-109.

²¹⁷ COELHO, Yuri Carneiro. Bem Jurídico-Penal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 97.

²¹⁸

GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

esgotar todos os valores relevantes para o direito penal, atuando apenas como um filtro daqueles bens jurídicos eleitos pelo legislador.

Na verdade, a sua posição deixou transparecer que as concepções políticocriminais de bem jurídico partiriam de uma premissa correta, de que tal bem não adviria do ordenamento jurídico, sendo antes prévio a ele, porém o que não teriam conseguido até então seria "preencher o espaço conceitual entre o bem e o sistema jurídico-penal"²²⁰. Com um pensamento próximo ao de Zaffaroni, concluiu o autor que o bem jurídico resumiria uma "expressão normativa de uma relação social conflitiva".²²¹

Trilhando outro caminho, um tanto mais radical, e defendendo uma leitura do direito penal estritamente vinculada aos objetivos e aos postulados do Estado Social e Democrático de Direito, uma corrente surgida no seio da Universidade do Vale do Rio dos Sinos²²² propôs uma postura positiva da Constituição em relação ao legislador penal.

Com fundamento nas funções atribuídas modernamente ao Estado, de promoção mais do que a simples proteção dos direitos fundamentais, e na reforçada normatividade das normas superiores plasmadas no Texto Fundamental, a dita Escola discursa sobre a existência de uma proibição de excesso e de uma proibição de proteção deficiente de bens jurídicos. O direito penal seria encarado como instrumento de segurança das condições de gozo dos direitos fundamentais, de modo que ao Estado seria, por um lado, negada a interferência nesta seara (proteção em face dos abusos do Estado) e, por outro, exigida sua atitude positiva de proteção destas condições (proteção através do Estado).

Por esta doutrina, da Constituição se extrairiam tanto uma hierarquização de valores quanto imposições de criminalização de condutas, cenário que desenharia

GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 109.

²²¹ Ibidem, p. 115.

Encontram-se reunidos aqui os trabalhos publicados por Streck e alguns de seus dicípulos da pósgraduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). A temática comum é a visão de que o direito penal estaria limitado por um lado pelo princípio de proibição de excesso, mas por outro seria dirigido positivamente por um princípio de vedação à proteção deficiente. Veja-se neste sentido: STRECK, Lenio Luiz. Crime e Estamento: Notas sobre a política criminal e o direito penal em *terrae brasilis*. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.) *Direito Penal e Democracia*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 275 et seq.; STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição*. Disponível em: http://www.leniostreck.com.br/site/biblioteca-do-portal/; FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, passim; FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, passim; STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, passim.

uma margem bastante reduzida de conformação ou de liberdade para o legislador penal. A teoria do bem jurídico assumiria, então, uma posição de legitimação marcante perante a legislação, um elemento essencial de uma política criminal interpretada como indisponível.

Conforme transparece das diversas posições colacionadas acima, embora não haja consenso absoluto na doutrina brasileira sobre as linhas que deve seguir a teoria do bem jurídico, fato é que esta tem recebido significativa acolhida dentre os penalistas pátrios.

De fato, a exigência de que a lei penal apresente um específico objeto de tutela tem sido não apenas aceita como válida, mas como obrigatória para o legislador e demais intérpretes da norma. O bem jurídico tem conquistado espaço na dogmática penal na qualidade de importante fator de contenção do poder punitivo estatal, um fator, aliás, decorrente de imperativos constitucionais.

3 BEM JURÍDICO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO

3.1 A IMPRESCINDIBILIDADE DE UM CONCEITO POLÍTICO-CRIMINAL

Considerando a contenda mais recente descrita no capítulo anterior, caracterizadora de um verdadeiro cenário de crise, faz-se necessário esclarecer a visão que se tem desta teoria, de seus fundamentos e de suas contribuições para a ciência penal contemporânea.

Apesar das dimensões da discussão e da complexidade das construções sugeridas até então, e sempre ressalvadas as devidas peculiaridades dos pensamentos e as circunstâncias históricas vividas por cada autor, pode-se reduzir aquele quadro a duas propostas principais e antagônicas: a admissão de um conceito de bem jurídico imanente ou crítico ao sistema. Com isso, segrega-se, de um lado, aqueles que vão buscar o bem jurídico contido na lógica do sistema, nascido da lei, não necessariamente penal, e revelado a partir da interpretação desta, e, de outro, aqueles defensores da origem empírica do bem jurídico, externa ao ordenamento.

Como se vê, inevitavelmente, ao se adotar a primeira proposta concorda-se com a uma visão comedida quanto à utilidade do instituto, identificando-a com a manutenção da funcionalidade interna ao sistema. O bem jurídico seria cogitado apenas quando do exercício de funções dogmáticas específicas. Sendo consubstancial à lei, não poderia ele limitar o ímpeto criador do legislador ordinário, muito menos impor diretrizes a este quanto ao conteúdo material que a lei deveria respeitar.

Já os filiados à segunda proposta acreditam que, extraindo-se o bem jurídico de uma realidade externa e ao mesmo tempo vinculante para o Poder Legislativo, seria possível utilizar-se daquele para fundamentar e limitar as escolhas quanto a que condutas proibir sob a ameaça de pena²²³. Nesta perspectiva, o bem jurídico

_

[&]quot;[...] tale categoria [do bem jurídico] originariamente esplicò la funzione garantista di limite alla libertà del legislatore, circunscrivendo la cerchia dei fatti meritevoli di pena a quelli effettivamente dannosi per la coesistenza sociale, cioè offensivi di entità 'reali' (empirico-naturali) del mondo esterno. Solo in quanto assunto come entità materiale, preesistente al diritto positivo, che la norma penale trova, non crea, il bene giuridico avrebbe potuto constituire un vincolo alla attività legislativa" MANTOVANI, Ferrando. Il Principio di

exerceria também uma função político-criminal, de direção da atividade incriminadora, inteiramente compatível com as funções dogmáticas que em geral lhe são atribuídas.

De fato, deve-se admitir, sem qualquer receio, que bons argumentos são levantados em ambas as trincheiras. A depender da perspectiva teórica que se abrace ou do momento histórico em que se insira a decisão, qualquer jurista poderia sentir-se seguro com as razões invocadas ora pelos defensores de um conceito político-criminal ora por aqueles que insistem em um conceito dogmático de bem jurídico.

Entretanto, após a leitura das diversas teses dedicadas ao dogma em questão, é preciso reconhecer que as vantagens de um postura crítica ao sistema superam suas desvantagens. O conceito político-criminal de bem jurídico, já por almejar ser mais um parâmetro de controle e racionalidade da legislação penal, não merece um descarte imediato. Como aponta Greco²²⁴, com acerto, "enquanto não estiver provada a impossibilidade de um conceito político-criminal de bem jurídico, deve-se dar seguimento aos esforços no sentido de formulá-lo".

Vale sublinhar, inclusive, que as críticas direcionadas à visão político-criminal do instituto, em que pese desempenharem o contraponto sempre precioso à evolução teórica²²⁵, não lograram apresentar elementos substitutivos idôneos²²⁶, nem resultados mais satisfatórios que incrementassem a racionalidade do sistema penal. A crítica parece pender para um desconstrutivismo exagerado. Sua proposta descarta o potencial liberal do conceito sem substituí-lo, deixando ao labor parlamentar, conscientemente ou não, uma ampla liberdade sem lhe impor maiores

_

Offensività nella Constituzione. In: MANTOVANI, Ferrando. *Umanità e Razionalità del Diritto Penale.* Verona: CEDAM, 2008, p. 189.

GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 02, n. 3, jul/dez, 2007, p. 253.

Nos termos de D'Ávila: "É, pois, não a crítica à solução proposta pela teoria do bem jurídico, o que, por certo, ao fim e ao cabo, acaba por reverter em contributos de relevo na busca do seu aprimoramento ou, ao menos, na elaboração de um caminho alternativo, mas sim a negativa do próprio problema da material validade da proibição penal, que se torna, em um Estado Democrático de Direito, a todas as luzes, inadmissível: pode-se negar a adequação do remédio, mas já não se pode ignorar a enfermidade."

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.) Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v. 1, p. 190.

Hassemer responde àqueles que pretendem substituir o bem jurídico pela aplicação da proporcionalidade com a afirmação, em todo caso correta, de que este juízo também depende da ideia de bem. O bem jurídico é referência necessária, parte indissociável do juízo de proporcionalidade. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) La teoría del bien jurídico. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 98-103. Igualmente: HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico: Imperfecto pero sin alternativa. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos (Coord.) Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Madrid: Edisofer, t. I, 2008, p. 402.

questionamentos de ordem material: a lei penal já nasceria ungida pela legitimidade democrática de seu criador, independentemente do conteúdo valorativo que ostente. Por certo, este modelo formalista encontra-se aberto a receber qualquer conteúdo valorativo.

Por outro lado, o processo de identificação do bem jurídico imanente ao sistema soa tautológico e demasiado fluido. Propõe-se interpretar a norma para definir seu objeto de tutela, empregando-se este, posteriormente, na interpretação dos elementos da mesma norma²²⁷. Ao mesmo tempo em que a relação de dependência do conceito com a atividade hermenêutica também contribui para lhe acrescer um alto grau de subjetivismo e incerteza a variar conforme o intérprete.

Nessa linha, assiste razão ao pensamento que ainda não capitulou da procura pelos fundamentos materiais de validade e os primeiros²²⁸ limites substanciais ao juízo de criminalização do legislador. De nada adiantariam "*uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista*"²²⁹ se a liberdade do indivíduo pudesse sofrer restrições por quaisquer razões, por mais abstratas e contestáveis que fossem. A inclusão de um elemento material no conceito de crime oferece à estrutura formal da lei um significado social²³⁰.

A teoria, embora imperfeita, posto que não definitiva²³¹, goza de fôlego para enfrentar os desafios que lhe apresenta a ciência penal, ao passo que não se pode negar ao esforço acadêmico a ela destinado – que se mantém aceso decorridos mais de duzentos²³² anos – o mérito de fornecer pensamentos preciosos para o desenvolvimento da dogmática jurídico-penal. Argumentos que não podem ser nem ignorados nem diminuídos.

MANTOVANI, Ferrando. Il Principio di Offensività nella Constituzione. In: MANTOVANI, Ferrando. *Umanità* e Razionalità del Diritto Penale. Verona: CEDAM, 2008, p. 193.

O texto se refere à existência de um bem jurídico afetado pelo comportamento criminoso como um critério indispensável à validade da norma penal, embora não seja o único. Por certo, a exigência de que cada tipo penal ostente claramente o bem que almeja tutelar é um requisito necessário, mas não suficiente para autorizar a incriminação. No mesmo sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Valladolid: Trotta, 1995, p. 471.

ROXIN, Claus. Que Comportamentos pode o Estado Proibir sob Ameaça de Pena? In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

Agrega à letra da lei "the color of life": ESER, Albin. The Principle of Harm in the Crime Concept. 1982. Dissertação de mestrado – Universidade de Nova Iorque, p. 38.

Admitindo certas incompletudes, imputando-as ao seu processo de contínuo desenvolvimento, que ainda não teria permitido a decantação de suas estruturas perenes, mas ainda assim reafirmando suas vantagens: "la reflexión sobre los bienes jurídicos es aún un work in progress y por ello necessariamente incompleta, pero no tiene alternativa." HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos (Coord.). Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Madrid: Edisofer, t. I, 2008, p. 389.

Para os que creditam ao tratado de Feuerbach, de 1801, sua origem mais remota.

Na verdade, é injustificada a situação de reconhecimento das funções teleológicas, individualizadoras e sistemáticas – peculiares ao conceito de bem jurídico imanente ao sistema – tão contrastante com o ceticismo relacionado ao papel garantista do instituto. A aceitação prática daquelas não implica na forçosa exclusão deste, são antes atributos complementares: a função política a incidir sobre o momento de gênese da norma e as dogmáticas sobre a atividade de aplicação e interpretação da mesma norma²³³.

Veja-se, em um primeiro momento, que o conceito de bem jurídico ainda se faz presente em diversas passagens da teoria do delito, sendo certo que inclusive os pensadores a ele mais resistentes²³⁴ acabam por admitir ao menos em parte sua utilidade. A feição dogmática do instituto é, de fato, amplamente encampada pela doutrina penal.

Conforme ressalta Prado²³⁵, a ideia do objeto de tutela jurídica se mostra indispensável à intepretação do tipo penal, condicionando seu alcance e seu sentido; à fixação concreta da pena de acordo com o dano ou o perigo causado; e à classificação e reunião tópica dos tipos incriminadores que compõe a parte especial do direito penal. A estas funções acrescenta Polaino Navarrete²³⁶ uma dogmática²³⁷ e outra axiológica, nas quais o bem jurídico, por um lado, auxiliaria na construção de conceitos, como os de tentativa, dano, perigo e resultado, por outro, representaria uma decisão favorável a determinados valores socialmente vigentes, como ocorreria na apreciação das causas de exclusão de antijuridicidade. Enfim, a feição dogmática do conceito exprime, segundo Correia²³⁸, uma complexa síntese dos elementos que intervém na modulação da tipicidade penal.

Ocorre que, mesmo que se ressalte as contribuições oferecidas pelo conceito dogmático, precipita-se quem se contenta com ele. Resumir a teoria ao seu papel de

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del princípio de exclusiva protección de bienes jurídicos. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIII, Fasc. I, ene/apr, 1990, p. 07.

Veja-se o exemplo de Hirsch. O autor, apesar de rejeitar em termos gerais a teoria do bem jurídico, chega a acreditar na sua utilidade em certos casos, como na ponderação de um estado de necessidade justificante, na hierarquização dos dispositivos da parte especial, na definição dos crimes de resultado de perigo ou de ação perigosa, na localização sistemática e nos limites interpretativos do tipo penal em geral. HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan/fev 2006, p. 82-83.

PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico e Constituição. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Juridico en el Derecho Penal*. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 286-294 e 316 et seq.

No mesmo sentido: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 96.

²³⁸ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 2008, v. 1, p. 279.

simples esclarecimento do direito vigente²³⁹ é negar seu potencial liberal e com isso subverter os pressupostos que lhe deram origem.

Como afirmado anteriormente, a teoria já nasceu imbricada com o ideal de se exigir dos representantes do povo um fundamento mais concreto para a proibição de condutas. E ainda que tenha demorado a apresentar mecanismos reais que atestassem sua aplicabilidade, oferece hoje uma capacidade real de cumprir o que prometera, principalmente a partir de contatos próximos com o direito constitucional, com a teoria do Estado e com o estudo dos direitos fundamentais. Por certo, o caminho viável ao bem jurídico atualmente parece ser aquele franqueado pela política criminal pautada pelos valores e diretrizes constitucionais.

Assim, basta aceitar que a política criminal integra o discurso político do Estado, reunindo as diretrizes, as decisões e as regras que conduzem o exercício da violência estatal segundo certos objetivos públicos²⁴⁰. Como tal, é certo que deve fornecer parâmetros de controle sobre a legislação, ou para muito pouco serviria.

Se a política criminal busca algo, está claro que o sistema punitivo que conforma há também de voltar-se na direção deste mesmo algo. À política criminal em um Estado de Direito cumpre determinar a meta para a qual aponta todo o sistema penal. É neste ponto, em meio às diretrizes que podem ser impostas pela política criminal e à necessidade de reconstrução do sistema penal em torno desta política, que a virtude do bem jurídico encontra seu espaço.

Agora veja-se: uma coisa é a convicção na imprescindibilidade de um controle mínimo sobre as decisões políticas tomadas no momento de elaboração das leis penais, e, com base nisto, sustentar-se a necessidade do conceito político-criminal de bem jurídico que sirva de referência para este controle; outra bem diferente é vislumbrar como este controle pode ser realizado na prática. Desta lógica surge, então, o cerne da questão: a viabilidade fática de se erigir um elemento externo ao direito suficientemente forte para vincular o trabalho dos órgãos representativos.

Ao que tudo indica, apesar da teoria do bem jurídico ter se desenvolvido a despeito do direito constitucional²⁴¹, o principal passo no sentido da afirmação de

A definição é de Binder: BINDER, Alberto M. *Política Criminal*: De la formulación a la paxis. Buenos Aires: AD-HOC, 1997, pp. 42-43.

Conforme destaca Greco: GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 02, n° 3, jul/dez, 2007, p. 253.

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan/fev, 2006, p. 340.

sua viabilidade está imbricado com o movimento constitucionalista surgido no final da década de 60 e início de 70 na Alemanha²⁴² e que vem sendo sustentado pela doutrina brasileira atualmente²⁴³. A constatação de que o direito penal não pode estar alheio à conformação determinada pelo texto constitucional, e a de que seus institutos não seriam de todo refratários à política criminal, foi capaz de conduzir a teoria do bem jurídico a um novo patamar. E isto por duas sortes de razões.

A primeira delas diz respeito à finalidade redutora invocada pela teoria. Apenas a Constituição, enquanto fundamento normativo de todo o ordenamento, pode servir de instrumento de restrição à liberdade de escolha do legislador penal. Recorrendo-se à lição de Roxin: "não podemos opor limites ao legislador com a mera alegação de que esses limites decorrem de nossa própria concepção político-criminal. A única instância que está acima do legislador é a Constituição."²⁴⁴.

Por isso que a teoria ganhou contornos mais concretos apenas com o fortalecimento do constitucionalismo. Afinal, o reconhecimento da supremacia constitucional, relacionada ora à sua rigidez antirreformista ora aos complexos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, ofereceu à teoria do bem jurídico um respaldo institucional sem precedentes²⁴⁵. Com a constitucionalização do direito, incluindo o direito penal, a teoria do bem jurídico recebe novo material argumentativo para incorporar em seu discurso e para aprimorar seus fundamentos. Tal é a pujança deste movimento que se fala atualmente na existência de um princípio constitucional de proteção de bens jurídicos²⁴⁶.

Contudo, sabe-se que com novas possibilidades surgem novos obstáculos. Basta lembrar que opor balizas ao Poder Legislativo com arrimo na Constituição importa, inescapavelmente, em transferir o poder de decisão sobre questões críticas

Nesse sentido, por todos: PRADO, Luiz Regis. Bem Jurídico-Penal e Constituição. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 88-89; e FELDENS, Luciano. A Constituição Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21-22.

ROXIN, Claus. Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 184.

Assim se reporta: FIANDACA, Giovanni. Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio de politica criminale. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XXV, 1982, p. 45.

Relacionando a viabilidade da teoria à consolidação do Estado Democrático de Direito: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 114; e TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del princípio de exclusiva protección de bienes jurídicos. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIII, Fasc. I, ene/apr, 1990, p. 08.

Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. O "Direito Penal do Bem Jurídico" como Princípio Jurídico-Constitucional. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.) *Direito Penal e Democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 243. Sobre o dito princípio, vide tópico 2.2.

na sociedade da esfera política para a esfera jurídica, supostamente técnica, governada pelo Poder Judiciário. Com esta dinâmica costuma se ver preterido o princípio democrático, o que só se entende legítimo em face de argumentos superiores de justiça. Por sua vez, tais argumentos não podem depender exclusivamente de subjetivismos ou da retórica do julgador. O grande desafio que deve ser enfrentado pelo Estado Constitucional moderno é, sem dúvidas, o ajuste da equação entre democracia e justiça²⁴⁷.

O segundo motivo para se defender a revisão constitucional da teoria soa até intuitivo, muito embora sua introdução no pensamento penal só tenha se firmado com o desenvolvimento da teoria dos direitos humanos. O direito penal, desde a veiculação do mandado proibitivo até a execução da mais grave de suas penas²⁴⁸, limita direitos fundamentais ao homem. O método próprio do direito penal encerra a restrição do direito geral de liberdade desde o momento em que proíbe uma conduta até aquele em que o indivíduo se vê sancionado.

Deste modo, tratando-se de um dos direitos mais caros ao indivíduo, inerente à sua natureza, não há como fugir à leitura da lei penal como um exemplo, talvez dos mais característicos, de normas restritivas de direitos fundamentais. Assim postas as premissas, a sua aplicação só se justificar em meio ao embate de princípios igualmente imprescindíveis à liberdade e autonomia dos homens, o que exige fundamentos especialmente fortes para que um venha a prevalecer sobre o outro.

Por ambas as razões apontadas, vê-se que com a inserção do discurso constitucionalista na teoria do bem jurídico todo um novo horizonte se apresenta. As principais críticas dirigidas ao conceito político-criminal de bem jurídico repousam na suposta inviabilidade tanto de se auferir um consenso sobre o que vem a ser um bem jurídico quanto de sua capacidade para vincular o legislador penal.

Ora, a partir das teorias constitucionalistas respostas incisivas a tais críticas podem ser construídas pela via do reconhecimento da Constituição ao mesmo tempo como decisão democrática fundamental, e por isto incorporadora de uma pauta valorativa baseada em consensos possíveis e fundamentadora de toda a

248

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17

Para uma proposta de duplo juízo de proporcionalidade, a incidir tanto sobre o mandado de proibição quanto sobre a norma de sanção: LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 131.

ordem jurídica, e como norma jurídica hierarquicamente superior dotada de plena efetividade.

A título de conclusão parcial, portanto, diz-se não apenas viável como imprescindível à dogmática penal a busca de um conceito de bem jurídico crítico ao ordenamento. Um conceito material de delito hábil a restringir a discricionariedade das maiorias parlamentares eventuais detentoras da iniciativa incriminadora. No campo penal tributário não haveria de ser diferente.

Como se verá a seguir, a sua aptidão para servir simultaneamente à fundamentação e à limitação do poder punitivo faz do conceito um corolário do Estado de Direito e, por isso, uma imposição constitucional mais do que uma questão de escolha doutrinária.

3.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

A posição aqui assumida, tributária de um conceito político-criminal de bem jurídico, tem por pressuposto a confiança no caráter fundamentador e limitador deste instrumento perante o sistema punitivo vigente. Como não poderia ser diferente, o sucesso daquele caráter encontra-se intimamente ligado ao princípio da proteção de bens jurídicos (*nullum crimen sine injuria*). Em outras palavras, aceitar o conceito crítico e externo não é uma decisão acadêmica e livre, nem mesmo uma questão de fé, mas um imperativo decorrente daquele princípio fundamental de sede constitucional²⁴⁹.

O princípio de proteção de bens jurídicos²⁵⁰ é uma norma que impede a criminalização de condutas que não afetem ou exponham a perigo bens imprescindíveis ao convívio humano²⁵¹. Como princípio que é, a ofensividade se

Da ofensividade, da lesividade ou apenas *harm principle*. Cf. GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 02, n. 3, jul/dez, 2007, p. 250.

No mesmo sentido, a doutrina majoritária italiana citada por: DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, n. 2, abr/jun, 1994, p. 151. Na feliz expressão de Mantovani, o princípio em questão é o baricentro do sistema penal eleito pela Constituição. MANTOVANI, Ferrando. Il Principio di Offensività Nello Schema di Delega Legislativa per un Nuovo Codice Penale. In: MANTOVANI, Ferrando. *Umanità e Razionalità del Diritto Penale*. Verona: CEDAM, 2008, p. 1060.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 147.

traduz em um mandado de otimização²⁵², ou seja, estabelece imperativamente²⁵³ os fins a serem perseguidos pelo Estado.

Trata-se do primeiro obstáculo erguido em face do ímpeto incriminador dos parlamentares, a primeira questão a ser respondida a partir do momento em que se identifica uma demanda social pela atuação do Estado e se acredita na solução penal do problema. Seu conteúdo impõe ao direito penal a função de proteção de bens jurídicos determinados e com isso afasta a possibilidade de proibições fundadas em argumentos morais, éticos, transcendentais²⁵⁴, ou mesmo sem qualquer fundamentação aparente. A norma editada há de almejar a proteção de algum bem jurídico, razão pela qual, de início, já deveria pesar sobre o legislador o ônus de identificar o bem que pretende tutelar.

Em primeiro lugar, deve-se observar que a determinação de quais condutas pode o Estado criminalizar depende do âmbito de atuação, das finalidades e da estrutura conferidos ao próprio ente estatal²⁵⁵. A constatação de que ao direito penal, como mais um dos instrumentos públicos de controle social, cumpre a proteção de bens jurídicos decorre diretamente da cláusula de Estado de Direito²⁵⁶ e dos objetivos impostos pela Constituição aos órgãos e entes da Administração Pública em geral.

Sabe-se que a evolução do Estado de Direito acompanhou desde sua origem a paulatina cristalização das bandeiras revolucionárias iluministas de liberdade,

ROXIN, Claus. Sentido e Limites da Pena Estatal. In: ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal.* 3 ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 27.

²⁵²

Ou seja, ordenam a realização de um fim que, por sua vez, pode ser concretizado em diferentes graus. São razões *prima facie* de dever ser que dependeriam de outros fatores para serem aplicados. ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 93-103. Atualmente, é comum a distinção das normas jurídicas, quanto a sua estrutura, em duas espécies: princípios e regras, sem que haja entre elas uma hierarquia, mas antes funções distintas. No âmbito dos direitos fundamentais, a importância da separação é ainda mais patente, envolvendo aspectos e limites de restringibilidade e âmbito de proteção. A teoria aqui adotada é fruto do trabalho de Alexy no desenvolvimento do atque geral de Dworkin, certamente influenciado pela obra de Rawls, ao positivismo e ao utilitarismo de Hart: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. VII-XXI e 35-63.

Princípios não são meros estabelecimentos de fins. São normas jurídicas, logo, enunciados deônticos que ostentam imperatividade, impõem um dever ser. ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, jan/mar, 1999, p. 165.

De maneira próxima ao texto: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5-6. Desse modo é que, em um país dominado pela ideologia marxista por exemplo, os comportamentos socialmente danosos seriam definidos pelos interesses da sociedade socialista em determinado momento histórico: BETTIOL, Giuseppe. L'Odierno Problema del Bene Giuridico. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano II, jan/mar, 1959, p. 711-712.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 65; BARBOSA CASTILLO, Gerardo; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Bien Jurídico y Derechos Fundamentales. Bogotá: D'VINNI Editorial, 1998, p.64. De forma mais incidental, também em: PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e Direito Penal. Porto Alegre: SafE, 1989, p. 86.

igualdade e fraternidade (solidariedade em sua acepção moderna)²⁵⁷, imbricando-se com as conquistas ocidentais em torno dos direitos humanos. Na verdade, não é rara a associação entre as três visões históricas do Estado de Direito e o tríplice avanço dos direitos humanos²⁵⁸.

Diz-se que a primeira linha de afirmação dos direitos humanos ocorreu no bojo das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), por meio das quais se opôs ao Estado Absolutista anterior um Estado Mínimo. O eixo central eram os valores de liberdade e igualdade formal, com ênfase na proteção da propriedade privada e na ideia de legalidade²⁵⁹. Neste momento, vinculam-se a estrutura do Estado Liberal de Direito e a primeira geração²⁶⁰ dos direitos fundamentais representada pelos direitos individuais civis e políticos²⁶¹.

Já em um segundo momento, a partir da constatação da insuficiência²⁶² do modelo anterior para lidar com as disparidades crescentes oriundas da industrialização e da explosão demográfica subsequente, cresceram as reivindicações em prol de justiça social.

O Estado Mínimo foi sendo, então, paulatinamente suplantado por um de caráter Máximo, fundado na intervenção estatal na economia e na participação ativa da Administração na busca do bem-estar social. Passou-se a impor não mais a abstenção do Poder Público, mas o seu dever prestação, de promoção do desenvolvimento humano segundo as pautas de justiça e igualdade material.

De modo quase esquemático em: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 3 ed. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2008, p. 233-234.

Uma exposição bastante clara nesse sentido em: BINENBOJM. Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 226.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 53.

Optou-se por manter a referência ao termo "geração", eis que consolidado na doutrina especializada. Alerta-se, porém, que com a expressão não se quer indicar períodos de tempo estanques e independentes entre si. Sabe-se que o processo de reconhecimento dos direitos do homem foi um lento e histórico consolidar de conquistas. Por certo, como ressalta Vieira de Andrade, a evolução se caracteriza pela acumulação, variedade e abertura. Cada nova geração vem se somar à anterior, sendo certo que todas encontram-se em contínua mutação e diversificação. As gerações seguintes podem, inclusive, modificar a concepção que se tinha da anterior. Veja-se nesta linha, a ampliação do âmbito de incidência dos direitos políticos e do papel do Estado na proteção dos direitos individuais, de abstenção à proteção efetiva perante ataques de terceiros. Ibidem, p. 67-68.

Há certos autores que relutam em incluir nessa primeira geração os direitos políticos. Afirma-se que o direito de voto e de representação parlamentar, embora remonte às revoluções liberais, restringia-se a uma pequena parcela de cidadãos devido ao sufrágio censitário e capacitário. Ibidem, p. 54. Sobre o âmbito reduzido da interação popular na política da época revolucionária: HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluç*ões: 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 114.

Corporificada na ascenção do socialismo europeu e na Crise da Bolsa de Nova lorque em 1929.

Somam-se aos direitos contra o Estado aqueles direitos através do Estado²⁶³. A segunda geração dos direitos humanos, ou seja, a valorização dos direitos sociais, econômicos e culturais, corresponde, assim, ao chamado Estado Social de Direito.

Desde as últimas décadas do século XX, contudo, entra em crise a própria ideia de Estado. Externamente, vislumbra-se a relativização do território nacional frente ao fenômeno da globalização²⁶⁴ econômica e comunicacional, e, internamente, ganham força as críticas ao sistema representativo diante das sociedades multiculturais, além da progressiva falência, não apenas financeira²⁶⁵, do Estado de Bem-Estar. Característico desses novos tempos são as pressões sociais pela atuação do Estado na garantia de direitos difusos, coletivos e das minorias²⁶⁶, consolidando-se o modelo de Estado Democrático de Direito incorporador da soberania popular, do pluralismo e da secularização.

Essa evolução conjugada entre o processo de reconhecimento dos direitos humanos nas sociedades ocidentais e os modelos de Estado de Direito predominantes em cada época bem denota que a leitura do Estado deve ser feita em função dos direitos humanos e da compreensão que se guarda deles.

Em síntese apertada, basta dizer que aos poucos vão se reconhecendo nas Cartas Constitucionais certos valores cultivados no seio da sociedade e positivados sob o crivo do constituinte, valores estes especialmente concretizados no catálogo de direitos fundamentais. Com o movimento neoconstitucionalista intentou-se o retorno ao fundamento moral do direito, porém sem procurar abrigo nas teorias abstratas do jusnaturalismo²⁶⁷, até mesmo porque as pessoas insertas em uma comunidade já não compartilham uma mesma cosmovisão.

Através do neoconstitucionalismo viu-se a condensação de valores humanos em princípios e regras, ambos guarnecidos de plena normatividade. A própria Carta

Dentre os quais se destacam o direito ao meio ambiente saudável, à proteção do patrimônio históricocultural, a autodeterminação, o direito à diversidade, e o direito à paz.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 58.

A respeito do fenômeno da globalização, notadamente quanto à sua repercussão no campo penal: COSTA, José Francisco de Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. *Direito Penal Econónico e Europeu:* Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra, 2009, v. 3, p. 95 et seq. Também: FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 31, jul/set, 2000, p. 102 et seq.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. op. cit., p. 65.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

Constitucional adquiriu aplicabilidade²⁶⁸, vendo-se alçada ao ápice do ordenamento jurídico e submetendo esta ordem à conformidade axiológica com seu texto²⁶⁹.

Atualmente, portanto, em termos gerais, o governo legítimo só pode ser aquele cujas ações obedeçam aos princípios e regras, formais e materiais, plasmados na Constituição. O Texto Maior deixa de ser uma folha de papel²⁷⁰, na expressão de Lassalle, para se ver reconhecido como norma cogente, norma jurídica dotada de ampla efetividade²⁷¹.

Se assim se procede com o poder político em geral, logo se vê que com sua vertente punitiva não poderia ser diferente. O poder punitivo, como parte daquela manifestação estatal, não pode ostentar outras finalidades que não aquelas atribuídas ao Estado pela Constituição²⁷².

Nos casos de Constituições democráticas, as ditas finalidades se confundem com a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Pelo fato do aparato repressivo não poder se furtar à meta de preservação das condições de desenvolvimento humano, assim como pelo fato da aplicação da pena criminal exigir uma fundamentação superior à simples discricionariedade do legislador²⁷³, é que o papel do direito penal na sociedade deve ser visto como de proteção de bens jurídicos essenciais aos homens.

2

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29-31.

A filosofia do Estado de Direito positivista seria, na opinião de Dworkin, a de que "[...] o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto de normas.". E sentencia: "A concepção [de Estado de Direito] centrada no texto jurídico é, a meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no 'livro de regras', elas devem ser seguidas até serem modificadas.". O Estado de Direito, pelo contrário, "pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. [...] Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique." DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 06-07.

LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una constitución? Bogotá: Temis, 2003, p. 81. O autor defende a existência de uma Constituição real instituída pelos fatores sociais de poder e outra escrita, as tais folhas de papel, que não poderiam suplantar a primeira.

Conforme: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.* 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82-86.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17.

²⁷³ Ibidem, p. 11.

Os valores da dignidade humana, da liberdade, da tolerância, do pluralismo e da laicidade do Estado²⁷⁴ importam no afastamento dos modelos de direito penal focados propriamente no autor, em determinado modo de viver, em qualquer ideologia²⁷⁵ ou na infração de deveres de obediência ou fidelidade²⁷⁶. Já não se coaduna com um Estado Democrático de Direito um paternalismo, uma pretensão de superioridade ética²⁷⁷ do Estado a ponto de se sobrepor ao indivíduo.

Reconhecendo-se como condição da dignidade uma esfera inata de liberdade²⁷⁸, as proibições penais só se justificam quando configurada uma ofensa grave aos elementos essenciais ao convívio humano. Em outras palavras, a intervenção penal deve pressupor um dano social.

Veja-se que, no caso brasileiro, ao se estabelecer um Estado Democrático de Direito²⁷⁹ fundado sobre o valor supremo da dignidade humana²⁸⁰ e com o escopo precípuo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a atuação do legislador não pode ser pautada por qualquer motivo, mas apenas pelo intuito de perseguir aqueles objetivos fundamentais através de meios e instrumentos respeitosos da principiologia constitucional.

Esse alinhamento que não se resume ao cumprimento de requisitos formais ou procedimentais. O fundamento de validade das demais normas componentes do ordenamento jurídico decorre de sua deferência tanto formal quanto material à norma superior²⁸¹, ou seja, não lhes basta serem editadas segundo regras de

MANTOVANI, Ferrando. Principi Fondamentali del Diritto Penale della Libertà. In: MANTOVANI, Ferrando. *Umanità e Razionalità del Diritto Penale*. Verona: CEDAM, 2008, p. 399.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 40; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 4, n. 2, abr/jun, 1994, p. 152.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal.* Porto Alegre: SafE, 1989, p. 87.

Sobre o ponto: "It likewise appears from the constitutional position of the state that harm must be more than the immorality of the act. Since the state is not a moralistic institution but a safeguard for its citizens aginst unlawful interference with their rights and interests, the state would transgress its natural function if it tried to correct the internal faults of its subjects rather than to ward off injuries to their lives, liberties or property interests." ESER, Albin. The Principle of Harm in the Crime Concept. 1962. Dissertação de mestrado — Universidade de Nova Iorque, p. 43.

A esfera inata de liberdade mencionada no texto não se confunde com o que alguns penalistas chamam de núcleo privado de autonomia, como será melhor abordado no tópico 3.3 abaixo.

Como o faz expressamente em seus artigos 1°, III; e 3°, I, da CRFB.

O princípio dos princípios constitucionais, na feliz expressão de Castro: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.) *Direitos Fundamentais*: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135 et seq.

Tanto mais quanto se conceba a Constituição como um sistema misto de regras e princípios abertos a valores. Por todos, nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1159 et seq.

competência ou de processo legislativo²⁸², estão também sujeitas à conformidade com o núcleo valorativo da Constituição²⁸³, notadamente com os direitos e garantias fundamentais²⁸⁴. Na esfera criminal esse raciocínio equivale a dizer que ao legislador penal não é dado editar leis incriminadoras em nome tão-somente de sua legitimidade democrática²⁸⁵.

Assim, muito embora tenha a Norma Fundamental reconhecido o princípio da legalidade penal e atribuído ao Poder Legislativo a prerrogativa de assumir a decisão final de criminalização, não está o legislador ordinário absolutamente livre neste campo. Afinal, ao se assentar todo nosso ordenamento jurídico na primazia dos direitos humanos, e na dignidade da pessoa de forma mais especial, não há de se outorgar às maiorias parlamentares ocasionais todo o poder de restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Compete a este ramo do direito, portanto, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, tanto de ataques provenientes do próprio Estado, como de ataques dirigidos por outros indivíduos. O direito penal deve participar da defesa daquelas circunstâncias sociais mínimas conformadoras da liberdade dos indivíduos.²⁸⁶

É neste contexto que se percebe a íntima relação entre o princípio da proteção de bens jurídicos e o Estado de Direito: todo exercício de poder político deve estar sujeito às balizas definidas pelos direitos fundamentais dos indivíduos e somente se legitima na medida em que respeita estes direitos. O princípio de proteção de bens jurídicos explicita os fins a serem perseguidos no exercício do poder punitivo, é um reflexo da submissão desta parcela de poder estatal ao Estado de Direito.

²⁸² À maneira das regras de reconhecimento de Hart ou da norma fundamental analítica de Kelsen.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan/fev, 2006, p. 341.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.

Há de se concordar com Souza e Japiassú quando aludem à descriminalização do adultério como um exemplo da vigência do princípio da ofensividade no ordenamento brasileiro. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 63. Este exemplo foi igualmente invocado, se bem que relacionada à realidade espanhola por: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 1997, v. 1, p. 57.

STERNBERG-LIEBEN, Dtlev. Bien Jurídico, Proporcionalidad, y Libertad del Legislador Penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 105-109.

A colocação faz do princípio em questão mais um importante instrumento na contenção do poder punitivo. Sua sede constitucional lhe confere força normativa suficiente para submeter toda a legislação penal a um crivo de legitimidade. Não há que se falar em norma incriminadora sem que reste demonstrado seu respectivo objeto de tutela.

Nesse ponto, não se pode ignorar a polêmica instaurada em torno de certos tipos penais que, conquanto poucos duvidem de sua legitimidade, não comportariam, em tese, qualquer relação com um bem jurídico. O exemplo paradigmático levantado pela doutrina é o do crime de maus tratos aos animais²⁸⁸.

Seja qual for a solução que se venha a propor para o problema, não se pode furtar à obrigação de coerência. Ao se exigir a tutela de um bem jurídico, das duas uma: ou o tipo em debate é abarcado pelo conceito de bem jurídico, figurando-se legítimo, ou não o é, e, neste caso, não pode prevalecer. As respostas baseadas em exceções à regra da ofensividade não parecem uma alternativa, pelo menos até que se sugiram critérios objetivos convincentes para delinear o alcance de tais exceções²⁸⁹.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.

²⁸⁸ O assunto tem presença marcante nas obras sobre o teoria do bem jurídico. Alguns autores sustentam que a punição dos crimes de maus tratos se justificariam pela solidariedade manifesta entre homens e as criaturas superiores, cujo sentimento de dor se aproxima ao dos humanos. Esta é a posição, por exemplo, de Sternberg-Lieben, Schünemann e era a posição original de Roxin: STERNBERG-LIEBEN, Dtlev. Bien Jurídico, Proporcionalidad, y Libertad del Legislador Penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.) La Teoría del Bien Jurídico. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 112, nota 13; ROXIN, Claus. Derecho Penal -Parte General. 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, t. I, 2008, p. 59. Recentemente, Roxin firmou o entendimento de que o tipo penal de maus- tratos contra animais protegeria a integridade dos próprios animais em face de sofrimentos desnecessários. ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xegue. In: Revista dos Tribunais, ano 101, n. 922, ago, 2012, p. 313. Trilhando um caminho distinto, outros propõem observar a hipótese em questão enquanto uma exceção à regra. Por esta solução, uma espécie de leitura condicionada é atribuída ao princípio de proteção de bens jurídicos: toda a norma penal, para ser legítima, haveria de cumprir um requisito inicial consubstanciado na tutela de um bem jurídico, salvo se for possível sustentar a prescindibilidade deste. Esta era a opinião, por exemplo, de Greco: GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, ano 02, n. 3, jul/dez, 2007, p. 259. Atualmente, o autor brasileiro fundamenta a criminalização em um dever do Estado na proteção da frágil autodeterminação dos próprios animais: GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: Revista Liberdades, n. 3, jan/abr, 2010, p. 56-59. Há também quem defenda a descriminalização por ausência de um objeto de tutela jurídica: SANTANA VEGA, Dulce María. La Proteción Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos. Madrid: Dykinson, 2000, p. 57-58.

De fato, a tese das exceções flaxibiliza a regra original da ofensividade sem fornecer qualquer novo parâmetro de contenção. Nada tem sido dito acerca da argumentação ou dos critérios lógicos que incidiriam no processo de justificação de um tipo penal despido de objetividade jurídica. A solução proposta parece partir de sentimentos arraigados para, asumindo como premissa sua legitimidade, fundamentar a criminalização, o que atenta contra a própria lógica do juízo de lesividade. Na mesma linha: ANGIONI, Francesco. *Contenuto e Funzioni del Concetto di Bene Giuridico*. Milano: Giufrrè, 1983, p. 129.

3.3 O POSTULADO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E A PROPORCIONALIDADE

Correlato ao princípio de proteção de bens jurídicos²⁹⁰, e complementar²⁹¹ a ele, é o postulado²⁹² da intervenção mínima ou da *ultima ratio*. Dispõe seu enunciado que o recurso à sanção penal, com toda a sua gravidade, é possível apenas quando se estiver diante dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes e, mesmo assim, apenas quando nenhum outro ramo do direito dispuser de meios suficientemente preventivos para lhes enfrentar²⁹³. Este postulado, tal qual a ofensividade, é uma imposição do Estado de Direito²⁹⁴, sendo certo que sua acolhida constitucional também deriva da própria natureza conflitual dos direitos fundamentais²⁹⁵.

A doutrina costuma destacar desse postulado maior dois²⁹⁶ princípios de suma importância para a estruturação da lei penal: a subsidiariedade²⁹⁷ e a fragmentariedade²⁹⁸, ambos a incidir sobre um momento de criação legislativa.

2

A análise do princípio da ofensividade precede à avaliação da proporcionalidade da norma: MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 163.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Valladolid: Trotta, 1995, p. 464-467. Ao estabelecer o fim para o qual se destina a norma penal, o princípio de proteção de bens jurídicos se imbrica com todos os subpostulados da proporcionalidade.

Optou-se aqui por designar a norma em questão de postulado ao invés de princípio, tendo em vista que a nomenclatura melhor expressa a funcionalidade e aplicação daquela norma. A norma da intervenção mínima não é sopesada, não é aplicada em alguns casos e em outros não, ela antes auxilia a aplicação de outras normas. Adotou-se, ainda que parcialmente, a proposta de: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, p. 121-124.

²⁹³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 200-203.

Gozando, portanto, de *status* constitucional: BRICOLA, Franco. Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela. In: BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna: Mulino, 1997, p. 194.

Como se verá, o postulado da intervenção mínima incorpora-se na máxima da proporcionalidade, sendo ambos derivdos da tecitura aberta e principiológica dos direitos fundamentais. Conforme: MIR PUIG, Santiago. O Princípio da Proporcionalidade enquanto Fundamento Constitucional de Limites Materiais do Direito Penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n. 1, jan/mar, 2009, p. 23-24.

Há certa divergência na doutrina quanto à citada correlação. Em posição semelhante à adotada no texto: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 65; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2 ed. Buenos Aires-Montevideo: Bdef, 2001, p. 108-124. Em sentido diverso, identificando o princípio da intervenção mínima com o da subsidiariedade e colocando ao lado deste o princípio da fragmentariedade: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 148; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 11-13; GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 02, n. 3, jul/dez, 2007, p. 266.

Também denominado critério de carência ou necessidade de pena. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t. 1, p. 127.

A doutrina italiana prefere falar em critério de merecimento de pena e a portuguesa em critério de dignidade penal. Para a primeira: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale*: Parte Generale. 3

O primeiro deles dispõe que o direito penal só deve atuar quando outros meios não se mostrarem faticamente viáveis ou eficientes o bastante para exercer a tutela do bem em questão. Segundo Greco²⁹⁹, o princípio da subsidiariedade funciona como um ponto de contato da política criminal com a realidade empírica já que estudos criminológicos e criminalísticos sobre a prevenção do crime seriam necessários para fundamentar a opção pela forma mais grave de proteção em detrimento de alternativas menos invasivas à esfera de liberdade dos indivíduos.

Já pelo segundo, cuja formulação original é tributada a Binding³⁰⁰, exige-se que a proteção do direito penal não seja total, mas sim fragmentada: deve se estender tão-somente aos bens mais relevantes e com relação aos ataques mais severos³⁰¹. As armas do direito penal não se prestam à segurança de todos os bens existentes ou para toda e qualquer forma de agressão³⁰².

A fragmentariedade estabelece, assim, a necessidade de que o direito penal assegure a integridade de apenas alguns dos bens jurídicos identificáveis na realidade empírica de uma comunidade, justamente aqueles mais relevantes³⁰³, e formas de agressão que venham ameaça-lo de destruição. Esta máxima configura um relevante marco na contenção do poder punitivo estatal vez que evita a criminalização de condutas não suficientemente ofensivas para o homem ou para a sociedade em que vive.

Como se vê, o postulado da *ultima ratio* mantém íntima vinculação com a proporcionalidade das normas penais³⁰⁴. Na verdade, a aludida norma não goza de

ed. Milano: Giuffrè, 2009, p. 08. Para a segunda: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2007, p. 120.

GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 02, n. 3, jul/dez, 2007, p. 266.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: Parte General. 5 ed. Granada: Comares, 2002, p. 57.

BRICOLA, Franco. Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela. In: BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna: Mulino, 1997, p. 190.

Para Díez Ripollés, a razão de ser da restrição recai justamente sobre a gravidade das lesões e a importância do bem exposto, são estas circunstâncias que reclamam uma pena especialmente pesada e não o contrário. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 150. Assim também em: SILVA DIAS, Augusto. "Delicta in Se" e "Delicta Mere Prohibita". Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 650.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1 p. 12-13; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 148-149; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 886-87; LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: SafE, 2003, p. 40.

³⁰⁴ Igualmente: ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General.* 4. ed. Madrid: Civitas, 2008, t. 1, p. 65.

absoluta autonomia, antes integra³⁰⁵ o juízo de proporcionalidade inerente a toda a medida estatal limitadora de direitos fundamentais³⁰⁶.

Do mesmo modo que ocorre com aquele postulado, a intervenção mínima também não goza de um conteúdo próprio, apenas garante a racionalidade da aplicação de outras normas jurídicas. É dizer: os subpostulados da intervenção mínima fazem parte da estrutura formal de ajuste entre meios e fins oferecida pelo juízo de proporcionalidade, que é capaz de averiguar a legitimação³⁰⁷ da medida restritiva em um contexto de colisão de princípios fundamentais. Através da aplicação prática da proporcionalidade se pode concluir pela idoneidade, necessidade e proporcionalidade de um tipo penal para atingir o fim a que se dirige, qual seja, a tutela de um bem jurídico.

Os postulados da intervenção mínima e da proporcionalidade desempenham, assim, uma função quase procedimental: eles estabelecem as condições que intermedeiam a tensão entre os princípios de direitos fundamentais. De um lado, aqueles afetos aos indivíduos destinatários da ameaça e execução das penas³⁰⁸, e de outro aqueles princípios que prestam suporte ao bem jurídico albergado pela norma.

Ou seja, há por trás de toda a lei incriminadora um conflito normativo: as liberdades dos indivíduos que são limitadas pela proibição de condutas e pela aplicação de uma sanção criminal³⁰⁹, em determinadas situações, entra em rota colisão com as liberdades dos demais indivíduos limitadas pela conduta criminosa,

Conforme desenvolvido em: RODRIGUES, Savio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais: Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, n. 97, jul/ago, 2012, p. 202-209.

MIR PUIG, Santiago. O Princípio da Proporcionalidade enquanto Fundamento Constitucional de Limites Materiais do Direito Penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n. 1, jan/mar, 2009, p. 13. Pelo caminho inverso, relacionando a proporcionalidade com a fragmentariedade e a reconhecendo como parte do princípio da necessidade: MANTOVANI, Ferrando. Principi Fondamentali del Diritto Penale della Libertà. In: MANTOVANI, Ferrando. *Umanità e Razionalità del Diritto Penale*. Verona: CEDAM, 2008, p.

Para Torres, o princípio da poderação, destacado da proporcionalidade por não ser considerado como esta um princípio formal de aplicação de normas, presta legitimação a todos os demais princípios jurídicos: TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: TORES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 502-511.

BÖSE, Martin. Derechos Fundamentales y Derecho Penal como "Derecho Coactivo". In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 138.

Liberdades múltiplas, muito além da livre locomoção: MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 156-157.

conduta esta que deve atingir diretamente as condições mínimas de livre conformação e fruição de tais liberdades por parte de seus titulares³¹⁰.

As liberdades fundamentais do indivíduo se concebem da maneira mais extensa possível enquanto ainda compatíveis com as liberdades semelhantes dos demais³¹¹, razão pela qual a restrição às primeiras deve atender a uma premissa de respeito às segundas³¹².

A liberdade, enquanto valor fundamental dos mais valiosos para o homem, corporificada em norma de natureza principiológica, está aberta a ponderações, permite ceder em face de interesses maiores pela preservação de outros princípios. Contudo, reclama, para sua restrição, que em jogo estejam princípios constitucionais fundamentais de igual relevância³¹³.

De fato, que direitos fundamentais possam ser restringidos não parece haver dúvida, já que esta característica decorre diretamente da natureza pricipiológica dos textos constitucionais que os consagram³¹⁴, natureza esta que permite a coexistência de princípios contrapostos e que reivindicam, em certas situações, a solução ótima de conflitos através da restrição do âmbito de proteção de um deles. Entretanto, as restrições impostas aos direitos fundamentais não podem escapar a um controle, sob pena de flexibilizar-se de tal forma as normas jurídicas a ponto delas ser possível minar toda e qualquer eficácia, ou seja, esvaziar por completo o próprio conteúdo do direito³¹⁵ com o estabelecimento de condicionantes descabidas ou excessivas³¹⁶.

_

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 250-261.

De modo diverso, na opinião de Correia e Essado, o conflito se daria entre a liberdade individual e os direitos da coletividade em geral, representados por um genérico direito fundamental à segurança. CORREIA, Belize Câmara. O Controle de Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade. Porto Alegre: SafE, 2009, p. 73; ESSADO, Tiago Cintra. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. Porto Alegre: SafE, 2008, p. 35 e 70.

Ideia muito próxima ao primeiro princípio de justiça de Raws, que inclusive deve gozar de prioridade em uma sociedade que se pretenda livre e igual, confira-se: "cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas." RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 73

Segundo Angioni, se o bem afligido pela pena é de natureza primária, assim também deverá ser o bem que deseja tutelar. ANGIONI, Francesco. *Contenuto e Funzioni del Concetto di Bene Giuridico*. Milano: Giufrrè, 1983, p. 166-168.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.) *Direitos Fundamentais*: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 293.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 3 ed. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2008, p. 315-316.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 278-279.

Por essa razão, tem-se aceito que os princípios guardiões de direitos fundamentais devem ser entendidos em sua extensão máxima, autorizando-se a redução de seu âmbito original de proteção apenas quando caracterizado um choque com outros princípios de mesma hierarquia, num jogo de ponderação regido por regras minimamente racionais e carentes de fundamentação constitucional. As regras para tal ponderação são oferecidas pelo postulado da proporcionalidade em seu sentido amplo.

Quando uma medida estatal importa na redução do âmbito de proteção de direitos fundamentais, ao menos três barreiras ela precisa superar: deve ser, simultaneamente, idônea para atingir o fim proposto, necessária e proporcional em sentido estrito³¹⁷.

Segundo a Lei de Colisão sugerida por Alexy, da aplicação do postulado da proporcionalidade na concorrência entre princípios resulta uma regra de precedência condicionada³¹⁸. Explica-se. É de se esperar que em casos semelhantes, que envolvam as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas que compuseram a primeira situação conflituosa entre princípios, a consequência aplicada venha a ser também a mesma do caso paradigma, qual seja, aquela consequência determinada pelo princípio prevalecente.

Daí se dizer que da ponderação de princípios surge uma regra jurídica³¹⁹, um mandamento definitivo³²⁰ que apresenta uma hipótese de incidência – aquelas circunstâncias fáticas e jurídicas – que, se for preenchida no caso concreto, acarreta a execução de uma resposta predeterminada – representada pela aplicação do

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 5 ed. São Paulo: Malheiros, p. 149. Sob a óptica penal, historicamente, pode-se extrair essa ideia já do tratado de Mayer: "La caracterización sintética se obtiene con relación al merecimiento de tutela, la necesidad de tutela y la capacidad de tutela; tales son las consideraciones por las cuales la legislación se deja guiar (salvis erroribus et omissionibus). El merecimiento de tutela de un bien se determina por el valor que una cultura le concede; [...] La necesidad de la tutela se determina por la vulnerabilidad; [...] Finalmente, en lo que concierne a la capacidad de tutela, ella se debe evaluar por el legislador; no todo deber puede ser ni ha de ser impuesto forzadamente." MAYER, Max Ernst. Derecho Penal: Parte General. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2007, p. 28-29.

ALEXY, Robert. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 96. Sobre o ponto, aplicando-o na órbita penal: MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 285.

No sentido de distinção forte entre princípios e regras, espécies do gênero normas jurídicas. Na lição de Dworkin, as regras seriam aplicáveis ao modo disjuntivo, à maneira do tudo ou nada. Ou seja, como determinam conseqüências definidas e hipóteses fáticas detalhadas, ocorridos os fatos condicionantes de sua aplicação, ou a regra é válida, e então sua conseqüência jurídica deve ser aceita, ou não é válida, caso em que nada contribuirá para a decisão. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43-4.

³²⁰ ALEXY, Robert. A Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 91.

princípio prevalecente no exercício de sopesamento. No campo criminal, a regra de precedência condicionada se traduz no tipo penal³²¹.

Nesse sentido, os dois primeiros subpostulados, o da adequação e o da necessidade, desvendam as condições fáticas nas quais os princípios de liberdade do delinquente devem ceder em face dos princípios de liberdade dos demais indivíduos que com ele partilham a interação social. Descrevem, por conseguinte, uma situação que, caso verificada, levará, em tese³²², à prevalência de uns sobre os outros. A ideia que rege esta primeira etapa é a da utilidade³²³, averigua-se por meio dos juízos de idoneidade e subsidiariedade a dimensão pragmática da incriminação.

Quanto ao terceiro subpostulado, o da proporcionalidade em sentido estrito, são consideradas as condições jurídicas inafastáveis para que a restrição de um dos princípios de liberdade se afirme³²⁴. Trata-se neste último patamar de um exercício de ponderação entre as vantagens trazidas com a promoção de um determinado fim – a proteção de um determinado bem jurídico – e as desvantagens inerentes à adoção do meio aflitivo proposto – as consequência decorrentes da criminalização de um dado comportamento. Em foco está a dimensão valorativa³²⁵ da norma penal.

Destrinchando-se ainda mais o processo, tem-se em primeiro lugar o juízo de adequação do tipo, que se esgota na avaliação da idoneidade da ameaça penal para o atingimento do fim almejado. Afere a relação entre o meio eleito e a tutela de um bem jurídico³²⁶. Essa idoneidade, por certo, há de se confundir com a força preventiva do direito penal³²⁷. A criminalização de comportamentos alcança a tutela do bem jurídico na medida em que previne o cometimento de novos delitos³²⁸,

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. op. cit., p. 234-236.

.

³²¹ Ideia que já se teve a oportunidade de defender: RODRIGUES, Savio Guimarães. O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, ano 100, vol. 911, set, 2011, p. 215-217.

Um alerta: esta afirmação não se refere ao trabalho de imputação efetiva de um fato criminoso real ao seu autor, o que encontraria condicionamentos adicionais vários. O objeto de análise tratado aqui é o momento pré-positivo, por ocasião da criação legislativa, e, por isso, a ponderação realizada se dá no nível abstrato, não em concreto.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 221.

³²⁴ ALEXY, Robert. op. cit., p. 118.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 148.

LÜDERSSEN, Klaus. La función preventivo general del sistema del delito. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2004, p. 85.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999, p. 152; MIR PUIG, Santiago. O Princípio da Proporcionalidade enquanto Fundamento Constitucional de Limites Materiais do Direito Penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n. 1, jan/mar, 2009,

quando se volta ao futuro mais que ao passado³²⁹. Só a pretensão de conter o número de comportamentos desviados pode conferir à pena uma adesão políticosocial³³⁰.

É certo que os fins preventivos do direito penal não gozam de aceitação unânime na doutrina. Muito se argumenta que não há comprovações empíricas de que a criminalização importe na redução do número de crimes cometidos em uma sociedade. Todavia, acredita-se que tampouco a verificação da incapacidade preventiva da pena tenha sido atestada³³¹, até mesmo porque a constatação de que a incriminação previne novos delitos só poderia ser realizada com a quantificação daqueles que deixaram de cometer crimes por conta da proibição, e não com base em estatísticas de crimes já cometidos ³³², ao passo que o retorno às teorias retributivas não parece encontrar respaldo em um sistema político-criminalmente orientado.

O direito penal consentâneo com o modelo de Estado Democrático de Direito, dedicado à garantia dos direitos humanos e fundado sobre consensos possíveis, não pode renunciar à busca pela redução da delinquência³³³.

De todo modo, parece fora de dúvida que a ameaça penal carrega consigo uma intervenção aflitiva e uma intensa reprovação social³³⁴ que tem efeitos tanto de intimidação (prevenção geral negativa) quanto, por ocasião da condenação, de

Ou seja, adota um significado prospectivo e não retrospectivo: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 79.

"[...] un incremento o una disminución de la criminalidad no es imputable a la ineficacia de un derecho preventivo general, sino más bien imputable a la desfavorable transformación de factores criminológicos [...]" Ibidem, p. 55.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Boch, 1992, p. 217; AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999, p. 153.

Conforme bem assinala: MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoria del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 29-31.

Pleiteando um salto qualitativo na análise da proporcionalidade da lei penal, sob a alegação de que difere das corriqueiras restrições a direitos fundamentais seja por carregar um juízo de reprovação ético-social seja por estar condicionada pela Constituição, quando de sua imposição, à manifestação expressa e exclusiva do Poder Legislativo e, quando de sua aplicação, à análise, em tese, técnica e isenta do Poder Judiciário: SCHÚNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 13, n. 53, abr, 2005, p. 16.

p. 15. Assim também em: CORREIA, Belize Câmara. *O Controle de Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade*. Porto Alegre: SafE, 2009, p. 93.

HASSEMER, Winfried. Prevención general y aplicación de la pena. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. op. cit., p. 52.

reforço da confiança³³⁵ da população na defesa institucional de direitos fundamentais dos indivíduos, inclusive contra ataques provenientes de seus semelhantes (prevenção geral positiva ou integradora).

Ademais, o respeito aos direitos do próprio indivíduo, que por óbvio não perde sua dignidade após a condenação, serve ao direcionamento da execução efetiva da pena para a prevenção especial positiva (ou de socialização³³⁶). Aproxima-se, então, da concepção preventiva integral da pena de que fala Figueiredo Dias³³⁷.

É de se observar que o subpostulado em questão não exige a concretização do fim perseguido. Seu dispositivo sugere tão-somente que o meio restritivo seja apto a promover de alguma forma aquele fim. Disto se deduz que, realmente, pouco espaço sobra para a aplicação do supostulado da adequação na conformação das normas penais³³⁸. Sua eficácia está limitada ao seu viés negativo³³⁹: a ilegitimidade da lei restritiva dependerá da comprovação de sua manifesta inaptidão para a proteção do bem jurídico previamente selecionado.

Prosseguindo-se na análise dos subpostulados da proporcionalidade penal, cumpre abordar agora a necessidade da criminalização. Aqui fica evidente, enfim, a incorporação do postulado da intervenção mínima como elemento adicional a aproximar o juízo geral de proporcionalidade à realidade específica do direito penal³⁴⁰. Mais precisamente, a análise da necessidade do recurso à criminalização não representa nada além do subpostulado da subsidiariedade³⁴¹.

33

Admitindo que a dita confiança recaia na validade e vigência das normas protetivas, porém ressalvando que isto se dá de forma apenas secundária e sem substituir nem excluir a confiança na porteção de bens jurídicos como fundamento da pena estatal Figueiredo Dias e Alcácer Girao. Cf. nota 170.

Ganha força atualmente o pensamento segundo o qual competiria ao regime prisional mais evitar uma dessocialização do que propriamente promover uma socialização. Parte-se da incoerência que seria a pretensão de se imputar uma certa pauta de comportamentos sociais ao indivíduo com o seu isolamento do convívio social. Nesse sentido, por todos: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 143-175. Não obstante se concorde com a crítica levantada, insiste-se que a execução da pena em si não pode se destinar, em relação ao condenado, apenas à evitação das mazelas do cárcere. A privação de liberdade deve vir acompanhada do oferecimento de efetivas oportunidades de integração, ainda que não possam ser impostas contra a vontade dos internos. Na mesma linha: MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoria del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 34.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 84-85.

Aceitando essa conclusão também: MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *El principio de proporcionalidad penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 152-153.

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 132. Assim também em: CORREIA, Belize Câmara. *O Controle de Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade.* Porto Alegre: SafE, 2009, p. 95.

De maneira próxima: AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal.*Madrid: EDERSA, 1999, p. 159; CORREIA, Belize Câmara. O *Controle de Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade.* Porto Alegre: SafE, 2009, p. 105-107; GOMES, Mariângela Gama Magalhães. O *Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.* São Paulo: Revista dos

A avaliação da necessidade da intervenção penal proclama que o fim da norma restritiva não pode ser alcançado com idêntica ou superior eficácia por outro meio menos invasivo aos direitos fundamentais das pessoas³⁴². Para que se lance mão do aparato penal, deve-se averiguar se a proteção do bem jurídico não poderia ser alcançada com o estabelecimento de sanções ou medidas de controle administrativo³⁴³, civil ou contravencional, enfim, que o Estado não tenha à sua disposição instrumentos menos graves embora igualmente adequados.

Por certo, a medida penal deve ser estritamente necessária à proteção do bem jurídico, o que impõe ao legislador ordinário o ônus argumentativo³⁴⁴ de comprovar a ineficácia preventiva de outros meios restritivos.

Esta comprovação, à toda evidência, não chega a impor a adoção paulatina e sucessiva de todos os meios disponíveis antes de se recorrer à cominação da pena criminal. Não se exige que primeiro sejam estabelecidas sanções administrativas para que, diante da observação concreta de sua escassa utilidade, se passe à experiência seguinte. Também não se pretende imobilizar o legislador, de modo a fazer de seu ato de escolha uma mera formalidade diante de um resultado predeterminado.

O que se quer dizer com a regra da subsidiariedade é menos do que isso. Sustenta-se a necessidade de que a opção pela instrumento penal seja justificada com base em dados empíricos³⁴⁵ e teóricos – estudos criminológicos, criminalísticos, acadêmicos, leituras comparativas com a política adotada em outros países ou em casos semelhantes – , ou seja, exige-se o cuidado de analisar outras opções e, se

Tribunais, 2003, p. 83 et seq. Observe-se, porém, que para as autoras, diferentemente do que é aqui sustentado, o supostulado da necessidade abarcaria tanto a subsidiariedade quanto a fragmentariedade, além do princípio da ofensividade. A aplicação destes dois últimos parece melhor colocada em momentos distintos da análise de legitimação material da norma: este a ser considerado anteriormente à proporcionalidade e o primeiro a ser inserido apenas na terceira etapa desta.

Da mesma opinião: ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. In: *Revista Penal*, n. 1, julho, 1997, p. 05.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 206; MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 153.

Há quem defenda que a sanção administrativa não seria sempre e necessariamente menos severa que a penal. Veja-se em: GRECO, Luís. Breves Reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 02, n. 3, jul/dez, 2007, p. 267; BÖSE, Martin. Derechos Fundamentales y Derecho Penal como "Derecho Coactivo". In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 146.

Reconhecendo na teoria do bem jurídico em geral a vantagem de imputar ao legislador o ônus argumentativo de fundamentar sua decisão política: LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) Ibidem, p. 136.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 155; AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999, p. 239.

for o caso, descartá-las fundamentadamente. Em síntese, parece desejável que o processo legislativo penal encampe um mínimo de racionalidade³⁴⁶, demonstrando compreender o caráter grave da proibição imposta, reduzindo um subjetivismo possivelmente temerário e agregando à decisão política componentes de credibilidade, transparência, e qualidade.

Finalmente, após ultrapassar todas as etapas anteriores, chega-se ao momento de aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. Procura-se aqui revelar se o tipo penal em tela respeita um imperativo de justiça, se os benefícios que ostenta para o atingimento do objetivo último de tutela sobrepujam os custos da intervenção penal.

Em outras palavras, se, no sopesamento entre os princípios de liberdade envolvidos, as razões pela preservação e promoção de um são fortes o suficiente para respaldar a limitação do outro. E se, ainda que a restrição de um deles seja necessária, este cede o mínimo possível, isto é, se a constrição do âmbito de proteção do princípio só pode se dar de forma a privilegiar a máxima liberdade.

É nesse momento que reclama atenção o caráter fragmentário do direito penal³⁴⁷, eis que quanto mais importante for o bem jurídico tutelado maior será a restrição a que poderão estar sujeitos os direitos fundamentais dos cidadãos³⁴⁸. Na hipótese da sanção privativa de liberdade, consequentemente, apenas aqueles bens que não podem os homens abandonar, sem que com isto reste comprometida sua dignidade ou inviabilizada a vida em comum, serão capazes de fundamentar sua cominação³⁴⁹.

A proporcionalidade em sentido estrito postula, assim, uma relação de equilíbrio entre os princípios protegidos e os limitados. Sua análise alcança tanto a forma de tutela quanto a quantidade de pena³⁵⁰ que devem ser as menos aflitivas dentre aquelas aptas e necessárias à proteção do bem jurídico. A ideia remete a

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83.

A fragmentariedade se encontra intimamente relacionada com o juízo de ponderação, embora não esgote seu sentido. ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. In: *Revista Penal*, n. 1, julho, 1997, p. 06; DIAS, Augusto Silva. "Delicta in Se" e "Delicta Mere Prohibita". Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 652-653. Vinculando-o ao requisito da idoneidade: MATA BARRANCO, Norberto J. de la. op. cit., p. 149.

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. op. cit., p. 157.

Segundo Correia, a relevância do bem jurídico é o primeiro critério do legislador para nortear a medida da pena. CORREIA, Belize Câmara. *O Controle de Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade*. Porto Alegre: SafE, 2009, p. 113.

O que já se poderia encontrar em Beccaria: BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Quartier Litin, 2005, p. 47-49.

uma vedação de excesso na reprimenda³⁵¹ e a uma hierarquia de valores constitucionais³⁵².

Após enfrentadas as três etapas componentes do postulado da proporcionalidade penal consagra-se uma restrição a direitos fundamentais na exata medida da gravidade do ato danoso à sociedade. A regra resultante deste processo de sopesamento é o que se tem chamado de núcleo essencial de proteção do direito restringido³⁵³. Não se permite qualquer intervenção adicional além daquela determinada pela regra de precedência condicionada.

Não obstante, alguns autores³⁵⁴ vem afirmando a existência de um núcleo de autonomia, como que estabelecendo um âmbito absoluto de proteção da esfera privada do indivíduo, definido em abstrato e anteriormente ao exame de proporcionalidade, no qual não estaria o Estado autorizado a intervir em nenhuma hipótese. Um espaço inato de autonomia do homem, em todo caso insuscetível que qualquer ponderação.

A teoria ainda não apresenta contornos definitivos, mas já avoca competências e se pretende substitutiva da teoria do bem jurídico e da análise de proporcionalidade³⁵⁵.

Ao que se nota, a linha seguida pela dita teoria não difere das teorias absolutas do núcleo essencial dos direitos fundamentais³⁵⁶. Nestas, não haveria

Quanto mais próximo ao valor dignidade humana se colocar um princípio, mais relevante haverá de ser o motivo que autoriza sua restrição: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 318.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 457.

Novamente: RODRIGUES, Savio Guimarães. Critérios de seleção de bens jurídico-penais: Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, n. 97, jul/ago, 2012, p. 209-210.

[&]quot;Respeitar a autonomia significa que se leve a sério o ser humano porque ele é um ser humano, e não só porque isso nos convém. [...] A Constituição outorga à doutrina, portanto, a nova tarefa de traçar em detalhes o mapa do intocável e imponderável. E a prova de que essa tarefa é realizável nos é fornecida pelas numerosas certezas de que aqui já dipomos: por exemplo a proibição da escravidão, do genocídio ou da tortura. Essas manifestações do indisponível demonstram, também, que nem sempre se trata de salvaguardar a esfera privada do cidadão. A esfera nuclear da autonomia pode ser desrespeitada também publicamente. Por isso, deve-se cuidadosamente ir além da tese do Tribunal Constitucional, pois as razões que levam ao reconhecimento de uma esfera nuclear da vida privada são justo aquelas que impõem o respeito à autonomia do cidadão." GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 82, jan/fev, 2010, p. 180-181. No mesmo sentido: REIS, Marco Antonio Santos. Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato. Disponível em http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/issue/view/146. Acesso em 07/04/2012.

[&]quot;A correta aplicação dessa ideia tornaria desnecessários tanto o exame de proporcionalidade, quanto o recurso à teoria do bem jurídico." GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 82, jan/fev, 2010, p. 182.

Assim, por exemplo, Vieira de Andrade. Veja-se que tal raciocínio reduziria a função da ponderação, eis que os eventuais conflitos já seriam de plano afastados. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 273-279.

duas categorias distintas, o direito e sua restrição, mas tão-somente o direito, cuja definição do âmbito de proteção já pressuporia a exclusão de certas situações fáticas (suporte fático restrito). Todo direito apresentaria um âmbito de proteção dividido, uma parte suscetível de restrição decorrente do conflito com outros direitos e uma imune a tal invasão³⁵⁷.

Não parece a melhor opção³⁵⁸. Não há que se falar em limites imanentes aos direitos fundamentais³⁵⁹, que predeterminariam um âmbito de proteção, mas apenas em um direito original por um lado, ilimitado *prima facie*, e, por outro, em sua restrição. A limitação de um direito fundamental surge da necessidade de conciliação entre os direitos conflitantes, sendo imprescindível, em qualquer caso, uma fundamentação racional e constitucional³⁶⁰.

Para uma máxima proteção, e também para uma racionalização dos casos de não-proteção, o suporte fático da norma de direito fundamental deve abranger todos os pressupostos materiais de incidência da norma³⁶¹, mesmo as situações mais absurdas, em que seria intuitivo a proteção³⁶². Não há núcelo duro de autonomia privada, tal autonomia deve ser a maior possível sempre, sofrendo limitações apenas quando razões jurídicas e fáticas suficientemente fortes lhes opõem barreiras.

Adotando-se esta premissa, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é o resultado das ponderações e restrições que estes sofrem em cada caso, não cabendo sua definição anterior à ponderação. Assiste razão aos defensores da Teoria Relativa que não veem no núcleo essencial um conjunto fixo, absoluto e

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 317.

Roxin, recentemente, adotou expressamente a mesma postura crítica aqui encampada: "Está correto que a tese do núcleo duro fundamenta em alguns casos de ausência de lesão a bem jurídico a inconstitucionalidade de dispositivos penais. No entanto, isso não torna a teoria do bem jurídico supérfula. Afinal, o pertencimento ao núcleo duro da esfera privada pressupõe, em primeiro lugar, a falta de uma lesão a bens jurídicos alheios. Em segundo lugar, a inconstitucionalidade de uma penalização de um comportamento que não lesione bem jurídico pode ser deduzida de outros princípios constitucionais que não o núcleo duro da dignidade humana (por exemplo, do princípio da proporcionalidade ou de direitos fundamentais especiais). Em terceiro lugar, o princípio da proteção de bens jurídicos possui um considerável significado político-criminal mesmo ali onde sua não observância não conduz a uma inconstitucionalidade." ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: Revista dos Tribunais, ano 101, n. 922, ago, 2012, p. 321.

ALEXY, Robert. A Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 276-294.

Sobre o tema: SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais* – Conteúdo essencial, Restrições e Eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 196-200.

ALEXY, Robert. op. cit., p. 321-332.

³⁶² SILVA, Luís Virgílio Afonso. op. cit., p. 108-113.

intangível, mas sim como resultado da proporcionalidade da restrição que, por questões lógicas, não pode ser excessivo.

Esta posição, além de estar mais conectada com a realidade das coisas, já que não foram definidos critérios objetivos para se determinar o que haveria de ser incluído em uma suposta esfera absoluta de proteção, apresenta ainda outra vantagem. Ao invés de se propugnar um âmbito fixo de proteção, supostamente válido para todos os casos em que estejam envolvidos certos direitos, permite-se uma flexibilidade para que o âmbito de proteção intangível atinja o maior alcance possível em cada caso.

Nesse sentido, o conteúdo essencial funciona como um limite às intervenções do Estado, porém não um limite maior do que a própria proporcionalidade pode oferecer³⁶³.

O importante aqui é perceber que toda e qualquer restrição ao direito fundamental deverá ser fundamentada, até as mais evidentes³⁶⁴. Quanto maior for a relevância da preservação do direito maior também deverão ser as razões arguidas para sua restrição.

A esta lógica, por certo, também hão de se vincular os crimes fiscais. A criminalização de condutas tributariamente nocivas, com a cominação de penas privativas de liberdade, só deve surgir como última opção, quando diante do cotejamento entre os direitos de liberdades limitados pela norma e aqueles ofendidos pelos específicos comportamentos humanos que iludem o Fisco estes se mostrarem predominantes.

A legitimidade da lei penal tributária depende, assim, do bem jurídico que tutela, de sua imprescindibilidade, do arcabouço constitucional que condensa, e que deve ser capaz de superar todas as etapas da proporcionalidade penal, ensejando a proibição de condutas especialmente lesivas que fogem ao controle de outras ramos do direito.

3.4 UMA COMPREENSÃO MATERIAL DO OBJETO DE TUTELA PENAL

SILVA, Luís Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais – Conteúdo essencial, Restrições e Eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.197-207.

³⁶⁴ Ibidem, p. 198.

Partindo-se das premissas expostas anteriormente, surge a questão de se saber o que se deve entender por bem jurídico³⁶⁵. Isso porque tão importante quanto atribuir ao sistema punitivo uma função tutelar de bens é, certamente, esclarecer o que estes são.

Embora não se discorde de Ferrajoli³⁶⁶ quando este menciona a dificuldade no desenvolvimento de uma noção abrangente e precisa de bem jurídico-penal, pensa-se que isto não chega a excluir sua utilidade.

Ao invés de se perder em conceitos fechados e completos, talvez o mais indicado seja a eleição de critérios objetivos para a identificação de tais bens. Até mesmo porque, para que o bem jurídico exerça o seu escopo negativo de deslegitimação da lei abusiva, é irrenunciável desvendar os requisitos que o tornam suficientemente significativo a ponto de merecer a atenção do sistema penal³⁶⁷.

Entende-se válido o esforço investido em uma compreensão útil e prélegislativa de bem jurídico³⁶⁸. Importa notar, inclusive, que o conceito não precisa ser, necessariamente, inédito, já que se pode depreender das diversas formulações propostas pela doutrina ao menos um núcleo³⁶⁹, aspectos que se reafirmam.

Ingressando no espaço reservado às definições preliminares, merecem referência alguns apontamentos. O primeiro deles é o de que o bem jurídico-penal se diferencia do conceito de objeto do crime.

Como salienta Angioni³⁷⁰, o objeto da conduta exaure sua função no plano estrutural do tipo penal, é o elemento faticamente atingido pela conduta criminosa, enquanto que o objeto jurídico de tutela remete ao plano axiológico, de

É de se repisar que não atende ao propósito assumido neste estudo a análise dos tipos penais vigentes à procura de traços de danosidade comuns a todos eles. Disto adviria uma simples generalização dos objetivos do legislador. Como aponta: ESER, Albin. *The Principle of Harm in the Crime Concept.* 1982. Dissertação de mestrado — Universidade de Nova Iorque, p. 50.

Uma questão que não pode ser afastada, deve antes ser a primeira a merecer resposta: COSTA, José Francisco de Faria. Direito Penal Especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 28.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Valladolid: Trotta, 1995, p. 471.

FIANDACA, Giovanni. Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio de politica criminale. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XXV, 1982, p. 44.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 114. As divergências remontam, em grande parte, a questões mais terminológicas que substanciais: RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do Bem Jurídico e Estrutura do Delito*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, p. 104.

ANGIONI, Francesco. Contenuto e Funzioni del Concetto di Bene Giuridico. Milano: Giufrrè, 1983, p. 106.

fundamentação e limite da incriminação. A ação criminosa atinge um determinado objeto material representativo do bem jurídico tutelado. 371

Por outro lado, quando se alude a um bem, entende-se por isto todo o elemento, objeto ou estado que possua valor para o homem ou para a sociedade, tudo o quanto possa contribuir para a auto-realização da pessoa³⁷² através da satisfação de uma necessidade humana³⁷³. O bem, antes de ser jurídico, é sociológico, pertence ao mundo concreto.

Bem e interesse também não se confundem, embora sejam ambos diferentes perspectivas de um mesmo fenômeno³⁷⁴. O interesse é relacional, simboliza o vínculo valorativo estabelecido entre o bem (objeto) e seu titular (sujeito)³⁷⁵. O interesse é, em outras palavras, o próprio juízo de valor do sujeito na avaliação da capacidade de um determinado bem para satisfazer uma necessidade. Assim como o bem, o interesse também é sociológico e nada impede que seja normativamente protegido.

Visto isso, percebe-se que nem todos os bens ou interesses existentes na vida comum merecem ser incorporados à pauta do Estado. Os bens e interesses tornam-se jurídicos a partir da sua inclusão no ordenamento positivo, quando sua utilidade para o homem ou para a sociedade é reconhecida institucionalmente pelo direito através da edição de uma norma.

A norma jurídica, exprimindo uma valoração pública, orienta-se para a preservação daqueles elementos. Ao se oferecer a estes bens ou interesses jurídicos o reforço da norma penal, fala-se, só então, em bem jurídico-penal.

Como se vê, a origem do bem jurídico-penal repousa na realidade sociocultural de um povo, nas experiências concretas de vida³⁷⁶, e, portanto, externa ao direito. De certo modo, não é o ordenamento jurídico que o cria, não nasce de

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Juridico en el Derecho Penal*. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 29.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General.* 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, t. I, 2008, p. 63.

[&]quot;En resúmen: todo lo que, existe o no actualmente, de existencia material o inmaterial y puede satisfacer una necesidad humana es un bien; bien es todo lo que, existiendo como realidad frente a la consideración de la conciencia humana, es apto para satisfacer una necesidad humana." ROCCO, Arturo. El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2005, p. 274.

MANTOVANI, Ferrando. Il Principio di Offensività nella Constituzione. In: MANTOVANI, Ferrando. *Umanità* e *Razionalità del Diritto Penale*. Verona: CEDAM, 2008, p. 188.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2005, p. 278.

Na feliz expressão de Prado: PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

uma decisão do legislador. Antes disto, é fruto das interações culturais condicionadas no tempo e no espaço, e revela os juízos de valor que uma sociedade cultiva em relação a elementos, materiais ou imateriais, de especial importância para a convivência humana e seu livre desenvolvimento³⁷⁷.

Por isso se dizer que o bem jurídico é uma realidade valorada³⁷⁸, valoração esta instituída em primeiro lugar pelos membros da sociedade em geral e depois confirmada por esta mesma sociedade agora organizada na forma de Estado³⁷⁹. O vínculo estabelecido entre o bem/interesse e sua fonte mais remota não deve ser esquecido. Ele garantirá a manutenção da concretude, da importância e dos limites impostos pelo bem jurídico ao tipo penal que integra.

A ideia de um bem jurídico externo ao direito remete a de democracia³⁸⁰. A cristalização do bem depende de uma ampla interação entre os cidadãos, uma convivência capaz de fazer condensar determinados valores na consciência coletiva a despeito do pluralismo presente nas comunidades modernas.

É exatamente por esta razão que o bem jurídico-penal se mostra submetido a permanente revisão³⁸¹ e se destina à promoção da convivência harmônica de distintos interesses, separando aquele núcleo de pressupostos que lhes são indispensáveis. A densidade real e axiológica do conceito é um elemento essencial para que o mesmo mantenha um caráter dinâmico e aberto aos avanços do específico período histórico em que se insere.

De fato, a identificação de um determinado bem jurídico não lhe confere um caráter imutável, resistente a toda sorte de mudanças no pensamento ou na cultura dominante em uma época e em um país. O prestígio/desprestígio concedido a um bem jurídico pode variar, e geralmente varia, de uma comunidade para outra, de uma geração para outra e, inclusive, dentro de uma mesma comunidade numa mesma geração.

Um ser ao qual se vem unir um valor: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 147.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Juridico en el Derecho Penal*. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1974, p. 268.

ESER, Albin. *The Principle of Harm in the Crime Concept.* 1962. Dissertação de mestrado - Universidade de Nova Iorque em 1962, pp. 66-67.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal.* 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2003, p. 135-136;

HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democratico de Derecho*. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 143.

Indo adiante, se é certo que nem todo o bem se erige em bem jurídico, por não demandar uma posição institucional a seu respeito, não é menos certo que nem todo o bem jurídico pode se dizer penalmente digno³⁸².

O fato é que, como visto, para que o bem jurídico dê ensejo à proibição penal de certas condutas a ele atentatórias, interferindo na autonomia do cidadão, parece inevitável que o valor a ele atribuído pela ordem jurídica seja um valor primordial, imprescindível à auto-realização dos indivíduos em sociedade e ao pleno gozo de suas liberdades.

Nesse particular, ao menos uma coisa se afirma: tamanha relevância não se constrói com posições individuais ou ideologias de grupo. Não é o poder da maioria a subjugar a minoria, demonstrando desrespeito a esta em sua esfera de liberdade fundamental. A relevância a que se alude depende de um razoável consenso³⁸³, daquele consenso possível no contexto de uma sociedade multicultural.

Além disso, a decisão política do Estado que seleciona um bem a ser tutelado está condicionada teleologicamente³⁸⁴, uma vez que a escolha precisa se alinhar ao papel atribuído ao Estado pela Constituição. Só assim é possível entender a lei penal imersa em um contexto de restrição a direitos fundamentais do indivíduo.

As formas de se congregar as características acima (relevância, consenso e respaldo constitucional) convergem em uma resposta: o direito penal deve assumir seu lugar na proteção dos direitos fundamentais dos homens, sendo certo que a sua contribuição passa pela restrição das liberdades de uns, que só se justifica com a afirmação das iguais liberdades de outros.

Dessa forma, na sua acepção penal, os bens jurídicos devem ser entendidos como os objetos ou interesses concretos indispensáveis ao pleno exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos³⁸⁵. São aqueles dados reais que, uma vez ameaçados ou destruídos, impedem uma pessoa ou a coletividade de gozar de seus

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 115-116.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17. Assim também em: MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *lus puniendi.* In: *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XIV, 1991, p. 205 et seq.

Na essência, embora com uma abordagem ligeiramente distinta: HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernan. *Bien Jurídico y Estado Social y Democratico de Derecho*. 2 ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 153-154.

De opinião similar: FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo:Buenos Aires: Bdef, 2004, p. 143-144; BARBOSA CASTILLO, Gerardo; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales*. Bogotá: D'VINNI Editorial, 1998, p. 84; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

direitos mais básicos, incluindo-se aqui direitos individuais e coletivos inerentes a uma existência digna em sociedade.

Os direitos fundamentais encerram posições jurídicas inerentes a todos os indivíduos em igual medida, decorrem da natureza e condição humana, e, portanto, concentram argumentos consensuais e universalizáveis. Em razão disto, a opção por vincular os bens jurídicos aos direitos fundamentais tem a vantagem de demonstrar que os comportamentos penalmente proibidos o são não pela vontade de um grupo ou de alguns grupos em específico, nem mesmo da maioria que deteve o poder parlamentar em um determinado período histórico, mas porque a sua tolerância infringiria gravemente a esfera de liberdade fundamental de todos os demais, tornando o convívio social inviável.

Agora perceba-se: não coincidem os bens jurídicos com os próprios direitos fundamentais³⁸⁶. São antes suas condições fáticas de realização ou, o que é o mesmo, seus objetos ou meios, os elementos que satisfazem ou viabilizam a satisfação da necessidade humana prioritária.

Como realidades concretas, materiais ou imateriais, os bens podem ser efetivamente atingidos, razão pela qual tornam-se verificáveis tanto a efetiva lesão ou exposição a perigo quanto o contrário, a refutação³⁸⁷, no sentido de que a conduta não os alcançou em um dado caso.

Ao se consagrar como bens jurídico-penais a vida ou o patrimônio individual, por exemplo, coloca-se sob o resguardo estatal elementos reais, valorados como indispensáveis à concretização de direitos fundamentais, não o corpo da vítima ou o objeto subtraído, alvos da conduta, nem mesmo os direitos fundamentais à vida e ao patrimônio.

Bom esclarecer que a colocação acima não se limita a bens ou interesses objetos imediatos dos direitos fundamentais. É certo que a sociedade moderna mantém intrincada rede de relações de dependência com algumas realidades instrumentais, sendo inconcebível seu pleno desenvolvimento sem a interveniência

MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. In: QUINTERO OLOVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.) El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi Editorial, 2001, p. 573. Assim também em: DIAS, Augusto Silva. "Delicta in Se" e "Delicta Mere Prohibita". Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 641-643.

TAVARES, Juarez E. X. Teoria do Injusto Penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 221.

delas³⁸⁸. O direito penal se destina à proteção da pessoa, seja diretamente, através do resguardo de sua dimensão individual, seja indiretamente, por meio da garantia da integridade das instituições criadas pelo próprio homem para a satisfação de suas necessidades prementes enquanto ser social.

Um exemplo disso é a Administração Pública e suas diversas frentes de atuação, meios institucionalizados para a ordenação do convívio social, pautados pela defesa e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos e pela garantia das condições para o processo democrático, cuja existência e atuação, quando conforme aos ditames constitucionais, ninguém ousaria questionar, merecem proteção.

Com acerto sentencia Sternberg-Lieben:

En este contexto hay que pensar en los ámbitos del Derecho penal del medio ambiente, de la economía y de la protección del Estado: los bienes que en ellos se protegen sólo pueden relacionarse con la protección del individuo de forma mediata. Esto no los hace ilegítimos desde un primer momento, pero exige comprobar si todavía existe tal vinculación con las condiciones para el desarrollo personal (...)³⁸⁹

Destarte, logo se vê do que restou dito até aqui que os bens penalmente relevantes devem ter sede constitucional³⁹⁰, na verdade, devem estar duplamente vinculados à ordem constitucional. Primeiro, enquanto símbolos das escolhas fundamentais de um povo, respaldadas em consensos democráticos³⁹¹, é preciso que a Carta Maior ateste sua relevância primordial. E segundo, tais bens devem materializar normas fundamentais, exatamente os princípios a serem considerados e sopesados quando da análise da proporcionalidade da ameaça penal.

Por certo, como aponta Figueiredo Dias, os bens jurídicos merecedores de tutela penal, embora surgidos do sistema social, exigem um reflexo no conjunto de valores e princípios constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e

Conquanto, no final, sua posição divirja da adotada neste estudo: STERNBERG-LIEBEN, Dtlev. Bien Jurídico, Proporcionalidad, y Libertad del Legislador Penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 111-112.

MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 177. Em sentido contrário: GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. Atizapán de Zaragoza: Pereznieto Editores, 1995, p. 44.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 23-24.

SCHÜNEMANN, Bern. El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como Punto de Fuga de los Limites Constitucionales de Los Tipos Penales y de su Interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.) *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 197. Sobre a ideia de um consenso sobreposto às doutrinas abrangentes razoáveis: RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005, p. 144-172.

deveres fundamentais e à ordenação econômica, social e política³⁹². Isso não apenas porque o recurso à ordem axiológica constitucional viabiliza o escopo de controle da legislação ordinária, mas também por ser a única forma autorizada de se restringir direitos fundamentais de liberdade.

A vinculação aos ditames do Texto Constitucional, entretanto, não implica em uma identidade absoluta entre bens concretos e valores constitucionais³⁹³. Ainda que ambos se mostrem fragmentários³⁹⁴, há entre o elenco de bens jurídico-penais e aquele dos valores constitucionais uma relação de mútua referência.

Por conseguinte, considerando a concepção aqui adotada, nem todos os bens jurídicos com *status* constitucional – por se referir a normas constitucionais – são passíveis de tutela penal. Dentre os variados bens contemplados com um referencial na Carta Maior, o que não é tão difícil de se pensar quando se tem em mente uma Constituição analítica e extensa como a brasileira, são significativos para fins criminais tão-somente aqueles estritamente necessários à fruição, individual ou coletiva repita-se, de um ou mais direitos fundamentais.

Essa questão remete a outra discussão: a de saber se só bens constitucionalmente relevantes são suscetíveis de amparo penal, ou se bastaria ao merecimento de pena uma não-contrariedade às normas constitucionais.

A despeito da inflexibilidade que uma leitura rápida possa sugerir, soa mais adequada ao quadro proposto neste trabalho a primeira posição³⁹⁵, eis que garante um padrão objetivo de controle sobre a escolha de quais bens proteger³⁹⁶. Apenas aqueles abraçados pelo texto constitucional e condensadores de valores fundamentais.

Afinal, ao se abrir margem à hipótese de que bens não referíveis à Constituição possam ser albergados pela lei penal, perde-se o poder vinculante da

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 121.

Amplamente em: COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*: Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 194 et seq.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan/fev, 2006, p. 333.

Por todos: PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52 et seq. RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In: *Nuevo Pensamiento Penal*. Revista de Drecho y Ciencias Penales, ano 4, n. 5/8, 1975, p. 338-341. Em sentido diverso: DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, n. 2, abr/jun, 1994, p. 169-170; COSTA, José Francisco de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 227.

O processo de incorporação do valor ao sistema constitucional é composto por regras que garantem o caráter democrático do debate. Esta rigidez é conveniente ao direito penal. ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Bien Jurídico y Constitución. In: *Cuadernos de política criminal*, n. 43, 1991, p. 37.

norma superior. Sem um respaldo constitucional, por mais importante que possa parecer o bem, pouco poder terá para legitimar e limitar a lei penal ordinária.

Defende-se, assim, que o consenso sobre a imprescindibilidade de um bem para a dinâmica social reclama uma recepção constitucional, uma vinculação às normas superiores. A preservação do bem jurídico-penal, na medida em que imperativa para a integridade de um direito fundamental, decorre da própria Constituição.

Vale lembrar, no entanto, que esta posição não acarreta o engessamento do direito penal perante a dinâmica da sociedade, cuja evolução tem permitido o reconhecimento contínuo de novos direitos, interesses e valores.

Note-se que o catálogo de direitos fundamentais guarnecidos pela Carta Política não intenta ser taxativo³⁹⁷, já que a fundamentalidade da norma decorre antes das posições de defesa e promoção do valor supremo da dignidade humana e daqueles fundantes do Estado Democrático que propriamente de sua previsão textual³⁹⁸. A Constituição oferece sem dúvidas um repositório de direitos fundamentais, porém não um repositório hermético. Suas fronteiras estão abertas à osmose³⁹⁹ de outros interesses fundamentais eventualmente cristalizados no seio da sociedade.

Por sua vez, aquelas condições essenciais de realização dos novos direitos poderão da mesma forma justificar a utilização do aparato punitivo do Estado, desde que submetidos ao crivo do poder constituinte caso aqueles já não constem do catálogo constitucional 400. Ainda que o processo de reforma do texto constitucional seja repleto de regras rígidas e possa se mostrar moroso, entende-se que a submissão a ele garante ao bem em questão um salto qualitativo, cuja vantagem principal é a de demonstrar o seu caráter relevante e consensual.

Em resumo, a posição aqui encampada desenha a seguinte estrutura: o bem jurídico-penal é o objeto concreto cuja preservação diante de condutas a ele lesivas ou perigosas se mostra imprescindível ao pleno exercício dos direitos fundamentais

³⁹⁷ Veja-se, por exemplo, o art. 5°, § 2°, da CRFB.

Na mesma linha: MENDES, Gilmar Ferreira: COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 270; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 73 et seq.

A ilustrativa expressão é de Manes: MANES, Vittorio. Il principio di offensività nel diritto penale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 161.

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 184.

dos homens, explícita ou implicitamente contemplados na Constituição, e, por isso mesmo, legitima e limita a utilização do aparato punitivo pelo Estado.

Resta saber, e a isto se dedicará todo o capítulo seguinte, se o bem jurídico tributário defendido pela doutrina atualmente consegue preencher a descrição proposta, ou se, ao contrário, termina por submeter o aparato punitivo aos interesses administrativos do Fisco.

3.4.1 A QUESTÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Ainda antes de adentrar na segunda parte deste trabalho, faz-se necessário assumir uma posição dentro da discussão que atualmente se levanta acerca dos bens jurídicos de natureza coletiva⁴⁰¹.

Isso porque, vistos como uma das vertentes do processo de modernização do direito penal⁴⁰², os chamados bens jurídicos coletivos vêm sendo denunciados como instrumentos de antecipação⁴⁰³ da reação penal.

Argumenta-se que, sempre vagos e indefinidos, não passariam muitas vezes de conjuntos de bens individuais, utilizados para encobrir a criminalização de condutas inofensivas, anteriores a qualquer lesão efetiva⁴⁰⁴. Nesse passo, os bens metaindividuais seriam simples abstrativizações dos bens jurídico-penais propriamente ditos, recursos cuja violação de pressupostos garantistas de punibilidade remeteriam à ideia de delitos de mera desobediência.

Não se pode negar que o reconhecimento de novos bens jurídicos tem autorizado novas incriminações e, com isso, auxiliado o processo de expansão do

Também denominados institucionais, supraindividuais, universais, metaindividuais, e difusos. Por razões de espaço e foco estas expressões serão tratadas no texto como sinônimas, embora não se ignore a existência de inúmeras subcategorias trabalhadas ao gosto dos doutrinadores. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 96-97.

Silva Sánchez depura as possíveis causas do fenômeno: as alterações sociais que conduziram à menor tolerância com relação a atividades arriscadas; a identificação popular com as vítimas; o descrédito de outras instâncias de proteção; a reivindicação de proteção penal por novos grupos ou setores da comunidade; e a atuação sensacionalista da mídia, que levaria a um efeito metonímico (superestima-se a violência, tomando-se a parte pelo todo). SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansión del Derecho Penal.* 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 25-69. Para uma leitura crítica deste discurso: GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernizaçãoo e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: SafE, 2005, passim.

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, jan/mar, 1994, p. 16.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 38-40.

direito penal. Ocorre que nem por isso todos os bens jurídicos desta espécie mereçam o rótulo de ilegítimos, até mesmo porque não se consegue conceber a sociedade atual⁴⁰⁵ despida desta espécie de bens.

A origem das críticas, segundo pontua Bustos Ramírez⁴⁰⁶, remonta às Constituições democráticas concebidas após a Segunda Grande Guerra e, com elas, à prevalência dos modelos de bem-estar social. Duvidou-se que um instrumento nascido do Estado liberal pudesse servir de fundamento material para uma visão não individualista de ilícito: a tutela do Estado haveria de se limitar à pessoa e seus interesses individuais.

Contudo, é de se ver que o perfil original do instituto, inserido no contexto do Estado liberal não-intervencionista, voltou-se contra os desmandos do Estado absoluto. Não eram enfrentados à época os dilemas modernos, nos quais o Estado se vê compelido a participar ativamente dos processos sociais e econômicos⁴⁰⁷. A sociedade se modificou e o direito penal tenta acompanhá-la.

Ademais, não foi tão-somente em seus traços políticos que a sociedade sofreu mudanças. Observa-se mais recentemente o surgimento gradativo de uma outra modernidade que, com o amadurecimento do processo de produção capitalista e o avanço científico-tecnológico acelerado, encerra novas fontes de riscos para os homens⁴⁰⁸, cujas vantagens que oferecem à sociedade têm justificado sua tolerância⁴⁰⁹, apesar dos perigos que apresentam serem potencialmente mais lesivos que os tradicionais.

Fala-se, pois, em uma pós-modernidade na qual resta superado o modelo de sociedade industrial em que os riscos decorriam de desastres naturais e de ações humanas diretas e facilmente identificáveis⁴¹⁰. Ao contrário, nesta recente realidade, massificada, os riscos se tornam globais e seus aspectos práticos como o tempo, o lugar, a autoria e as vítimas são relativizados.

408

⁴⁰⁵ Como se teve o cuidado de ressaltar em diversas passagens do Capítulo 01, alguns deles já eram aceitos desde o princípio da ciência penal moderna.

⁴⁰⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los Bienes Jurídicos Colectivos. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras Completas. 2 ed. Santiago de Chile: EJS, t. II, 2007, p. 114.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 116.

Fala-se de uma verdadeira sociedade de risco: BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 23-31.

⁴⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 192.

⁴¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 134-135.

Diante deste cenário, a tradicional tutela de bens individuais cede espaço a outros valores e outros objetos de tutela, muitos deles de perfil supraindividual, como o meio ambiente, o sistema econômico-financeiro e as relações de consumo.

Com tantos e tão graves riscos, é até compreensível que a busca por mais prevenção seja uma tônica⁴¹¹. O fato desta busca implicar na definição de bens jurídicos coletivos fictícios⁴¹² é que, por óbvio, não deve ser tolerada, sob pena de esvaziamento de princípios fundamentais de garantia.

Assim, os problemas que a modernização do direito penal carrega, e entre eles a admissão de bens jurídicos coletivos em particular, não estão abertos a respostas extremas. Nem o retorno ao direito penal nuclear proposto pela Escola de Frankfurt⁴¹³ (teoria monista-pessoal), nem a exacerbação dos instrumentos penais, com o abandono do paradigma do bem jurídico em prol de um direito penal do risco.

Das diversas teorias tecidas acerca dos bens jurídicos coletivos⁴¹⁴, portanto, a que mais se aproxima da visão acima é a denominada dualista moderada. Nela se afirma que o ordenamento jurídico comporta bens individuais ao lado daqueles de índole transindividual, sem alusão a qualquer estratificação hierárquica ou relação de dependência absoluta entre ambas as categorias.

Como já se teve oportunidade de demonstrar, a concepção de bem jurídico aqui sustentada pressupõe um objeto real de valor fundamental para o desenvolvimento do ser humano, seja algo que possa ser usufruído por um indivíduo diretamente seja uma estrutura sem a qual diversos indivíduos deixariam de gozar bens primários.

Por certo, a lógica antropocêntrica persiste. Veja-se que não será o Estado em si a concentrar os interesses coletivos, mas a própria coletividade, assim como a tutela dos novos bens jurídicos não deixa de ser complementar e essencial à preservação dos interesses de todos ou de grande parte dos membros da sociedade. Percebe-se apenas que o homem não se resume à sua dimensão

Para Silva Sánchez, a sensação de insegurança própria da sociedade de risco conduz, inexoravelmente, ao Estado de Prevenção. Ao Estado seria exigido o controle e a vigilância sobre as várias fontes de risco. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La Expansión del Derecho Penal.* 2 ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 136-137.

⁴¹² Uma das virtudes atribuídas à teoria do bem jurídico é, justamente, permitir a distinção entre bens jurídico-penais coletivos reais e fictícios. Nesse sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de benes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland. (Ed.) La teoría del bien jurídico. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 218-219.

Para mais detelhes da corrente personalista do bem jurídico vide tópico 2.3.1 acima.

Para uma exposição sintética sobre tais correntes vide: GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 04-38.

individual, antes apresenta uma presença social indispensável que da mesma forma não deve ser perturbada.⁴¹⁵

De maneira semelhante, Prado⁴¹⁶ percebe uma relação de complementariedade entre bens individuais e coletivos, segundo a qual os primeiros apresentariam um referencial pessoal direto que nos outros só se vislumbraria indiretamente. O autor é enfático em dizer que os bens jurídicos coletivos "nem por isso deixam de constituir-se em entes dotados de autonomia e substantividade, que exatamente por sua natureza transindividual, têm conteúdo material próprio."

Sem dúvidas, há nas relações sociais determinados bens que se prestam aos interesses de indivíduos identificáveis e outros que se voltam aos interesses da generalidade das pessoas. Nenhum deles, é bom notar, deixa de tomar parte no processo de desenvolvimento humano⁴¹⁷, este é um escopo comum que jamais pode ser afastado⁴¹⁸. As categorias diferem, entretanto, em suas estruturas e funções⁴¹⁹.

Os bens jurídicos coletivos incorporam interesses imprescindíveis ao convívio social, ao funcionamento das engrenagens que mantêm organizada a sociedade, e deste fundamento extraem sua legitimidade⁴²⁰. Não são conjuntos de bens individuais uniformes, são bens autônomos⁴²¹.

As palavras de Coelho Simões resumem com precisão a ideia invocada: "O direito não é realidade perene, imutável, indiferente ao pulsar da história. Ele (cor-) responde às exigências que o presente lhe coloca, assumindo como sentido último a concepção de pessoa humana que aquele lhe oferece. O direito penal não constitui exceção ao que fica dito. Partindo do reconhecimento da interpessoalidade da pessoa, não se pode manter um conceito de bem jurídico de cariz antropocêntrico, nem que seja necessário abdicar, em absoluto, daquela noção. Para tal, basta que o conceito de bem jurídico reflicta tal forma de compreender o homem. Impõe-se, deste modo, que, para além de bens jurídico individuais, o direito penal dirija a sua tutela a bens jurídico supra-individuais." SIMÕES, Pedro Coelho. A Supra-Individualidade como Factor de Superação da Razão Moderna. In: COSTA, José de Faria (Coord.) Temas de Direito Penal Económico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 306.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 264.

São autônomos, mas servem a um mesmo fim: SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedade moderna*. Granada: Comares, 2003, p. 231-232.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

SOTO NAVARRO, Susana. op. cit., p. 244.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 184. Na mesma linha: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los Bienes Jurídicos Colectivos. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras Completas. 2 ed. Santiago de Chile: EJS, t. II, 2007, p. 121.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 134-150.

Interessante, nessa linha, é a lição de Hefendehl⁴²², que caracteriza o bem supraindividual a partir dos critérios de não-exclusão; não-rivalidade; e a nãodistributividade. Isto é, a identificação de um autêntico bem coletivo depende da constatação de que ninguém pode ser privado de usufruí-lo; de que a sua utilização por um não afasta a de outrem; e, ainda, de que é fática ou juridicamente impossível sua divisão em partes para apropriação individual.

Atendendo a esses critérios, os bens se revelam, de fato, pertencentes a toda uma comunidade de forma compartilhada e indisponível para um titular isoladamente⁴²³, ao passo que concentram as características necessárias à sua diferenciação de bens jurídicos individuais coletivizados.

Em síntese, os bens jurídicos coletivos legítimos hão de representar instituições fundamentais à dinâmica social, condições de subsistência do Estado e da convivência entre as pessoas e, por isso mesmo, fatores indispensáveis ao gozo, promoção e/ou proteção de direitos fundamentais do homem.

Como ressalta Corcoy Bidasolo⁴²⁴, as vezes, tal é a relevância sistêmica assumida por essas estruturas que elas passam a contar com a confiança da população em seu correto funcionamento⁴²⁵. A mera ameaça de impedir que exerçam suas funções ou atinjam o grau de eficiência mínimo esperado pela população pode levar a crises de grandes proporções.

Por fim, diante das características atribuídas a essa espécie de bens jurídicos, logo se vê que o conteúdo do injusto penal quando relacionado à esfera tributária, independentemente da corrente que se adote, não escapa a um viés coletivo. Seja qual for o aspecto ressaltado do fenômeno da tributação, fato é que atende a toda a coletividade de forma indivisível, inafastável e imune a apropriações individuais ou exclusões.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). La Teoría del Bien Jurídico. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 188-189; HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 87, nov/dez, 2010, p.

⁴²³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 203-204. Veia-se que a titularidade compartilhada. por si só, é um aspecto útil, mas insuficiente para aferir a supraindividualidade de um bem: SOTO NAVARRO, Susana. op. cit., p. 195.

⁴²⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. op. cit., p. 208.

Este é o caso, por exemplo, dos sistemas bancário e tributário de um país, cujo funcionamento escorreito é um pressuposto que não pode ser colocado em questão, sob pena de potenciais desastres econômicos.

De fato, todos os elementos do sistema tributário, isolada ou conjuntamente considerados, e até mesmo a mera confiança em seu funcionamento, tomam parte na viabilização do Estado, são essenciais à própria existência do ente estatal e ao atingimento de seus fins, de modo que, de uma forma ou de outra, não se tratará jamais de bens pertencentes a um único indivíduo, nem reconduzíveis a um homem isolado, apenas à comunidade, ao homem socialmente situado.

4. O BEM JURÍDICO TRIBUTÁRIO

A relação entre tributo e crime não se estabeleceu recentemente. A garantia da arrecadação estatal desde há muito é uma preocupação dos governantes, mesmo antes da consagração do Estado Moderno.

Em suas manifestações primitivas, a criminalização da evasão fiscal encontrava sentido na cobrança de débitos às custas da liberdade humana, sem que para isso concorresse maiores considerações de ordem funcional ou valorativa.

Como não poderia deixar de ser, a utilização da ameaça de pena como forma de exação de taxas se concentrava no âmbito do comércio exterior. Afinal, no período absolutista e mercantilista a manutenção do Estado dependia basicamente de receitas provenientes da exploração de suas propriedades ou de sua atividade comercial⁴²⁶. O exercício do poder tributário recaía sobre as importações e exportações, sendo que sequer representavam a maior parcela do suporte financeiro de que dependia o corpo estatal.

Daí não surpreender que foi na conduta de descaminho, confundida originalmente com a do contrabando, que se encontrou um dos primeiros, e talvez o então mais comum, exemplo de delito tributário⁴²⁷.

Na verdade, a imagem de mera execução coercitiva de dívida só começou a ser enfrentada com o desenvolvimento do Estado Fiscal⁴²⁸. Isto é, justamente a partir do momento em que o Estado supera a matriz anterior e se estrutura em torno das contribuições financeiras diretas dos indivíduos (receitas derivadas), com vistas ao cumprimento de finalidades e atribuições constitucionais.

Remontando ao surgimento das alfândegas e à instituição de privilégios e restrições ao comércio internacional no interesse do Estado Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Especial. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 218.

Receitas originárias, portanto: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 1, p. 524.

O denominado Estado Fiscal é definido por Casalta Nabais, em linhas gerais, como modelo estatal cujo principal suporte financeiro fica a cargo dos impostos. A esta noção se pode acrescer, diante da realidade brasileira, também as contribuições parafiscais. NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 191-194. Torres prefere relacionar o Estado Fiscal ao Estado de Direito, como se um não pudesse sobreviver apartado do outro, aludindo, portanto, a um Estado Democrático Fiscal: TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 1, p. 543-545.

Por isso se dizer que a disciplina de direito penal tributário adquire contornos dogmáticos mais robustos após a Segunda Guerra Mundial⁴²⁹, tomando parte na construção do chamado direito penal econômico⁴³⁰. Foi a nova postura do Estado perante a sociedade que conclamou a colocação do poder punitivo à disposição de políticas econômicas e tributárias, sendo certo que daqueles específicos campos do saber penal se esperava o controle e a racionalização deste processo.

Pois bem. Como visto nos capítulos precedentes, um importante instrumento para tal racionalização é, justamente, o bem jurídico-penal. Por isso, cumpre agora refletir sobre o objeto jurídico que pode ser atingido pelos crimes fiscais⁴³¹.

A tarefa não é simples. Aquele que se debruça sobre a matéria logo percebe que o dissenso entre os juristas é nada menos que profundo. Inúmeras são as teorias propostas, cada uma conduzindo a conclusões dogmáticas e político-criminais bem particulares, ainda que se possa reduzí-las, como se verá, a três grupos mais abrangentes: (1) um patrimonialista; (2) outro de pretensões funcionalistas e (3) um terceiro edificado sobre o ideal de lealdade perante a Administração.

4.1 AS CORRENTES PATRIMONIALISTAS

Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. 1, p. 320.

Desde o início do tratamento penal das questões tributárias, prevalecia na doutrina especializada uma noção patrimonialista pura do bem jurídico tutelado. O patrimônio público, assim como o privado, mereceria tutela enquanto fonte de

429

Durante o período histórico em questão, os mecanismos estatais de intervenção na economia muito se desenvolveram, tornando-se, na verdade, imprescindíveis tanto à manutenção do Estado quanto ao atendimento das necessidades sociais. A par dos países socialistas, em que a direção estatal do processo econômico dispensa maiores explicações, também no que toca aos países capitalistas, o aporte financeiro exigido para o sustento dos conflitos militares, e, posteriormente, para reconstrução dos países atingidos pelas guerras brutais – associado ao abalo das estruturas do Estado Liberal imposto pela quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929 – levou a um intervencionismo estatal no sistema econômico cada vez maior. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: CORREIA, Eduardo et al. *Direito Penal Económico e Europeu*: Textos Doutrinários.

No sentido do texto: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direito Penal Econômico e Tributário: Uma Análise Histórica e Comparada. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.) Inovações no Direito Penal Econômico. Brasília: ESMPU, 2011, p. 253-255; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de La Empresa: Parte General. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2007, p. 98-101.

Neste estudo serão considerados como crimes tributários especificamente os tipos penais contidos nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e os artigos 168-A, 318, 334 e 337-A do Decreto-Lei n° 2.048, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro).

sustento do Estado⁴³². Por isso a aproximação entre os tipos fiscais e o estelionato ou à apropriação indébita.

Para Pimentel o que caracteriza o direito penal tributário seria sua finalidade de defesa dos interesses do Estado ligados à arrecadação dos tributos⁴³³. Em versões mais atuais desse mesmo pensamento, Andrade Filho⁴³⁴ enfatiza a proteção ao direito do Estado de instituir e cobrar tributos, enquanto Decomain⁴³⁵ identifica o bem lesado pela sonegação com o próprio crédito tributário oriundo do fato gerador verificado na realidade.

O que se defende em última análise é a tutela do interesse estatal na obtenção de receitas, o resguardo do ingresso patrimonial em si considerado através da punição de condutas que frustrem a arrecadação. Os interesses aqui ostentariam dignidade penal independentemente de suas finalidades ou destinações, matérias afetas a outros campos de estudo.

Uma posição patrimonialista nesses moldes não consegue fugir a uma concepção individualista bastante limitada⁴³⁶ da relação tributária. Implica atribuir a esta uma natureza privada, quase contratualista⁴³⁷, pela qual o Estado seria um credor e como tal deveria ser protegido.

Ocorre que a relação tributária decorre de lei, incorpora a manifestação de um poder de império que disciplina o vínculo entre Administração e administrados⁴³⁸. O crédito tributário não se confunde com um crédito civil contratual. O interesse do Estado nos ingressos fiscais não possui caráter individual, mas coletivo, o que lhe atribui uma série de características peculiares.

Conforme afirmam Bajo e Bacigalupo⁴³⁹, embora haja uma simetria entre os crimes de estelionato e os de sonegação, ou entre as condutas de apropriação indébita ordinária e previdenciária, fato é que com o delito fiscal se está

Para Eisele, à maneira de Zaffaroni, ambos representariam uma relação de disponibilidade entre um sujeito e um objeto. EISELE, Andreas. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 48.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 17-18.

⁴³⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito Penal Tributário*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 75.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes Contra a Ordem Tributária. 4 ed. Porto Alegre: Editora Fórum, 2008, pp. 80-82.

MONTE, Mário Ferreira. *Da Legitimação do Direito Penal Tributário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 211.

SOUSA, Susana Aires de. Os *Crimes Fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 278.

No sentido do texto: GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *Los Delitos Fiscales*. México: Pereznieto Editores, 1995, p. 33.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2 ed. Madrid: Editorial Ramón Areces, 2010, p. 45-46.

obstaculizando políticas fiscais e financeiras abrangentes, talvez até esvaziando o poder de atuação de um governo democraticamente eleito em prol de interesses particulares.

Em resposta a essas críticas, os doutrinadores que valorizam o caráter patrimonial das infrações tributárias vêm procurando ressaltar também os valores e princípios gerais que regem o sistema tributário de uma nação, notadamente o da justiça fiscal, densificado em imperativos de isonomia, capacidade contributiva e de redistribuição de renda.

Segundo essa nova visão, não se trataria de lesões a um mero patrimônio individualmente considerado, mas a interesses patrimoniais transindividuais estritamente relacionados com as funções econômicas e sociais do Estado.

Sousa⁴⁴⁰, por exemplo, destaca o patrimônio fiscal estatal, em sua vertente positiva, como objeto a ser protegido. Ou seja, o conjunto das receitas fiscais a que o Estado faz jus para o cumprimento de suas funções e a prestação de seus serviços.

Seguindo esse raciocínio, o bem jurídico tutelado seria indubitavelmente coletivo, na medida em que pertenceria a toda a população que, por meio do Estado, se comprometeria a realizar os objetivos sociais e econômicos reconhecidos como fundamentais na Carta Política. No entanto, apesar do aspecto supraindividual, o patrimônio público se conservaria como uma referência concreta, cuja lesão seria de fácil aferição, evitando, afinal, sua desmaterialização⁴⁴¹.

Referindo-se à legislação brasileira, Prado⁴⁴² parece seguir esse entendimento:

O legislador, na cunhagem dos tipos contidos na Lei 8.137/1990, tutela o Erário (patrimônio da Fazenda Pública) não no sentido simplesmente patrimonialista (ou individualista), mas sim como bem jurídico supraindividual, de cunho institucional. Tem por escopo proteger a política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades.

4.2 AS CORRENTES FUNCIONALISTAS

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 309.

SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 288-301. Assim também em: MONTE, Elio Lo. *Principios de Derecho Penal Tributario*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2006, p. 207-208; PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149.

⁴⁴¹ MONTE, Elio Lo. op. cit., p. 206.

As correntes funcionalistas, embora bastante heterogêneas entre si, apresentam um argumento em comum que as vincula, autorizando sua reunião para fins analíticos⁴⁴³. De fato, todas as teorias funcionalistas se assentam no repúdio à noção de lesão ao patrimônio, recorrendo à intensa conexão entre a tutela penal e os escopos reconhecidos modernamente aos tributos e ao sistema tributário em um Estado de Direito.

4.2.1 A ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA

O primeiro exemplo de pensamento funcionalista aplicado à matéria em questão oferecem aqueles autores que, inserindo os delitos tributários no âmbito dos delitos econômicos⁴⁴⁴, defendem a concepção da própria ordem econômica como o bem jurídico tutelado pela lei penal tributária⁴⁴⁵.

Nessa visão, confundem-se os argumentos relativos à legitimidade do direito penal tributário e do direito penal econômico, e isto independentemente de se estar a tratar de ordem econômica em sentido amplo ou estrito.

Diz-se que os Poderes Executivo e Legislativo levariam a cabo, de acordo com as necessidades apuradas na comunidade, políticas de direção da economia para as quais contribuiriam instrumentos tributários tais como impostos extrafiscais, desincentivadores de comportamentos ou de controle de índices inflacionários; incentivos e subvenções, estimulando a produção e o desenvolvimento; bem como a utilização da tributação em geral para a implementação de práticas de redistribuição de renda e assistência social.

Assim, os defensores dessa corrente partem do pressuposto de que o tributo é um importante instrumento jurídico de intervenção e conformação da realidade econômica. Argumentam que, tanto ao se observar a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços (ordem econômica em sentido

Com a mesma conclusão: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*: Parte Especial. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 526.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*: Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 221-222. Em sentido contrário: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 17-18; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios. In: *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 33, jan/jun, 1982, p. 122; DELMAS-MARTY, Mereille. *Droit Pénal des Affaires*. Paris: Thémis, 1973, p. 15.

TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de Derecho Penal Económico. Barcelona: PPU, 1993, p. 32.

amplo) quanto os meios intervencionistas do Estado na economia (ordem econômica em sentido estrito)⁴⁴⁶, a tributação avoca uma função de tamanho destaque que a sua frustração significa uma ameaça ao sistema político-econômico como um todo⁴⁴⁷. A violação do interesse público na obtenção das receitas e no respeito à distribuição da carga tributária acarretaria uma violação dos elementos integrantes da economia nacional.

Por outro lado, seguindo parâmetros semelhantes, ainda que mais restritos, alguns juristas propõem que os crimes tributários não sejam vistos como ofensas ao sistema econômico genericamente considerado, mas à ordem tributária. Isto é, uma violação do sistema fiscal⁴⁴⁸ constitucionalmente respaldado pelos princípios de justiça fiscal, progressividade e capacidade contributiva.

Por esse entendimento, as evasões fiscais atingiriam o conjunto de tributos e as normas que os regulam imbricados numa unidade racional que representaria mais do que os elementos individuais que a compõe⁴⁴⁹. O criminoso, ao privar o Estado dos recursos que lhe compete, estaria atingindo a sociedade organizada em Estado fiscal, obstaculizando a função tributária do ente estatal.

Por isso que as normas criminais envolvidas garantiriam o exato funcionamento do sistema, não apenas na sua vertente estática de arrecadação de recursos, mas também na dinâmica, de perseguição dos seus objetivos econômicos, sociais e políticos⁴⁵⁰. O sistema funcionaria na direção de um resultado único: a obtenção do máximo de receitas com o mínimo de sacrifício dos contribuintes.

O sistema tributário considerado dessa forma incorporaria, mais do que o financiamento da máquina pública e das prestações sociais que administra, também uma redistribuição de renda e um controle econômico que estariam além de interesses patrimoniais puros⁴⁵¹.

Esta divisão entre ordem ampla e estrita é bastante comum na doutrina espanhola. Por todos: BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2 ed. Madrid: Ramón Areces, 2010, p. 12-14.

TIEDEMANN, Klaus. Lecciones de Derecho Penal Económico. Barcelona: PPU, 1993, p. 40.

GARCÍA TIZÓN, Arturo. El Bien Jurídico Protegido en los delitos contra la hacienda pública. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.) *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*. Madrid: Ramón Areces, 2006, p. 169.

SOUSA, Susana Aires de. Os Crimes Fiscais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 275-276.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*. Lisboa: Universidade Católica, 2009, p. 51-52.

⁴⁵¹ SANTOS, André Teixeira dos. O Crime de Fraude Fiscal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 122-125.

No Brasil, a adesão de alguns juristas⁴⁵² a essa linha de pensamento parece ter sido incentivada pela própria nomenclatura adotada no capítulo I da Lei n° 8.137/90, que alude aos crimes contra a ordem tributária.

4.2.2 AS FUNÇÕES DO TRIBUTO

Uma outra corrente de cunho funcional é a que alega ser o objeto protegido pelos tipos penais em estudo a integração dialética das diversas funções desempenhadas pelo tributo na sociedade.

Gracia Martín, um dos expoentes dessa teoria, lança mão de um detalhado exame acerca dos termos e institutos afetos ao direito financeiro para concluir que os crimes fiscais não podem proteger o patrimônio público, já que o caráter patrimonial da ofensa não esgotaria o conteúdo do injusto.

A Fazenda, explica o autor, integra a atividade financeira do Estado. Está inserida na atuação administrativa responsável pela obtenção de recursos e a realização de gastos públicos, gozando de tripla dimensão⁴⁵³: representa, a um só tempo, a Administração Pública que desenvolve uma atividade financeira (dimensão subjetiva); a própria atividade de arrecadação de tributos e aplicação de receitas na satisfação de necessidades coletivas (dimensão funcional); e um conjunto de institutos financeiros desenhados pela lei (dimensão objetiva)⁴⁵⁴.

Segundo esse raciocínio, o bem jurídico tributário estaria contemplado na dimensão objetiva, ou seja, a finalidade de proteção de todos os tipos penais tributários convergiriam para o próprio tributo⁴⁵⁵. Enquanto instituto jurídico, o tributo não se restringiria a um bem patrimonial, sequer se confundiria com um direito econômico ou com uma prestação em dinheiro, seria, na verdade, um elemento criado pela norma para cumprir determinadas funções de interesse público⁴⁵⁶, funções estas primordiais para a sobrevivência do sistema democrático.

Por todos: FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Curso de Direito Penal Tributário Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 124.

GRACIA MARTÍN, Luis. Nuevas perspectivas del derecho penal tributario: Las "funciones del tributo" como bien jurídico. In: *Actualidad Penal*, n. 10/7, março, 1994, p. 187.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Bien jurídico, resultado y acción típica en el delito de defraudación tributaria de art.* 349 del Código penal español. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1986, p. 04-05.

⁴⁵⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. op. cit., p. 200.

Na esteira dos juristas espanhóis, arremata Afonso: "o bem jurídico dos crimes tributários parece mais relacionado não às funções atribuídas pela Ordem Tributária ao Estado como um todo ou com o patrimônio público em si, mas sim, de forma imediata, com a função que o tributo desempenha na sociedade, como

Como se vê, os adeptos dessa teoria perseguem um bem jurídico que consiga conjugar as funções financeira, social e político-econômica desempenhadas pela espécie tributária⁴⁵⁷. Os crimes fiscais garantiriam, assim, a aplicação dos tributos no sustento da máquina estatal, na redistribuição de renda e na intervenção econômica.

A partir dos argumentos expostos se percebe que o mesmo núcleo valorativo constitucional que legitima o sistema tributário também o faz em relação ao direito penal tributário 458. Este é um traço característico desta corrente de pensamento.

Reconhece-se a importância ético-social da tributação a ponto de se lembrar, como o faz Martini⁴⁵⁹, que o incremento da ameaça penal exprime a maior consciência e interesse em uma distribuição equitativa da carga tributária e que a justiça fiscal é um valor fundamental a ser perseguido pela sociedade.

Para Arroyo⁴⁶⁰, a alusão a um patrimônio, ainda que designado de coletivo, não seria capaz de justificar a criação de tipos penais autônomos, uns para os crimes contra a propriedade particular e outros para aqueles contra a propriedade pública. Dentre outras peculiaridades de cunho criminológico que afastariam os tradicionais crimes patrimoniais dos fiscais, a grande diferença estaria, justamente, nas especiais funções que os tributos desempenhariam na sociedade.

Apesar de atenta às razões que orientam o sistema tributário, a excessiva abstração do bem jurídico defendido pela posição ora analisada abre espaço a toda sorte de críticas.

Ao se relacionar o objeto de tutela com certas funções, perde-se os parâmetros palpáveis para uma aferição segura da lesão ao bem jurídico⁴⁶¹. A

instrumento primordial de receita para a consecução dos objetivos do Estado no planejamento e consecução de políticas públicas, notadamente na promoção e proteção dos direitos humanos fundamentais e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, centro axiológico da Constituição." AFONSO, Thadeu José Piragibe. O Direito Penal Tributário e os Instrumentos de Política Criminal Fiscal. 2011. Dissertação de mestrado - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 94.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Bien jurídico, resultado y acción típica en el delito de defraudación tributaria de art.* 349 del Código penal español. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1986, p.52; GRACIA MARTÍN, Luis. Nuevas perspectivas del derecho penal tributario: Las "funciones del tributo" como bien jurídico. In: *Actualidad Penal*, n. 10/7, março, 1994, p. 203-207.

DIAS, Fábio Freitas. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias: Uma análise á luz da concepção de Estado social e democrático de direito. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.) *Direito Penal Secundário*. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140

MARTINI, Adriano. Reati in materia di finanze e tributi. In: GROSSO, C.F.; PADOVANI, T.; PAGLIARO, A. (Dir.) *Trattato di Diritto Penale*: Parte Speciale. Milano: Giuffrè, v. XVII, 2010, p. 95.

ARROYO, Luis. *Delitos contra la Hacienda Publica en matéria de subvenciones*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, p. 92-93.

⁴⁶¹ SOUSA, Susana Aires de. Os Crimes Fiscais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 285.

consideração única de fatores teleológicos dilui a necessária concretude do objeto de tutela, tornando-o intangível e útil apenas como instrumento de interpretação da norma⁴⁶²

É dizer: dificilmente seria possível comprovar que uma conduta individual se apresentaria determinante para atingir a política econômica estatal, a capacidade financeira do Estado, ou mesmo o planejamento de redistribuição de rendas através da carga fiscal. Aceitar que todas as condutas sejam de antemão lesivas neste tanto retiraria do bem jurídico seu caráter crítico e limitador do poder punitivo, reduzindo os comportamentos criminosos a simples desobediências.

O mérito da teoria fica no realce das múltiplas implicações relacionadas às fraudes fiscais, sendo certo que as funções apontadas, e certamente os valores constitucionais que lhes prestam suporte, são elementos imprescindíveis para se aferir a ratio legis e a legitimidade das normas penais neste âmbito463. Até mesmo porque, como afirma Moccia⁴⁶⁴, o bem jurídico não se esgota em um existir, mas deve permitir a seu titular concretas possibilidades de realização das finalidades eleitas. No caso, conhecer estas finalidades é um passo importante para se distinguir o objeto que conduz ao seu cumprimento.

4.3 A TEORIA ECLÉTICA

Decorrente das novas perspectivas patrimonialistas, uma das teorias que vem angariando prestígio nas últimas décadas, até mesmo pela coerência e consistência de seus fundamentos, tem sido aquela que defende uma conciliação dos aspectos sociais e econômicos da questão ora abordada. Procurando reunir, a um só tempo, as principais vantagens das teorias patrimonialistas e funcionalistas, a chamada teoria eclética ou pluriofensiva 465 propõe a divisão entre um bem jurídico imediato e outro mediato.

464 Ibidem, p. 125.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria (Org.) Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, p. 121.

⁴⁶³ Ibidem, p. 118.

Esta é a terminologia empregada por alguns autores, como Monte: MONTE, Mário Ferreira. Da legitimação do direito penal tributário. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 231.

De um lado, o cumprimento das funções desempenhadas pelo tributo na sociedade⁴⁶⁶, bem como todo o respaldo valorativo-constitucional do sistema tributário, serviriam como razões a legitimar a intervenção penal em matéria tributária e orientar teleologicamente a construção e a interpretação dos tipos penais.

As funções sociais dos tributos configurariam, assim, o bem jurídico imaterial que as condutas de evasão fiscal viriam se referir apenas mediatamente, de forma reflexa⁴⁶⁷, algo como a *ratio legis* da lei incriminadora.

De viés abstrato e intangível, o bem mediato não seria capaz de servir ao juízo de lesividade, mas apenas ao discurso de legitimação ou deslegitimação das normas⁴⁶⁸. Qualquer perturbação relevante ou mesmo eventual destruição deste elemento dependeria de uma cumulação substancial de condutas delitivas⁴⁶⁹.

Por outro lado, de maneira mais concreta, estaria colocado o patrimônio público como o bem jurídico imediato⁴⁷⁰, técnico, um objeto de proteção apreensível e que já permitiria falar em lesividade. Este patrimônio público, de viés supraindividual, assumiria o papel de referência para a aferição da tipicidade e antijuridicidade da conduta criminosa, de modo que uma única conduta de sonegação fosse idônea para lhe causar uma efetiva lesão. O patrimônio funcionaria como um bem concreto representativo⁴⁷¹ de um bem abstrato.

Procurando esmiuçar um pouco mais o pensamento, Martínez-Buján Pérez⁴⁷² propõe uma precisão quanto à dimensão do patrimônio público atingido pelo delito

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2 ed. Madrid: Editorial Ramón Areces, 2010. p. 45.

Martínez Perez prefere falar em a ordem econômica: MARTÍNEZ PEREZ, Carlos. *El delito fiscal*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1982, p. 210-211.

Conforme acentua Martínez-Buján Pérez, recordando a doutrina de Cobo e Vives: "las razones motivadoras de la incriminación de una conducta tenidas en cuenta por el legislador, así como las finalidades político-criminales perseguidas con ella, podrán certamente encontrarse tras el bien jurídico e incluso conferirle sus últimas precisiones, pero no deben ser confundidas con éste; és más, la ratio legis puede verse ya satisfecha desde la previsión legislativa, mientras que el bien jurídico tecnicamente tutelado siempre ha de resultar lesionado o puesto en peligro por la realización del delito." MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte General. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 159.

Nesse sentido: BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Económico. 2 ed. Madrid: Editorial Ramón Areces, 2010, p. 43. No Brasil, adotando esta mesma postura: RIOS, Rodrigo Sánchez. O Crime Fiscal. Porto Alegre: SafE, 1998, p. 50. Acrescendo ao patrimônio também os deveres de colaboração do contribuinte perante o Fisco: MONTE, Mário Ferreira. Da legitimação do direito penal tributário. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 257.

Expressão que Martínez-Buján Pérez lhe conferiu: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributária. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVIII, a, 1995, p. 163.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*: Parte Especial. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 528.

fiscal. Segundo o autor, o bem jurídico imediato se concretiza especificamente no interesse fazendário na fase de liquidação dos tributos.

Explicam Boix Reig e Mira Benavent⁴⁷³ que essa separação funcional pode ser observada no contraste entre a estrutura patrimonialista dos tipos penais formulados, centrados no dano causado à Fazenda, e o conteúdo econômicocoletivo que inspira os legisladores⁴⁷⁴, a intenção legítima de preservação da ordem econômica e da efetividade da política tributária.

4.4 OS DEVERES DE COLABORAÇÃO E A CONFIANÇA FISCAL

Difundida principalmente entre os professores lusitanos⁴⁷⁵, esta corrente sustenta que o crime de fraude fiscal especificamente seria estruturado como delito de resultado cortado, ou seja, pautado pelo desvalor da ação⁴⁷⁶. É dizer: o fato de as receitas tributárias serem desviadas de seu destino natural integraria o tipo subjetivo daquele crime, embora não fosse necessário à consumação da infração⁴⁷⁷. Esta se esgotaria na violação da confiança no cumprimento dos deveres acessórios de cooperação⁴⁷⁸ imputáveis a todo e qualquer sujeito passivo tributário.

Com essa postura são colocados em meio aos delitos tributários também aqueles de ordem contábil, afetos a falhas na escrituração de livros e documentos fiscais a despeito de não acarretarem efetivos danos ao Erário.

474

BOIX REIG, Javier; MIRA BENAVENT, Javier. Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridade social. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 25.

Ibidem, p. 30-31.

Decerto, importante dizer que a vinculação entre a dita postura e a doutrina portuguesa não é uma mera coincidência. Advém diretamente da estrutura típica adotada pela norma penal vigente naquele país, na qual a lesão efetiva ao patrimônio público está excluída dos elementos objetivos do tipo. Confira-se, nesse sentido, o número 1, do artigo 103°, da Lei nº 15/2001 (Regime Geral das Infracções Tributárias - RGIT): "1 - Constituem fraude fiscal, punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias, as condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias.

POMBO, Nuno. A Fraude Fiscal. Coimbra: Almedina, 2007, p. 281.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. O crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português. In: SOUSA, Alfredo José de et al. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, v. 2, p. 425.

Dentro dessa mesma perspectiva, dividem-se aqueles satisfeitos com o descumprimento de obrigações gerais de informação, e aqueles que exigem o apontamento dos deveres específicos de lealdade, verdade, boa fé e obediência violados pelo comportamento do agente. Na primeira linha: POMBO, Nuno. A Fraude Fiscal: A norma incriminadora, a simulação e outras reflexões. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 284-285. Na segunda: SOUSA, Alfredo José de. Direito penal fiscal – Uma prospectiva. In: SOUSA, Alfredo José de et al. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, v. 2, p. 169.

Enfatiza-se a tendência das práticas administrativas de apuração e cobrança que, nas últimas décadas, principalmente em países europeus, mas também no Brasil, vêm ampliando os poderes de investigação dos órgãos fiscalizadores e intensificando os deveres de colaboração do contribuinte⁴⁷⁹, instado a autoliquidar suas obrigações, a manter escriturações, preencher formulários comprobatórios específicos e, principalmente, a informar tudo o quanto lhe for solicitado pelos agentes do Estado.

Na visão dos aludidos autores, o que se pretende com a criminalização da sonegação fiscal seria, ao fim e ao cabo, sinalizar aos contribuintes o valor depositado na atitude de cooperação com as autoridades fazendárias.

Ao se atribuir aos administrados obrigações próprias dos agentes públicos, o Estado estaria firmando com os cidadãos um vínculo de confiança cuja quebra, pelas repercussões nefastas que poderia produzir, terminaria por justificar eticamente⁴⁸⁰ uma reação exemplar de intuitos preventivos.

Põe-se em relevo que só através da boa fé e da obediência dos sujeitos passivos se pode evidenciar a capacidade contributiva⁴⁸¹ de cada um e se concretizar os ideais de igualdade e justiça tributárias.

Abraçando um entendimento mais sofisticado. Costa Andrade⁴⁸² vê nos deveres de verdade e transparência fiscais bens jurídicos merecedores de tutela penal, contudo, de forma intermediária, como mecanismo de antecipação da tutela devida ao patrimônio da Fazenda Pública.

Na visão do autor, as lesões à verdade ou transparência configuram a forma mais drástica de atentado contra o património fiscal. O bem jurídico imediato não deixaria de ser uma representação inequívoca do mediato, embora com dignidade autônoma. No Brasil, Lovatto 483 parece acompanhar este entendimento.

De fato, não se pode negar que o crime fiscal depende da existência de uma relação entre o contribuinte e o ente tributante estabelecida sobre bases que vão muito além das obrigações de pagamento do tributo devido, englobando uma série

⁴⁷⁹ GERSÃO, Eliana. Revisão do sistema jurídico relativo à infração fiscal. In: SOUSA, Alfredo José de et al. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Problemas Especiais. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 97.

SOUSA, Alfredo José de. op. cit., p. 169.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 170.

ANDRADE, Manuel da Costa. A Fraude Fiscal – Dez anos depois, ainda um "crime de resultado cortado"? In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, v. 3, p. 270-271.

LOVATTO, Alecio Adão. Crimes Tributários. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 96.

de deveres acessórios destinados a tornar a prestação principal efetiva. Tais deveres de colaboração instituídos em normas extrapenais são, em geral, essenciais à verificação da tipicidade da conduta⁴⁸⁴.

Todavia, ainda que assim seja, não há razão para se colocar tais deveres no centro da questão, negligenciando a obrigação principal ao redor da qual gravitam todos os demais deveres acessórios tributários⁴⁸⁵.

Ademais, não se pode dizer que a mera violação de deveres administrativos, por si só, seja capaz de justificar a criminalização da evasão fiscal⁴⁸⁶. Parece claro que uma afirmação dessas se contenta com a reação penal à lesão de deveres⁴⁸⁷, isto é, adota uma premissa teórica diversa da proteção de bens jurídicos.

4.5 A POSIÇÃO ADOTADA

Não se pode negar que cada uma das complexas construções citadas até aqui guarda vantagens e desvantagens. Contudo, todas direcionam suas atenções para apenas um dos lados da questão, ora concentrando-se no desfalque aos cofres públicos, ora ressaltando a violação fraudulenta de deveres específicos que não deixam de comprometer o escorreito funcionamento de determinada ordem ou instituição.

Por um lado, é preciso reconhecer que aquelas teorias que privilegiam uma visão patrimonialista se preocupam, não sem razão, com a definição de um bem jurídico concreto e palpável, cuja simplicidade em muito poderia contribuir para a compreensão do alcance do tipo penal tributário.

Por outro, é certo que as correntes funcionalistas alertam para o fato de que o conteúdo do injusto não se esgota no mero inadimplemento. Exige, isto sim, um comportamento ofensivo ao sistema tributário organizado e orientado pelo Estado

MONTE, Mário Ferreira. *Da legitimação do direito penal tributário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 218.

Como salienta Martínez Perez: "No se puede aceptar la preterición de la obligación del pago del tributo cuando, conforme al Derecho tributário, esta obligación es el núcleo essencial de todas cuantas obligaciones se insertan en la compleja relación jurídico-tributaria." MARTÍNEZ PEREZ, Carlos. El delito fiscal. Madrid: Montecorvo, 1982, p. 201.

Relacionando este pensamento à legitimação de uma hipótese de prisão por dívidas civis: GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *Los Delitos Fiscales*. México: Pereznieto Editores, 1995, p. 31.

MONTE, Mário Ferreira. op. cit., p. 220. Afirmando a incompatibilidade entre o crime baseado em violação de deveres de lealdade e o Estado Democrático de Direito: BOIX REIG, Javier; MIRA BENAVENT, Javier. Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridade social. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 26.

para a consecução de fins vários que não se resumem ao interesse arrecadatório do Fisco.

Esse suposto paradoxo decorre em muito da natureza e importância que assume a tributação na sociedade moderna. O tributo se tornou, de fato, um instituto jurídico de múltiplas funções, instrumento imprescindível à dinâmica dos governos democráticos. E isto, justamente, sob dois aspectos principais que ajudam a explicar a divergência apontada pela doutrina.

No primeiro deles, vê-se que as receitas derivadas, fruto da tributação imposta à economia privada em geral, são hoje a principal fonte de sustento do Estado, garantindo o funcionamento da estrutura de governo e permitindo que esta cumpra suas atribuições constitucionais (aspecto estático). No segundo, não tanto os ingressos auferidos, mas o próprio arranjo das normas tributárias proporciona mecanismos únicos de intervenção, estabilização e regulação econômico-social (aspecto dinâmico)⁴⁸⁸.

De uma maneira geral, pode-se falar que até um mesmo imposto pode incorporar ambas as finalidades, fiscais e extrafiscais, razão pela qual não é prudente segregá-las ou preterir uma face à outra. Somente a consideração conjunta dos dois aspectos da tributação permite uma compreensão satisfatória do fenômeno tributário, o que deve estar devidamente representado no objeto de tutela dos crimes fiscais.

Sob a perspectiva patrimonial, o tributo se erige em um meio que permite a realização de um fim, isto é, vale pelo seu produto. O dinheiro arrecadado garante a cobertura, geral ou específica a depender da espécie tributária que se trate, das despesas estatais.

Os recursos obtidos junto à economia privada permitem ao Estado subsistir e atuar. Desse primeiro ponto se depreende o dever de cada cidadão de contribuir para preservação. O dever fundamental de pagar impostos⁴⁸⁹ constitui um pressuposto de existência e funcionamento do Estado, quanto mais quando este se apresenta indispensável ao reconhecimento e à efetivação dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

No mesmo sentido: SILVA, Germano Marques da. Direito Penal Tributário. Lisboa: Universidade Católica, 2009, p. 51-52.

NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 59.

Isto é, não custa lembrar que toda esta atuação que se espera e exige do Estado é naturalmente condicionada às contingências de recursos econômico-financeiros captados junto à população civil. Como ressaltam Holmes e Sustein⁴⁹⁰, o dispêndio de verbas existe tanto no campo dos direitos fundamentais positivos, que importam em prestações públicas diretas, quanto no dos chamados negativos, que exigem, em tese, tão-somente uma abstenção do Estado em relação às esferas de liberdade do indivíduo.

Realmente, todos os direitos, desde o de receber educação básica ou um tratamento de saúde, ao de usufruir de uma propriedade ou de uma situação de segurança, reclamam, em algum grau, uma resposta afirmativa do aparelho estatal e, por isso, demandam dinheiro.

A primeira razão de ser da intervenção penal nesta seara está na garantia dos ingressos tributários necessários à manutenção do próprio Estado, designado a garantir aos homens o mais pleno gozo de seus direitos fundamentais. Em síntese, proteger a capacidade econômica pública em um contexto de Estado Social e Democrático de Direito representa preservar o poder de ingerência do governo eleito na realidade social, sempre em busca dos objetivos traçados em sua Carta Política.

Ocorre que não se deve interromper o raciocínio por aqui. O valor que a prestação tributária assume na sociedade vai muito além dos meios pecuniários que proporciona.

A ideia clássica de que ao tributo competiria apenas um papel exclusivamente fiscal tem por pressuposto a inércia do Estado no campo econômico⁴⁹¹, o que não corresponde ao estágio atual da disciplina financeira. Por certo, a criação ou majoração de impostos e contribuições, assim como a instituição de benefícios fiscais, integram formas de condução macroeconômica de suma importância para a sociedade como um todo. Possibilitam, ao menos potencialmente, a estabilidade e a orientação econômica segundo as diretrizes designadas pelo governo e os ditames e limites previstos em lei ou na própria Constituição Federal.

Soa claro que, a depender dos objetivos perseguidos pelo Estado, e o Brasil tem dado exemplos recentes disto, consegue-se controlar a variação de índices inflacionários através de mudanças na legislação da CIDE incidente sobre os

[&]quot;all legally enforced rights are necessarily positive rights." HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights.* New York-London: W.W.Norton & Company, 1999, p. 43-44.

⁹¹ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 227.

combustíveis; incentivar a criação de empregos por meio da desoneração da folha de pagamentos das pessoas jurídicas; estimular o comércio com a redução das alíquotas do IPI, repassando aos consumidores os descontos nos preços de automóveis ou eletrodomésticos; ou ainda desestimular a especulação imobiliária através da instituição da alíquota de IPTU progressiva no tempo prevista no art. 182, § 4º, II, da CRFB.

Até as disposições geográficas de indústrias, e com ela as fronteiras nacionais da produção, podem sofrer influência direta de benefícios fiscais oferecidos por estados e municípios, como a instituição de diferimento de ICMS ou ISS sobre as operações realizadas pelos estabelecimentos que ali se fixarem.

Noutro giro, insistindo em uma abordagem ilustrativa, quando o interesse político passa a ser a proteção da produção agrícola ou industrial em âmbito nacional e o incremento das exportações, é possível obter resultados bastante expressivos com a majoração dos impostos aduaneiros presentes na importação de mercadorias e a redução daqueles que poderiam onerar as exportações (II e IE, por exemplo).

Fugindo ao campo estritamente econômico, a participação conformadora do Estado se mostra presente, igualmente, no plano social⁴⁹². O respeito à capacidade contributiva do sujeito passivo (art. 145, § 2º, da CRFB); o estabelecimento de alíquotas progressivas conforme os rendimentos pessoais e o reconhecimento de benefícios individuais para situações de vulnerabilidade do contribuinte são símbolos do intuito público de redistribuição de renda e de tratamento isonômico aos contribuintes. Aqui a ordenação dos elementos componentes do sistema tributário nacional se prestam a viabilizar a execução de políticas sociais.

Na verdade, ao se exigir no Estado Social de Direito a melhoria da realidade socioeconômica em prol de uma comunidade livre, justa e solidária, também se está a dizer que o próprio sistema fiscal há de buscar a repartição de riquezas e ônus através do fomento e da regulação das instituições e atividades privadas⁴⁹³. Em uma

De forma bem desenvolvida em: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*: Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 2, p. 288 et seq.

Conforme o conceitua Nabais: "A extrafiscalidade traduz-se no conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados económicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas. [...] estão dominadas pelo intuito de actuar directamente sobre os comportamentos económicos e sociais dos seus destinatários, desincentivando-os, neutralizando-os nos seus efeitos económicos e sociais ou fomentando-os [...]".NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 244.

palavra, nenhum tributo é tão-somente fiscal⁴⁹⁴. A sua fiscalidade inerente vem sempre acompanhada de algum impacto extrafiscal⁴⁹⁵.

Definitivamente, os dois aspectos desenhados acima, o estático e o dinâmico, evidenciam as funções desempenhadas pela tributação. São argumentos preciosos para se aferir a legitimidade da intervenção penal, a relevância dos institutos jurídicos envolvidos, e bem demonstram as metas maiores que podem ser alcançadas com a preservação de uma dada política fiscal respeitadora de suas balizas constitucionais.

Além de garantia do aporte material necessário à existência do Estado, e todo o grupo impressionante de normas que poderiam justificá-la, a tributação compõe um mecanismo concreto de atuação. Mais do que permitir o desempenho de funções sociais, o tributo exerce, ele mesmo, uma importante atribuição, é para o Estado um instrumento de governo, não apenas de sobrevivência.

Como restou dito nos tópicos anteriores, essas funções desempenhadas pela tributação e as finalidades que persegue se prestam a inspirar o legislador penal, concentram a ratio legis da norma incriminadora da evasão fiscal e contribuem para a interpretação do tipo, mas não ostentam as características e nem apresentam elementos concretos suficientes a lhes dar uma feição de bem jurídico penal.

Apesar desse primeiro entendimento não contrariar a proposta de Martínez-Buján Pérez, prefere-se falar em ratio legis no lugar de bens jurídicos mediatos ou imateriais da lei penal tributária. A divisão do bem jurídico sugerida pelo autor, entre um imediato ou técnico e outro mediato, mais confunde que explica⁴⁹⁶, já que nunca teve a real pretensão de classificar a fraude fiscal como um crime pluriofensivo⁴⁹⁷.

O bem jurídico há de ser, justamente, o elemento que permite o cumprimento daquelas funções, tanto a fiscal como a extrafiscal. A condição concreta sem a qual

⁴⁹⁴ NABAIS, José Casalta. Direito Fiscal. 3 ed. Coimbra: Almedina, p. 420.

NABAIS, José Casalta. op. cit., p. 629.

Reformula-se aqui parte das opiniões registradas em trabalho anterior, já publicado: RODRIGUES, Savio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.) Inovações no Direito Penal Econômico. Brasília: ESMPU, 2011, p. 352. Preferiu-se abandonar a divisão em bens mediatos e imediatos, haja vista se ter com ela mais desvantagens que vantagens.

Martínez-Buján Pérez alerta ser esta designação imprópria, muito embora tenha ele mesmo a usado anteriormente, quando mereceu as críticas de Gracia Martín. Logo reconheceu o autor que não há, no caso, uma pluriofensividade, já que se trata de apenas um bem jurídico em sentido técnico. Para uma análise em ordem cronológica da discussão gerada pelo equívoco: MARTÍNEZ PEREZ, Carlos. El delito fiscal. Madrid: Editorial Montecorvo, 1982, p. 209; GRACIA MARTÍN, Luis. Nuevas perspectivas del derecho penal tributario. Las "funciones del tributo" como bien jurídico. In: Actualidad Penal, n. 10/7, março, 1994, p. 190, nota 34; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributária. In: Estudios Penales y Criminológicos, n. XVIII, a, 1995, p. 143-150.

resta ameaçado o exercício das políticas fiscais, econômicas e sociais instituídas pelos governantes democraticamente eleitos para ocupar as instâncias dos Poderes Legislativo e Executivo.

O único dado real que sintetiza os requisitos necessários é o próprio sistema tributário, mais especificamente o processo de arrecadação fiscal definido legal e constitucionalmente⁴⁹⁸.

O sistema a que se alude é composto por uma rede normativa que cria e dá unidade a certos institutos jurídicos específicos. A tributação em si corresponde a uma realidade instrumental imprescindível à sobrevivência do homem em sociedade. A própria conformação da sociedade atual faz da tributação um instrumento imprescindível a ponto merecer tratamento constitucional expresso.

Ou seja, atendendo às suas funções constitucionais e legais, o sistema tributário acaba por se respaldar em princípios fundamentais passíveis de ponderação em face das liberdades individuais e que, diante de determinadas circunstâncias fáticas que lhe comprometam as propriedades, possam justificar o recurso à reação penal.

Visto dessa forma, mais do que o conjunto de receitas, o aludido interesse também envolve a preservação de uma capacidade de intervenção econômica estatal, mostrando-se concreto o suficiente para sofrer um dano aferível. Trata-se de interesse público na estabilidade do sistema tributário.

Para demonstrar melhor o pensamento, basta imaginar uma fraude perpetrada por um dirigente de uma sociedade empresária com o intuito de reduzir o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidente na circulação de bebidas alcoólicas ou cigarros. Sabendo-se da seletividade que marca este imposto federal (art. 153, § 3º, I, da CRFB), logo se percebe que aquele comportamento delitivo não afetaria tão-somente o patrimônio público. Não se pode dizer que a incriminação, no caso, se resumiria à proteção da receita pública, mas sim que a garantia do sistema tributário que confere ao IPI uma participação ativa no desestímulo de determinadas condutas praticadas na comunidade.

Em resumo, o sistema tributário contempla a correta arrecadação para que se evite o prejuízo ao Fisco em ofensa a justa distribuição dos ônus sociais e à direção

10

SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. Criminalidade Fiscal e Colarinho Branco: A fuga ao Fisco é exclusividade do White-Collar? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.) Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1200.

econômica implementada pelo Estado. O bem jurídico tributário não pode descurar, como bem ressaltam Salomão e Dias⁴⁹⁹, da função do tributo como um meio moderno de intervenção estatal na economia e de conformação do mercado a certos parâmetros constitucionais.

O processo de arrecadação tributária, entendido como instrumento de formação de receita pública e de implemento das metas socioeconômicas definidas na Constituição, representa um valor transindividual apto a ser tutelado penalmente. Isto é, a tipificação da evasão tributária só adquire legitimidade constitucional enquanto protetiva do sistema tributário, bem jurídico coletivo imprescindível à garantia de direitos fundamentais dos cidadãos⁵⁰⁰.

Considerando-se que a inadimplência fiscal em si não é criminalizada, e que o expediente fraudulento é inerente aos tipos penais de sonegação (art. 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90; art. 337-A, do CP), tem-se de reconhecer que o fator nocivo capaz de tornar um comportamento punível fica por conta da privação da Administração Pública não do exato montante que deveria ter sido recolhido, vez que há outros meios legais para reivindicar e executar seu crédito, mas sim da estabilidade de seu sistema de arrecadação e conformação econômica.

Os próprios crimes de facilitação de descaminho (art. 318 do CP) e aqueles funcionais descritos no artigo 3º da Lei nº 8.137/90, não deixam de desestabilizar o sistema, invertendo ou desviando os objetivos perseguidos pela política fiscal do Estado.

Esses são crimes que, em certos casos, podem gerar até uma maior arrecadação para o ente público, lesando não apenas o contribuinte em questão como também o sistema de repartição dos ônus sociais, inclusive com a degradação da confiança da população em seu funcionamento. Pode ser que nem gerem

SALOMÃO, Heloisa Estellita. A Tutela Penal e as Obrigações Tributárias na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 184; DIAS, Fábio Freitas. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias. Uma análise à luz da concepção de Estado social e democrático de direito. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.) Direito Penal Secundário. Escritos em Homenagem à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 138-143.

Como destaca Rodrigues: "É sabido que ao Estado hoje cabe assegurar ao cidadão não só a liberdade de ser como a liberdade para o ser. E a satisfação de prestações necessárias à existência do indivíduo em sociedade deve ser garantida pelo Estado ao mesmo nível que a proteção dos seus direitos fundamentais, quando estiver em causa a lesão ou perigo de lesão dos interesses ou valores ai contidos — o que vale por dizer, ao nível penal." RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: SOUSA, Alfredo José de et al. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, v. 2, p. 481-482.

resultados econômicos, seja em benefício seja em prejuízo do patrimônio público, como é o caso da advocacia administrativa tributária (art. 3º, III, da Lei nº 8.137/90).

É bom lembrar que o dever fundamental que alcança o contribuinte ostenta sede constitucional e caráter fundamental. Não é mera sujeição à discricionariedade dos governantes ou às maiorias parlamentares eventuais. Havendo, a qualquer tempo, discordância por parte do sujeito passivo quanto à determinada exação do Fisco, livres estão as vias de discussão, tanto administrativa⁵⁰¹ quanto judicial⁵⁰².

A proposta resiste, ainda, à crítica de que se perderia em uma excessiva abstração, a ponto de retirar do bem jurídico um grau de substância mínimo a permitir a verificação de sua efetiva lesão ou exposição a perigo. Veja-se que não se deve exigir a destruição definitiva do bem jurídico para que se confirme uma ofensa, do mesmo modo que a pujança financeira de uma dada pessoa não retira o caráter ilícito do furto contra ela cometido.

Isto é, nos crimes contra a ordem tributária, a fuga dolosa e fraudulenta à obrigação *ex lege* originada a partir da verificação do fato gerador já é em si ofensiva, a lesão existe e é real. O abalo ao sistema tributário é direto e independe, ao menos assim haveria de ser, de um prejuízo patrimonial.

Em todo o caso, a refutação não é impossível. Basta perceber que, para ocorrer uma ofensa ao sistema, é imprescindível a confluência de diversos fatores: a verificação fática da hipótese de incidência; a validade e eficácia da norma tributária e da obrigação decorrente; o surgimento do especial dever de recolher o tributo; o elemento subjetivo do agente; a fraude ou qualquer outro meio capaz de ludibriar, induzir a erro a fiscalização; e a inexistência de contestação à obrigação tal qual apurada pelo Fisco. Vindo a faltar qualquer destes requisitos, não se poderá sustentar ter havido uma vulneração efetiva do bem jurídico.

Dissente-se, assim, da tese defendida por alguns doutrinadores brasileiros segundo a qual a referida ordem tributária protegida na criminalização tributária se resumiria à proteção da arrecadação fiscal, ou do patrimônio estatal⁵⁰³. Os tributos

Com a instauração do procedimento administrativo fiscal, contencioso ou consultivo, disciplinado na esfera federal pelo Decreto nº 70.235/72, que conta, inclusive, com órgãos paritários, compostos por particulares, indicados pelas entidades representativas dos setores econômicos, e auditores fiscais que, via de regra, não possuem funções de lançamento.

Por meio das ações tributárias, como a ação anulatória, a repetitória, a declaratória, os embargos à execução e também o remédio constitucional do mandado de segurança.

No mesmo sentido milita Panoeiro: PANOEIRO, José Maria de Castro. As controvérsias da Lei nº 8.137/1990 (sonegação fiscal) e suas repercussões econômico-criminais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.) *Inovações no Direito Penal Econômico*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 307.

não são a única fonte de receitas do Estado, nem o patrimônio público se restringe a tais receitas⁵⁰⁴. Como visto, atribui-se ao bem jurídico em questão um alcance maior e mais relevante, que ultrapassa o mero patrimonialismo para deitar raízes na garantia de direitos e deveres constitucionais fundamentais dos indivíduos.

A consideração única do interesse fiscal tende a subordinar a este o instrumento penal. Se o interesse do Fisco se concentra na obtenção máxima de receitas, em critérios de eficiência, o mesmo não acontece com o direito penal. A pena não pode nem deve estar dirigida ao interesse exclusivamente fiscal, mas à garantia da estabilidade do sistema.

A tipificação da sonegação só adquire legitimidade constitucional enquanto protetiva do sistema tributário como um todo, bem jurídico coletivo imprescindível à garantia de direitos fundamentais dos cidadãos⁵⁰⁵.

Avançando, portanto, um pouco mais, e passando especificamente à legitimidade do bem jurídico proposto diante do ordenamento brasileiro, vê-se que o sistema tributário tem sua base na Carta Constitucional (Capítulo I, Título VI), contando ainda com regulamentações ordinárias e complementares.

Assim, a dignidade penal do sistema se funda em princípios expressos e implícitos que lhe conferem um semblante de imprescindibilidade, uma relevância capaz de torná-lo essencial à garantia e à promoção dos direitos fundamentais de cada um dos cidadãos brasileiros. Três são os postulados maiores que lhe conferem tal suporte⁵⁰⁶: a dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB); a solidariedade social (art. 3º, I, da CRFB); e a isonomia (art. 5º, *caput*; e art. 150, II, ambos da CRFB), sendo certo que todos se desdobram em princípios específicos da ordem tributária e econômica.

A proteção da dignidade humana no campo econômico importa a adoção de políticas destinadas à erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e

SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. Criminalidade Fiscal e Colarinho Branco: A fuga ao Fisco é exclusividade do White-Collar? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.) Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1200.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: SOUSA, Alfredo José de et al. *Direito Penal Económico e Europeu*: Textos Doutrinários. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, v. 2, p. 481. Com propriedade, prossegue a jurista: "É sabido que ao Estado hoje cabe assegurar ao cidadão não só a liberdade de ser como a liberdade para o ser. E a satisfação de prestações necessárias à existência do indivíduo em sociedade deve ser garantida pelo Estado ao mesmo nível que a proteção dos seus direitos fundamentais, quando estiver em causa a lesão ou perigo de lesão dos interesses ou valores ai contidos – o que vale por dizer, ao nível penal."

Em uma abordagem mais sucinta: RODRIGUES, Savio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.) *Inovações no Direito Penal Econômico*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 356-362.

regionais (art. 3°, III; e art. 170, VII, ambos da CRFB), bem como daquelas voltadas ao desenvolvimento equilibrado da nação (art. 3°, II; e art. 192, ambos da CRFB).

Isso porque o desenvolvimento econômico procura, ao fim e ao cabo, a evolução das condições de vida de todos os membros da comunidade⁵⁰⁷, não havendo dúvidas de que o instrumento do tributo assume papel essencial nesse desiderato, seja permitindo os investimentos públicos diretos, seja estimulando a produção e comercialização de bens e serviços por meio de benefícios fiscais.

Por outro lado, e talvez ainda mais importante, o princípio da dignidade humana remete igualmente ao princípio da solidariedade social. Como já se teve a oportunidade de sublinhar, em uma estrutura de Estado Fiscal, como ocorre no Brasil, o principal aporte financeiro do Estado advém da captação compulsória de recursos junto aos integrantes da sociedade.

Ora, o sustento da máquina estatal está intimamente ligado ao cumprimento das funções desta, notadamente a garantia das liberdades e direitos individuais, assim como a promoção de direitos sociais fundamentais⁵⁰⁸. Veja-se neste sentido a educação e a seguridade social (art. 6º, 167, XI, 194 e 195, todos da CRFB). Quanto à seguridade social essa relação é ainda mais evidente, haja vista a previsão constitucional do sistema contributivo e solidário.

Percebe-se que a assunção de compromissos desta índole implica, inevitavelmente, gastos públicos, cabendo a toda sociedade arcar com tais ônus, contribuindo conforme as forças de seu patrimônio.

Para Prado, o Estado Social e Democrático de Direito se caracteriza, justamente, por integrar os direitos e garantias individuais, que visam à proteção da autonomia, com os direitos sociais, que têm por fim alterar as condições materiais de vida das pessoas. Seriam articuladas a igualdade jurídica com a igualdade social e, da mesma forma, a segurança jurídica com a segurança social, estabelecendo-se a recíproca dependência entre liberalismo político e democracia⁵⁰⁹.

Como é cediço, os direitos fundamentais, dentro de suas múltiplas dimensões, apresentam três vertentes reconhecidas: direitos de defesa, direitos de

FISCHER, Douglas. *Delinqüência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 124-128.

Assim também em: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1367.

⁵⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

prestação e direitos de participação⁵¹⁰. Em todas elas, o centro é a realização da pessoa em um ambiente de convívio social, cuja harmonia fica a cargo do Estado, nos limites das dotações orçamentárias disponíveis.

Os impostos e contribuições quando informados pelos princípios da universalidade, da capacidade contributiva e da progressividade — como sói acontecer com o principal imposto federal, o Imposto sobre a Renda e os Proventos de Qualquer Natureza — art. 145, § 1º, combinado com o art. 153, III, e § 2º, todos da CRFB — são os principais meios para a efetivação da melhor redistribuição de renda dentre os indivíduos da sociedade, eis que os mais abastados, que tiveram acesso às melhores oportunidades oferecidas pela comunidade, tendem a ser os que mais contribuem para o patrimônio coletivo, enquanto que os mais vulneráveis são, naturalmente, aqueles que mais dependem dos serviços e programas públicos de assistência.

Com propriedade sintetiza Prado:

A tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza supraindividual, de cariz institucional, do bem jurídico, em razão de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender as necessidades sociais. Tal assertiva é corroborada pela proteção constitucional conferida à ordem econômica (art. 170 da CF). Desse modo, a ordem tributária e os seus princípios encontram-se consagrados no Título VI (Da Tributação e do Orçamento), Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional), Seção I (Dos Princípios Gerais) e Seção II (Das Limitações do Poder de Tributar), da Constituição Federal, bem como nas normas de competência tributária, a repartição de receitas tributárias e as vedações e os critérios a serem observados pelo legislador ordinário. A atividade tributária do Estado dá lugar a uma política fiscal, que é um dos instrumentos fundamentais da formulação de sua política econômica global. Isso ocorre quando se busca com os tributos uma melhor distribuição da renda nacional, mediante a progressividade da alíquota de certos impostos, bem como pela existência de incentivos fiscais, que visam a estimular o desenvolvimento de regiões ou indústrias. A legitimidade constitucional para a tutela da ordem tributária radica no fato de que todos os recursos arrecadados se destinam a assegurar finalidade inerente ao Estado democrático e social de Direito, de modo a propiciar melhores condições de vida a todos.511

Por fim, o sistema tributário nacional ainda merece tutela em razão de um imperativo de isonomia. Isso porque é evidente que a evasão acarreta um agravamento da carga fiscal, com sacrifícios significativamente acrescidos para os contribuintes que acabam por suportar não só seus impostos como também os daqueles que se furtaram a recolher os seus próprios.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255-268.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 303-306.

Faz bem lembrar que o sistema de tributação está ancorado em um jogo de resultado zero⁵¹², de alocação de receitas e distribuição de ônus, pelo que o que não é pago por uns acaba, inevitavelmente, por ser arcados pelos outros. Até mesmo porque as altas taxas de sonegação geralmente recomendam o aprimoramento da atividade fiscalizatória, o que naturalmente reclama investimentos e, com isso, ainda mais dispêndio por parte dos cofres públicos.

Para além da sobrecarga fiscal inerente à redução ilegal da arrecadação, aos infratores, quando empresários, é possível antever o aproveitamento indireto da evasão através da prática de preços fictícios, abaixo dos oferecidos no mercado, por vezes menores que o próprio custo real de produção do bem ou de prestação do serviço.

Por meio deste expediente, aufere-se vantagens ilícitas à custa de seus pares e fere-se diretamente o princípio da livre concorrência expresso no art. 170, IV, da CRFB, pilar fundamental da ordem econômica brasileira. Assim, a ação criminosa se torna nociva ao mercado, e particularmente aos empresários concorrentes que são prejudicados na medida em que cumprem com seus deveres fiscais.

Os três postulados indicados acima – dignidade humana, solidariedade social e isonomia –, quando relacionados à seara tributária, participam de uma ideia única: a existência de um verdadeiro dever fundamental de pagar tributos⁵¹³.

O tema dos deveres fundamentais há muito vem sendo relegado ao ostracismo⁵¹⁴ quando comparado com o desenvolvimento das teorias dedicadas aos

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal.* 3 ed. Coimbra: Almedina, p. 450-452.

Sobre o tema:: NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, passim. Importante salientar que autor afasta da ideia de Estado Fiscal a arrecadação proveniente de outros tributos que não os impostos, pautando-se na realidade constitucional portuguesa que não estende às taxas e contribuições os princípios gerais limitadores da tributação, uma vez em que as mesmas não estariam vinculadas ao princípio da capacidade contributiva nem ao da legalidade. No Brasil, todavia, é reconhecida a vinculação dos demais tributos àqueles princípios, existindo, inclusive, normas constitucionais próprias a cada espécie tributária, não havendo razão para se excluir do suporte financeiro do Estado as taxas, as contribuições (parafiscais e de melhoria) e os empréstimos compulsórios.

Veja-se que, ainda que ao tema não se voltem as maiores atenções doutrinárias, os deveres fundamentais não são de todo novos e não se confundem com o regime distorcido a eles conferidos pelas ditaduras fascistas, sendo possível encontrá-los de modo bastante claro, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (art. 7º, 13 e 17, referindo-se o penúltimo expressamente ao dever de custear o Estado). Os deveres fundamentais são também referidos como categorias jurídico-constitucionais na Declaração Internacional dos Direitos do Homem (art. 29/1), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (cfr. Preâmbulo), na Convenção Americana dos Direitos do Homem (art. 32/1) e na Carta Africana de Direitos do Homem (art. 29/7).

direitos fundamentais. A renúncia à sua sistematização constitucional⁵¹⁵ está longe, todavia, de representar sua rejeição.

Os deveres fundamentais decorrem de uma exigência estrutural da Constituição, transparecendo de suas normas comandos voltados ao legislador ordinário e aos próprios indivíduos⁵¹⁶.

Para Nabais, os deveres fundamentais, apesar de constituírem uma categoria constitucional autônoma, integram a disciplina dos direitos fundamentais, compondo com esta a (sub)constituição do indivíduo⁵¹⁷⁻⁵¹⁸. De fato, a noção de homem, destinatário e fim de todo o ordenamento jurídico, deve considerar ao mesmo tempo sua liberdade e sua responsabilidade, havendo que se fugir aos extremismos que só reconhecem direitos, ou mesmo que dissolvem a liberdade em um emaranhado de deveres.

Dessa forma, os deveres fundamentais, para além de constituírem o pressuposto geral da existência e funcionamento do Estado e do consequente reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais no seu conjunto, se apresentam como específicos pressupostos da proteção à vida, à liberdade e à propriedade⁵¹⁹ dos indivíduos.

⁵¹⁴

Ainda que a Constituição Federal brasileira faça alusão, no Capítulo I, Título II, a deveres individuais e coletivos, fato é que não há uma construção explícita e sistemática quanto aos deveres fundamentais na acepção adotada no texto.

NABAIS, José Casalta. O *Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 19.

[&]quot;Por outras palavras, há que se ter em conta a concepção de homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade e de responsabilidade, ou seja, uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade. [...] Com efeito, a generalidade da doutrina insiste na inserção ou integração dos deveres fundamentais na (sub)constituição do indivíduo e na sua consequente ordenação face ao valor dignidade humana, apelando-se para a íntima ligação dos deveres aos direitos fundamentais. Ligação esta assente [...] na consideração de que no estado democrático os direitos e os deveres se apresentam em larga medida como categorias inseparáveis, inseparáveis em termos da célebre fórmula de que 'não há direitos sem deveres nem deveres sem direitos' com o sentido, quanto ao primeiro vector, de que não há garantia jurídica e real dos direitos fundamentais sem o cumprimento de um mínimo de deveres do homem e do cidadão e, quanto ao segundo vector, de impedir um regime estritamente unilateral dos deveres [...] " Ibidem, p. 31 e 59.

Nas palavras de Canotilho: "O fundamento constitucional, tal como ele se recorta na Constituição de 1976, não é, em primeira linha, a necessidade de defender ideias morais ou entes metafísicos (virtude, fraternidade, povo, estado, república), mas sim a de radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito. É neste sentido que se defende serem os deveres fundamentais um 'capítulo dos próprios direitos fundamentais". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 532.

Do escopo de proteção à propriedade, ao contrário do que possa parecer, não escapa o dever fundamental de pagar impostos, haja vista ser aquela "de todo incompatível com um estado proprietário", implicando "inevitavelmente um estado fiscal", como bem destaca Nabais: NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 60.

Tratando-se o pagamento do tributo de dever fundamental inerente aos indivíduos membros de uma sociedade organizada sob a forma de Estado Social e Democrático de Direito, não é de surpreender que o seu descumprimento, quando capaz de desestabilizar o sistema segundo o qual se estrutura, possa levar ao sancionamento penal, instrumento último de proteção aos bens jurídicos mais caros aos indivíduos⁵²⁰.

Conforme já reiteradamente exposto, o direito penal tributário não deixa de ser um ramo do direito penal, devendo respeito aos pressupostos clássicos de sua dogmática, notadamente o princípio da intervenção mínima.

Em respeito ao caráter subsidiário do direito penal, exige-se que a sanção seja necessária à proteção do bem jurídico, tendo em vista que todas as outras formas de controle social, em especial as intervenções de caráter civil e administrativo, mostrem-se faticamente ineficazes⁵²¹.

Quanto a isso, fácil observar que os instrumentos civis e administrativos de solução de conflitos pouco podem fazer para garantir a estabilidade do sistema tributário.

De fato, as sanções administrativas como a aplicação de multas, a previsão de juros moratórios e compensatórios, e até as proibições de contratação com o poder público, as certidões e os cadastros de irregularidade fiscal, já não apresentam uma eficiência flagrante para impedir a simples inadimplência, que dirá a fraude.

Observe-se que as sanções pecuniárias e as indenizações, além de carecerem de poder dissuasório e preventivo próprio das penas criminais, acabam por integrar os ajustes contábeis das empresas tornando-se riscos calculáveis⁵²², podendo ser superadas sem grandes dificuldades, seja pela própria pujança financeira do infrator, seja pela integração aos insumos de seus serviços ou produtos em uma avaliação de custo/benefício capaz até de incentivar a prática dos delitos que se visa coibir, repercutindo a penalidade, enfim, no próprio consumidor.

Relacionando a legitimidade do direito penal tributário ao dever fundamental de pagar tributos também: FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 206-209.

⁵²¹ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84-89.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: *Direito Penal Económico e Europeu*: Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. 1, p. 381-393.

Nesse sentido, uma solução de natureza criminal se torna necessária. Para Fischer⁵²³, a intervenção reclamaria penas privativas de liberdade também em função de um imperativo de igualdade, já que para os delitos patrimoniais tradicionais, mais próximos de classes menos abastadas, seriam cominadas aquela espécie de pena⁵²⁴.

Segundo Figueiredo Dias, talvez bastasse às funções preventivas penais a aplicação de penas curtas e efetivas de prisão⁵²⁵. Outros já aludem às penas restritivas de direitos, inclusive no que pertine à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Seja como for, caberá ao legislador encontrar a melhor fórmula de aplicação, consoante a necessária proporcionalidade entre a conduta incriminada, seus efeitos nocivos e a pena enfim cominada.

FISCHER, Douglas. A Violação do Princípio da Proporcionalidade por Regras que Extinguem a Punibilidade em Crimes Econômico-Tributários. In: *Interesse Público*, 2004, n. 28, p. 138.

Essa mesma linha defende Figueiredo Dias: "Em todos os Estados se pressente um sentimento generalizado de injustiça estrutural, relativamente ao qual a impunidade dos delinquentes económicos ou a sua injustificada punição menor adquire acentuada ressonância simbólica; o que — diga-se de passagem — é particularmente visível nos Estados democráticos, atento o papel aí desempenhado pelos meios de (livre) comunicação social. É para inverter este estado de coisas e para obviar à generalização de atitudes de cinismo e evasão que a sociedade deve formular particularmente exigências ao seu ordenamento penal económico. Com o que, afinal, em nada se contraria, mas antes substancialmente se realiza um princípio de igualdade material entre os cidadãos." DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. 1, p. 386.

lbidem, p. 384. Salienta o penalista que não advoga o *sharp-shock-shot*, ou seja, a aplicação de penas curtas a todos os infratores de elevado estrato sócio-econômico em função de suas peculiaridades pessoais. O seu entendimento se escora na natureza da infração praticada, que exige um menor nível de prevenção geral integrativa.

5. UMA RELEITURA DO SISTEMA PUNITIVO FISCAL BRASILEIRO

Assentado o bem jurídico tutelado no sistema tributário nacional, corporificado no processo de arrecadação e não apenas no produto desta, cumpre agora descortinar a utilidade prática do conceito modelado.

Tratando-se de verdadeiro fundamento de validade para os tipos penais, sua aplicação não se restringe ao campo teórico. Todo o sistema punitivo desenhado pelo legislador há de ser revisto sob o filtro deste objeto de referência para que se ateste quais normas vigentes e interpretações predominantes encontram justificativa, merecendo a devida acolhida, e quais não gozam da mesma sorte.

Este capítulo, portanto, dedica-se a revisitar criticamente alguns dos institutos peculiares ao sistema punitivo brasileiro voltado à matéria fiscal à luz de seu legítimo objeto de tutela, procurando desconstituir o sentido meramente patrimonial que lhes têm atribuído a doutrina e a jurisprudência nacionais.

Decerto, a confusão operada entre os interesses arrecadatórios do Estado, em sua ânsia de fazer frente às carências momentâneas de caixa, e aqueles propriamente político-criminais, tem promovido a identificação do bem jurídico protegido no campo fiscal com o próprio crédito tributário. Esta postura tem gerado flagrantes incoerências que acarretam o inevitável questionamento da legitimidade de se utilizar a intervenção penal como mero instrumento de reforço à cobrança. Ao mesmo tempo em que se criminaliza a conduta, esforça-se por estabelecer formas de que a respectiva pena não seja, afinal, aplicada, concentrando-se o sistema no efeito simbólico da sancão abstratamente cominada⁵²⁶.

Veja, por exemplo, o que diz Soares⁵²⁷ a esse respeito:

A criminalização do não recolhimento do tributo significa para o fisco um *plus*, na medida em que agrava a situação do contribuinte gerando uma **segunda responsabilidade** como consequência do mero descumprimento da obrigação fiscal. É sob esta perspectiva que se deve buscar o sentido da penalidade criminal cominada ao contribuinte remisso.

Antes da preservação da ordem jurídica, da punição do delinquente e da restauração da paz social, ela visa, predominantemente, coagir o contribuinte a satisfazer as necessidades públicas mediante o pagamento do tributo.

Fenômeno que não é uma exclusividade do direito penal tributário. Observa Abanto Vasquez outras manifestações no direito penal econômico: "El interés del legislador (o de los grupos de presión que se encuentram detrás de él) parece consistir en mantener por un lado el carácter simbólico de los tipos penales (en caso contrario ya los habría derogado) y otorgar mayores possibilidades de solución en la vía administrativa. Con esto pierde vigência la importancia de los bienes jurídicos y el efecto preventivo general de los tipos penales." ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Derecho Penal Económico. Lima: IDEMSA, 1997, p. 170

⁵²⁷ SOARES, Antonio Carlos Martins. *A Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74.

Destarte, como se disse anteriormente, a sanção penal no campo tributário funciona como **indisfarçável instrumento de pressão e cobrança do crédito público.** (grifos no original)

Como consequência dessa visão, tem-se hoje a seguinte situação prática: aquele que frauda documentos para se furtar ao pagamento do imposto devido, por mais evidente aue seia а fraude. possui a prerrogativa de administrativamente o débito por anos até que o lançamento se consolide e, só então, esteja o Ministério Público autorizado a oferecer denúncia, e isto apenas se o débito atingir determinado patamar de valor. Vencidos todos estes obstáculos, ainda lhe é permitido quitar o débito a qualquer tempo e, com isso, extinguir a punibilidade de sua conduta. Chega-se até a dizer que todas as causas de extinção do crédito tributário acabariam por fulminar a punibilidade pelos crimes tributários a ele relacionados⁵²⁸, subordinando definitivamente a política criminal às necessidades eventuais de recursos.

Essa interpretação do sistema punitivo não se sustenta. Na verdade, o equívoco maior não está na inferência que se faz dos institutos vigentes nesta seara, mas sim na passividade diante de tal constatação. Nos tópicos que se seguem serão demonstradas algumas inconsistências do sistema atual, em especial através da percepção de que não é o crédito, mas o próprio sistema tributário que há de ser protegido pela norma penal.

5.1 O prévio exaurimento da instância administrativa

Uma das questões tormentosas do direito penal tributário brasileiro se refere ao momento de consumação dos crimes enquadrados no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 e a sua relação com a atividade administrativa de lançamento do crédito tributário.

Diferentemente do artigo 2º da mesma lei, extrai-se da literalidade daquele dispositivo que as condutas tipificadas são as que geram como resultados materiais

[&]quot;Por conclusão é cabível no Direito Penal Tributário a formulação de um postulado genérico de extinção da punibilidade como decorrência lógico-jurídica da extinção do crédito tributário." SOARES, Antonio Carlos Martins. A Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 126.

a redução ou a supressão efetiva de um tributo devido qualquer. O resultado da conduta se distancia espaço-temporalmente desta, encontrando previsão expressa na estrutura da norma incriminadora. A doutrina⁵²⁹, então, classifica o tipo do artigo 1º da lei como crime material, e do artigo 2º da lei como formal.

Como crime material, seria natural à sua consumação que se verificasse na prática o resultado da ação descrita no tipo, no caso, a própria supressão ou redução de tributo devido.

Dessa interpretação surgiu a tese⁵³⁰ de que a verificação da ocorrência do crime, e consequentemente sua persecução, seriam dependentes do prévio exaurimento da instância administrativa do débito. A conclusão do lançamento tributário (i) tornaria o tributo efetivamente devido, ou seja, determinaria a conformação do elemento normativo do tipo, o "tributo devido" a que alude a norma penal⁵³¹; e (ii) permitiria a afirmação de indícios de materialidade da conduta delituosa, funcionando como uma condição objetiva de procedibilidade para a ação penal.

Em outros temos, não haveria que se falar em ilícito penal antes de finalizado todo o processo administrativo de lançamento, no qual a Administração Pública, responsável exclusiva pela constituição do crédito tributário (art. 142 do CTN), proferiria a palavra final quanto à existência e à extensão do desfalque aos cofres públicos. Antes desta definição não estaria o crime definitivamente consumado, nem se comprovariam, por óbvio, os indícios de sua materialidade.

Esse pensamento ganhou repercussão com o julgamento, pelo STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.571. Por meio dela se questionou a constitucionalidade do art. 83, da Lei nº 9.430/96, o qual condicionava a formulação de representação fiscal para fins penais à conclusão do processo administrativo de discussão do crédito tributário.

Na época, levantou-se a dúvida de que talvez se estivesse subordinando a atuação do Ministério Público ao entendimento da autoridade administrativa fiscal,

4

[&]quot;Os primeiros [crimes praticados pelo particular] subdividem-se em crime materiais, de resultado, cujo crime-meio é a falsidade material ou ideológica (art. 1º), e crimes formais (art. 2º)" LOVATTO, Alecio Adão. Crimes Tributários. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 79.

Por todos: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Prévio exaurimento da via administrativa e crimes tributários. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 832, fev, 2005, p. 406 et seq.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 369. Igualmente: ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito Penal Tributário*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 120-122.

transmutando um crime de ação penal pública incondicionada em uma espécie de ação penal pública condicionada a representação.

Sagrou-se vitoriosa a interpretação de que a norma proveniente do dispositivo questionado se destinava apenas aos agentes administrativos, não ao Ministério Público, de modo que este estaria livre para apresentar denúncia por crimes contra a ordem tributária caso obtivesse, por outros meios, a ciência de que o lançamento do crédito tivesse sido concluído. Ficou bastante transparente a posição do STF de que a atividade do Ministério Público não seria dependente do encaminhamento da representação fiscal para fins penais, mas que o seria, de toda forma, do pronunciamento administrativa final quanto ao débito tributário.

O pensamento analisado obteve um êxito ainda mais evidente quando do julgamento do processo de Habeas Corpus nº 81.611. Na ocasião, o STF formalizou de maneira expressa que, independentemente de se entender como uma condição objetiva de punibilidade ou como um elemento normativo do tipo, o esgotamento da via administrativa do crédito seria imprescindível à configuração da materialidade do crime do artigo 1º, da Lei nº 8.137/90, sendo, assim, uma condicionante da justa causa essencial à propositura da ação penal.

Foi a partir deste *leading case* que, mais tarde, foi publicada a Súmula Vinculante nº 24, que dispõe: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo."

Esse tipo de entendimento, contudo, parece coerente para uma visão patrimonialista pura do bem jurídico tutelado pela norma penal. De fato, se a intenção do legislador é lançar mão do aparato penal para perseguir dívidas, como mencionou o próprio ministro César Peluso durante as discussões do plenário para a formalização da referida Súmula Vinculante, então está com a razão Tavares ⁵³², já que nada seria mais natural que subordinar a tipicidade penal à prévia decisão administrativa.

Como se sabe, o lançamento é definido pelo art. 142 do Código Tributário Nacional como um procedimento administrativo vinculado, no qual a Administração verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação e os elementos constitutivos da

5

TAVARES, Juarez. La Persecución de los delitos económicos en Brasil. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.) *Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*. Madrid: Ramón Areces, 2007, p. 147.

relação tributária, atestando, assim, o montante devido a título de tributo e o sujeito passivo que o deve pagar.

Enquanto atividade administrativa, o lançamento pode se verificar de três formas: de ofício (art. 149, do CTN), quando o expediente é empreendido unicamente pelos órgãos administrativos; por declaração (art. 147, do CTN), quando se faz necessária a participação do contribuinte, que abastece os fiscais da receita com informações; ou por homologação⁵³³ (art. 150, do CTN), que diz respeito àqueles tributos cuja mensuração e o pagamento ficam a cargo do próprio particular, a despeito de qualquer manifestação prévia da autoridade administrativa. Nestes casos à Administração compete tão-somente homologá-los, expressa ou tacitamente, sendo certo que qualquer discordância importará no lançamento de ofício da diferença devida.

Embora seja importante ao processo de cobrança dos créditos, o lançamento não constitui a obrigação tributária, ostenta efeitos meramente declaratórios e é até prescindível em alguns casos. Veja-se, por exemplo, os casos em que o tributo é lançado por homologação, nos quais o contribuinte apura seu montante e paga sem que seja necessário qualquer providência adicional por parte da Administração. Adimplida por completo a obrigação tributária, sua homologação poderá se dar pelo mero transcurso do tempo, não havendo, assim, nenhum lançamento propriamente dito.

Por certo, a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato gerador (art. 113, § 1º e 114, do CTN). Naquele exato momento em que a hipótese de incidência descrita na lei é preenchida na realidade por um fato imponível, constituída está a relação entre o ente tributante e o sujeito passivo, um vínculo decorrente, portanto, diretamente da lei e independente de manifestações da fiscalização.

A obrigação tributária, frise-se, não depende do lançamento definitivo. O que depende do lançamento, isto sim, é a exigibilidade do crédito⁵³⁴. A obrigação tributária submetida a lançamento se torna um verdadeiro crédito tributário com a notificação ao contribuinte, e como tal pode ser exigido tanto administrativa quanto

Também denominado impropriamente de autolançamento. Imprópria uma vez que o CTN define a atividade de lançamento como privativa da Administração, além do que a expressão autolançamento permite a leitura, em todo caso equivocada, de que o lançado seria o sujeito passivo, não o tributo devido. Da mesma opinião: AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 356-357.

⁵³⁴ Ibidem, p. 371.

judicialmente⁵³⁵ do devedor. Em outras palavras, o crédito tributário nada mais é que a própria obrigação tributária acrescida de exigibilidade suficiente para permitir uma cobrança forçada ao devedor, não são institutos distintos.

O tributo devido ao qual se refere o tipo penal de sonegação é a obrigação oriunda do fato gerador, não a sua transmutação em crédito tributário. Não menciona a lei em momento algum que tributo devido seria tributo lançado, ou tributo exigível.

Logo, a pretensão de se subordinar consumação do crime de sonegação ao lançamento do crédito tributário só faz reforçar o papel do direito penal como meio coercitivo de cobrança. Importa com isto dizer que mais do que a existência real da obrigação e de seu descumprimento, mais até do que a existência comprovada de fraude, a tutela penal depende da comprovação de que esta obrigação seja exigível administrativa ou judicialmente.

Como visto, esta concepção não se coaduna com o conceito de bem jurídico proposto, que se vê carente de proteção penal. Na hipótese do artigo 1º, da Lei nº 8.137/90, o sistema tributário nacional é afetado diretamente pela fraude perpetrada, que gera uma diminuição indevida da receita arrecadada, independente da dívida gerada ser ou não exigível.

A receita, note-se, não é reduzida porque a Administração assim entendeu. A redução precede à fiscalização e o entendimento desta não é, ao fim e ao cabo, definitivo. Mesmo naqueles casos em que o lançamento não for possível, como no reconhecimento da decadência do direito do Fisco de lançar o tributo devido por exemplo, a lesão ao bem jurídico já ocorreu, o sistema foi afetado, e não será perda do direito de cobrança que irá saná-la.

Com vistas à elucidação de mais uma incoerência da postura assumida pelo STF e aplaudida pela doutrina majoritária, se a consumação do delito depende da constituição definitiva do crédito tributário, então se apresenta uma situação no mínimo curiosa: excluída está, logicamente, a possibilidade da forma tentada do delito e, ao mesmo tempo, atribuída está a sorte e o tempo da consumação da infração a uma atividade administrativa estatal, externa ao agente.

É preciso entender que o crime de sonegação fiscal se consuma no momento em que o sujeito passivo, diante do nascimento da obrigação e do dever de declarar

Vale lembrar que esta possibilidade ainda dependente de outro ato, qual seja, a inscrição do crédito em dívida ativa.

e pagar o respectivo tributo, não o faz, ou o faz parcialmente, utilizando-se para tanto de um artifício fraudulento qualquer⁵³⁶. A falsidade material ou ideológica não pode ser ignorada, e a consumação não é postergada até a averiguação do Fisco. A consumação se concretiza com o pagamento a menor baseado no documento fraudado ou com o não pagamento, decorrente da omissão de tal documento, no último dia do prazo legal para fazê-lo.

O dever de pagar o tributo nasce, como visto, com a obrigação tributária, não com o crédito, voltando-se o ato de lançamento para os fins de cobrança da dívida já inadimplida, integra na verdade uma fase de exaurimento do crime ⁵³⁷. O sistema tributário nacional é lesionado no momento em que praticada a conduta fraudulenta que acarreta, no caso do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, a supressão do tributo, independentemente se tal montante seja recuperado pelo Estado ou se nem mesmo venha a ser perseguido judicialmente.

Com acerto leciona Lovatto⁵³⁸:

Existe, na área penal tributária, um equívoco consistente em considerar que o crime se consuma quando se consolida o crédito tributário. Desloca-se, desta forma, para a exigibilidade do crédito tributário a questão. Improcedente a argumentação. A exigibilidade é relevante para o exaurimento do crime tributário, não para a consumação.

Recaindo a conduta sobre fatos geradores de tributos cujo lançamento se dê por ofício ou por homologação, o delito se consuma no dia em que o sujeito deveria realizar o pagamento e não o faz, ou o faz a menor, desde que tal fato seja acompanhado de um artifício fraudulento ou da omissão absoluta de entrega de documentos ou informações relevantes. Havendo a declaração exigida por lei, ainda que haja inadimplência constatada em procedimento administrativo, não se configura o crime.

Com uma posição semelhante: AZEVEDO, David Teixeira de. Os Crimes Tributários: Orientação Democrática?. In: RUIZ FILHO, Antonio; SICA, Leonardo (Coord.) Responsabilidade Penal na Atividade

Econômico-Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 239-240.

537
EISELE, Andreas. Crimes contra a ordem tributária. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 146.

LOVATTO, Alecio Adão. Crimes Tributários. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 144. Na doutrina estrangeira destaca-se Martínez-Buján Pérez: "reina acuerdo asimismo a la hora de estimar que la consumación no se produce con el acto administrativo de liquidación. Se trata de un requisito necessário, pero no suficiente todavia para la perfección del delito, sin perjuicio por supuesto de poder apreciar tentativa en dicha fase. Dado que el delito exige la cuncurrencia de una efectiva elusión del pago de tributos que entrañe un perjuicio patrimonial, la consumación tendrá lugar cuando el sujeto realiza efetivamente el ingresso de la deuda por la cuantidad que se le ha señalado tras su previa (y falsa) declaración de los datos configuradores de la base inponible (AYALA) o, en los casos en los que la defraudación se produce mediante la falta de presentación de la previa declaración del contribuyente (hipótesis omisiva), cuando haya transcurrido el plazo señalado para el ingreso." MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de La Empresa: Parte Especial. 3 ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2011, p. 548

Não se sustenta o monopólio dos órgãos administrativos fiscais para a averiguação de um aspecto essencial à materialidade do crime. Se a investigação da fraude nos documentos fiscais compete à polícia judiciária, sua atribuição há de incluir também a constatação da supressão de receitas. Por esta visão, verificados indícios da ocorrência de fraude, legítimo será a instauração de inquérito policial para que se apure a questão, não apenas do falso em si, mas também, e por óbvio, de suas consequências.

Insiste-se: o órgão policial também possui a prerrogativa e a capacidade de buscar as provas da materialidade delitiva, esta não é uma exclusividade da Administração especificamente tributária.

É de se ver, ainda, que o lançamento definitivo não encerra a questão da consumação, uma vez que pode se pautar, por vezes, em presunções e arbitramentos (art. 148, do CTN) bastante comuns na esfera fiscal, porém incompatíveis com o direito penal.

Veja-se que nos casos em que se deparar a fiscalização com preços e valores de bens, serviços ou direitos sobre os quais recaia dúvidas ou desconfianças - geralmente nos casos de fraude - será utilizado o arbitramento como medida de apuração e o lançamento do crédito tributário prosseguirá normalmente. A prova contrária, como de regra ocorre no processo administrativo fiscal, compete ao próprio contribuinte. Este lançamento, forçoso reconhecer, não cumpre as funções a ele atribuídos na Súmula Vinculante nº 24.

Outro exemplo: Caso o prazo para o lançamento do crédito tributário tenha decaído, eis que passados mais de 05 anos da ocorrência do fato gerador, nem por isso se poderá dizer que também prescreveu o crime – o que, diga-se, só irá acontecer em 12 anos⁵³⁹ no caso da sonegação fiscal –, que o processo penal jamais será iniciado.

Salta aos olhos que a ação penal poderá ser proposta. Basta notar que a supressão do tributo de fato ocorreu, ainda que não tenha se efetivado seu lançamento. Como salienta Silva Sánchez⁵⁴⁰, mais importante que o ato formal de

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 120-121.

_

O art. 1º da Lei nº 8.137/90 comina uma pena privativa de liberdade de 02 a 05 anos ao crime de sonegação fiscal. Considerando-se a pena máxima de 05 anos de reclusão, o art. 109, III, do Código Penal estabelece o prazo de 12 anos para a a prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato.

liquidação é a existência de elementos fáticos suficientes à configuração da fuga aos tributos, provas que permitam uma liquidação material.

A partir daí, constatando a polícia ou o Ministério Público os indícios de autoria e materialidade, competirá ao juiz criminal decidir sobre os questionamentos de ordem tributária essenciais à solução do caso. Não se concebe que o magistrado que labuta em uma vara criminal seja competente para julgar o cometimento ou não de um crime tributário, mas não o seja para julgar se houve ou não a própria redução de tributos, elemento inerente ao julgamento desta espécie de crime.

Além disso, a decisão administrativa não pode ser vinculante para a *opinio delicti* do Ministério Público nem pode impedir a discussão de seu mérito no âmbito do Judiciário⁵⁴¹. Do mesmo modo que o contribuinte tem a prerrogativa de discutir a existência e a dimensão do débito, também ao Ministério Público se deve conferir igual alternativa, quanto mais quando se está perante a elucidação de uma conduta criminosa⁵⁴². Claro está que a decisão administrativa, se é definitiva para o Poder Executivo, não o pode ser nem para o Ministério Público nem para o Poder Judiciário, razão pela qual se torna inócuo aguardar o moroso trâmite do processo administrativo fiscal para dar início à ação penal.

5.2 A aplicabilidade do princípio da insignificância

Conforme apresentado ao longo deste trabalho, a doutrina sustenta atualmente que para uma conduta ser considerada típica não basta seu enquadramento formal na hipótese prevista no tipo legal de crime. É preciso que atinja o bem jurídico protegido pela norma, preencha materialmente o tipo penal.

Alguns autores, contudo, ressaltam que não é qualquer lesão que cumpre aquele requisito material. Isto advém apenas de uma ofensa grave a ponto de justificar a aplicação de uma sanção tão invasiva quanto a penal.

Essa ideia de que certos atos podem corresponder ao mandado proibitivo e, apesar disso, configurar indiferentes penais conquistou a atenção da doutrina com a

Na mesma linha: FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 177-178.

Igualmente em: AFONSO, Thadeu José Piragibe. O Direito Penal Tributário e os Instrumentos de Política Criminal Fiscal. 2011. Dissertação de mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 166.

teoria da adequação social de Welzel⁵⁴³. Segundo este pensamento, algumas condutas que a princípio reproduziam a literalidade da lei teriam sua tipicidade⁵⁴⁴ excluída quando historicamente reconhecidas ou aceitas pela ordem ético-social da comunidade. As ações que não interferem na vida em comum, aquelas que são socialmente adequadas, mantêm-se dentro da margem de liberdade natural do homem⁵⁴⁵.

Contudo, conforme a visão crítica de Roxin⁵⁴⁶, dizer que uma ação socialmente adequada é atípica remete à ideia de que o desvalor social é imanente ao injusto, de que só há de ser proibida a conduta socialmente desvalorada. Estes raciocínios pouco contribuem para a questão e melhor seria a aplicação de uma interpretação restritiva do tipo penal a partir do bem jurídico que tutela.

Por isso, correlato à ofensividade da conduta surge o princípio de bagatela ou de insignificância⁵⁴⁷, segundo o qual seriam atípicas as condutas que, apesar de preencherem a descrição legal, não afetem de forma relevante o bem jurídico penalmente tutelado⁵⁴⁸. Trata-se de mais um princípio orientado à limitação do poder punitivo do Estado e à racionalidade do sistema penal.

Sob outra perspectiva, pode-se dizer que a ação ou omissão que atinge infimamente um bem jurídico, já à partida, não está contemplada no âmbito de

Em determinado momento de sua vida acadêmica, Welzel mudou sua opinião original, passando a sustentar que a adequação social seria uma causa de justificação consuetudinária, ou seja, excluiria a ilicitude da conduta, não sua tipicidade. Posteriormente, retornou o autor ao pensamento inicial. Veja-se, sobre isso: ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte General. 4 ed. Madrid: Thomson-Civitas, t. I, 2008, p. 293.

"A adequação social é de certo modo uma espécie de pauta para os tipos penais: representa o âmbito 'normal' da liberdade de atuação social, que lhes serve de base e é considerada (tacitamente) por eles. Por isso ficam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda que possam ser a eles subsumidas – segundo seu conteúdo literal." WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

"En resumen se puede decir, por tanto, que la teoría de la adecuación social certamente persigue el objetivo, em sí mismo correcto, de eliminar del tipo conductas no correspondientes al específico tipo (classe) de injusto, pero que la misma no constituye un 'elemento' especial de exclusión del tipo e incluso como principio interpretativo se puede substituir por critérios más precisos. Por eso, esta teoría, tendencialmente correcta, hoy ya no puede reclamar una especial importância dogmática." ROXIN, Claus. op. cit., p. 297.

Conforme apontou Roxin: ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal.* 2 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 73-74.

-

[&]quot;Socialmente adecuadas son todas las actividade que se mueven dentro del marco de los órdenes éticosociales de la vida social, estabelecidos a través de la historia." WELZEL, Hans. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 63-65.

Por todos: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 158.

proteção da norma penal⁵⁴⁹. A aplicação do princípio neste caso excluiria a própria tipicidade do fato⁵⁵⁰.

Afirma-se que, com a criação da lei proibitiva, o legislador não busca a criminalização de todas as condutas potencialmente subsumíves à hipótese descrita, até mesmo porque tem ciência de que a lei, sempre geral e abstrata por natureza e conceito, pode por vezes ensejar distorções. Como bem lembra Mañas⁵⁵¹, sendo impossível reduzir a infinidade de atos humanos em fórmulas estanques.

As diretrizes político-criminais⁵⁵² que informam o sistema penal no Estado Democrático de Direito conduzem ao raciocínio de que, afinal, a aplicação da pena nestes casos menores equivaleria a condenar o cidadão a suportar danos muito superiores àqueles que suas infrações imprimiram.

Por outro lado, a utilização do instituto em tela atrai críticas principalmente quanto ao seu caráter indeterminado⁵⁵³, eis que a determinação do que é ou não insignificante carece de critérios mais seguros e, por isso mesmo, pode levar ao esvaziamento da legalidade através de interpretações desmesuradas, culminando na arbitrariedade.

Nessa linha, outra questão prática que pode ser levantada a partir da concepção de bem jurídico adotada neste trabalho é a de saber se qualquer conduta que preencha a descrição do tipo penal tributário configura o crime, ou se há margem para a aplicação do princípio da insignificância neste âmbito.

Considerando-se que os tipos penais descritos nos artigos 1º e 2º, incisos II e IV, da Lei nº 8.137/90, e no 334 do Código Penal, são crimes de lesão, ou seja, exigem a afetação do bem jurídico, nada impede a instituição de um controle interpretativo sobre o mínimo de ofensividade do comportamento no direito penal tributário.

-

Nesse sentido: MARTINELLI, João Paulo Orsini. Princípio da Insignificância: propostas para uma nova política criminal racional. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.) *Temas de Direito Penal*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar-ABDR, 2008, p. 26.

Em sentido diverso, afirmando a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade do fato, mas atribuindo à insignificância o poder de excluir a sua punibilidade: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 677.

MAÑAS. Carlos Vico. O *Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1994, p. 55-56.

Lopes fundamenta o princípio nos valores da igualdade e da liberdade, além de relacioná-lo ao postulado da proporcionalidade e aos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 55-69.

MAÑAS. Carlos Vico. op. cit., p. 59.

Ao se tomar em consideração o bem jurídico protegido, no caso, o sistema tributário, é possível se pensar em condutas que o ofendam, mas que o façam de maneira penalmente irrelevante⁵⁵⁴. Alguns critérios têm sido eleitos pela doutrina e jurisprudência para viabilizar esta análise.

Com efeito, percebe-se que o próprio ordenamento jurídico brasileiro oferece alguns elementos para a aferição da intensidade da ofensa ao sistema tributário. Partindo-se do pressuposto de que a estabilidade do sistema depende, principalmente, da oportunidade de exigir o cumprimento da obrigação tributária efetivamente devida pelo contribuinte, tem-se proposto um ponto de apoio de natureza quantitativa: o balanço de custo/benefício em relação à cobrança coativa da dívida por parte da Administração Pública.

Escora-se nos limites normativos baseados em estudos técnicos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aquém dos quais não haveria interesse público ora na inscrição do crédito tributário em dívida ativa, ora no efetivo ajuizamento da execução fiscal para sua cobrança.

Com essa constatação, as turmas do STJ afetas à matéria criminal, em um primeiro momento, adotaram o patamar de R\$ 1.000,00 (mil reais) como paradigma, tendo em vista o art. 1º da Lei nº 9.469/97⁵⁵⁵, que previa o impedimento do ajuizamento de execuções fiscais – ou a não interposição de recursos – relativas a valores iguais ou inferiores aquele.

Mais tarde, com a entrada em vigor da Lei nº 10.522/02, a jurisprudência daquele tribunal superior sofreu uma alteração, direcionando-se para a aplicação do art. 20 da referida Lei, que, à época, aludia ao valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Sobreveio, então, a Lei nº 11.033/04, que modificou o aludido art. 20, da Lei nº 10.522/02, impondo agora o arquivamento, sem baixa na distribuição, das

ر ح

Cf.: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Especial. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 236.

Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposicão de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, nas condições aqui estabelecidas.

execuções fiscais relativas a valores inscritos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)⁵⁵⁶.

Diante desse novo cenário, a maioria dos ministros do STJ, provavelmente receosos quanto às consequências que poderiam advir do elevado limite, reviu seu entendimento precedente⁵⁵⁷, assentando no art. 18, § 1º, da Lei nº 10.522/02⁵⁵⁸, que estabelece o cancelamento das inscrições em dívida ativa daqueles débitos que não alcancem a quantia de R\$ 100,00 (cem reais), o critério objetivo a ser considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância. Em termos gerais, reconheceu o STJ que aquele patamar representaria uma efetiva extinção do crédito tributário, ao passo que o art. 20 da mesma lei aludiria tão-somente a um arquivamento temporário da ação judicial de cobrança.

Por sua vez, o STF, em diversas oportunidades recentes, adotou expressamente o entendimento de que débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), uma vez permissivos do arquivamento da execução fiscal correspondente, não autorizariam o oferecimento da ação penal por razões lógicas voltadas ao princípio da subsidiariedade que deve reger o direito penal⁵⁵⁹. Não se poderia pensar na persecução penal em função de um débito que não despertaria nem sequer uma relevância administrativa.

Argumenta-se que, ainda que se entenda demasiado alto o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a legislação tributária impede provisoriamente o ajuizamento da execução fiscal em função do valor do crédito perseguido, e o faz após a ponderação entre os custos dispendiosos da movimentação da máquina pública e os benefícios representados, no caso, pelo débito que se pretende ver quitado.

Dentre os inúmeros julgados sobre o tema, cite-se os seguintes: AgRg no AREsp n° 139.973/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 01/08/2012; AgRg no AREsp n° 130.666/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 01/08/2012.

_

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: [...]

^{§ 1}º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

HC nº 96.309/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Carmem Lúcia, DJ de 24/04/2009; HC nº 96.374/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 24/04/2009; HC nº 99.610/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 23/10/2009; HC nº 100.942/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 06/09/2011; HC nº 104.407/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 02/12/2011, HC nº 96.852/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 15/03/2011.

Em uma análise econômica da situação concreta, o Estado, ao abrir mão da cobrança do crédito, acabaria por indicar que a atitude do agente não desestabilizou suficientemente o sistema tributário, seja por importar o desvio de quantia que sequer supera os custos necessários com a ação de execução, cujo prosseguimento levaria a um prejuízo ainda maior aos cofres públicos, seja por não ser capaz de desvirtuar a política econômica do Estado.

Além disso, não se poderia escapar de que, por mais que o crédito tributário não estivesse definitivamente extinto e essa cobrança judicial voltasse a tramitar um dia, isto só ocorreria em decorrência da fluência dos juros moratórios ou multas, que integram o crédito tributário (art. 161, do CTN), ou da reunião, em um mesmo título de dívida ativa, de diversos créditos distintos em face do sujeito passivo.

Assim, trata-se de delitos instantâneos com efeitos permanentes, uma vez consumado o crime, pouco importaria se o débito viesse sofrer fluência de juros, multas ou encargos, já que nem a conduta nem a lesão efetiva ao bem jurídico se alterariam. Se o interesse público na execução poderia aguardar a majoração do débito, decorrente do natural transcurso do tempo, o poder punitivo do Estado não possuiria a mesma prerrogativa.

Pois bem. Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que o paradigma quantitativo é, de fato, importante, pois representa um parâmetro objetivo abaixo do qual a atividade executiva do Estado sequer tem início. Por certo, mesmo tendo ocorrido a lesão, esta se mostra de tal monta que, a princípio, não se verifica o rompimento da estabilidade do sistema: cometendo-se ou não o crime, o comportamento do Fisco permanece o mesmo, a dívida não será cobrada.

Todavia, tal raciocínio, mesmo gozando de certo fundamento, não implica a utilização automática e irrefletida do princípio da insignificância. Uma averiguação puramente econômica e limitada, de mera comparação numérica entre o valor devido pelo sonegador e o corte de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não é capaz de reputar reduzidos os efeitos danosos de uma conduta, especialmente quando se tem em mente não ser o patrimônio o bem jurídico ofendido.

Nessa linha, deve-se concordar com Afonso⁵⁶⁰ quando afirma que a aceitação do parâmetro pecuniário de avalição da bagatela não induz à sua consideração em caráter absoluto. O perigo da simplificação jurisprudencial exige o cuidado da

AFONSO, Thadeu José Piragibe. *O Direito Penal Tributário e os Instrumentos de Política Criminal Fiscal.* 2011. Dissertação de mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 139-140.

ressalva: a aferição da quantia sonegada é, certamente, um importante marco para a verificação, no caso concreto, da incidência da excludente de tipicidade, mas esta constatação não significa que se trata de critério exclusivo.

Na verdade, para que se ateste a reduzida ofensividade da conduta atentatória ao sistema tributário, outras análises são imprescindíveis. O próprio STF parece ter corroborado com isto quando aludiu aos quatro requisitos dos delitos de bagatela: a mínima ofensividade da conduta; nenhuma periculosidade social da ação; reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Ora, embora se tratando de critérios mais ou menos fluidos, o importante é perceber que a mera quantificação da sonegação não representa, por si, a insignificância da conduta, mesmo porque o crime não afeta apenas interesses patrimoniais do Fisco. A insignificância só estará presente quando vislumbrados aqueles requisitos nas circunstâncias que qualificaram o ato delituoso, quando restar evidente que a ofensa não chegou a ameaçar o funcionamento do sistema e o afastamento da reação penal naquele caso não repercutiria na reiteração de condutas pelo acusado ou por terceiros. Não se pode escapar aqui, e talvez nem seja prudente fazê-lo, de uma análise judicial e casuística.

O direito penal persegue fins preventivos especiais e gerais que não se coadunam com uma análise simplesmente econômica da infração. Soa precipitado ignorar as circunstâncias do fato, se o crime é cometido com a falsificação de documentos, com que tipo de fraude, se através de pessoa jurídica, se envolve vários autores, se reflete em práticas abusivas ou predatórias de mercado, se há terceiros prejudicados, a própria reincidência específica do autor, seu grau de especialização ou capacitação, seus motivos determinantes ou seus objetivos caso seja possível sabê-lo, a difusão daquele tipo de crime em uma dada comunidade, o que recomendaria ou não uma maior compreensão do julgador.

Essa tem sido, aliás, a argumentação encampada pelo STF para não estender aos crimes previdenciários o entendimento sustentado para a exclusão da tipicidade no crime de descaminho⁵⁶¹. A razão levantada tem sido a reprovabilidade

nº 110.124/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 15/03/2012.

-

A jurisprudência do STF já conta com precedentes na primeira turma: HC nº 98.021/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 12/08/2010; HC nº 107.041/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 06/10/2011; HC nº 102.550/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 07/11/2011; HC

da conduta, respaldada na violação de um bem jurídico coletivo que já se encontra vulnerável, como demonstra o déficit dos balanços da Previdência Social.

Ademais, é imperioso que se entenda que o princípio da insignificância incide sobre cada conduta lesiva, não sobre o montante total do débito gerado como vem admitindo a jurisprudência inadvertidamente. Assim, não basta observar o valor constante do auto de infração lavrado pela Administração Tributária, mas cumpre aferir cada conduta e sua relação com os fatos geradores ocorridos.

Conforme alertado por Panoeiro⁵⁶², equivoca-se o intérprete ao reunir diversos fatos delitivos para a configuração de uma única tipicidade. Este apelo à aplicação correta do instituto, entretanto, acarreta uma situação fática extrema que só colabora para percepção de que os parâmetros patrimoniais utilizados para balizar o princípio da insignificância são incoerentes e político-criminalmente inaceitáveis.

Perceba-se que, na prática, ao se aplicar a análise de tipicidade das condutas como se deve, isto é, aferindo-se cada uma das fraudes, oportunidades de apropriação indébita, dos desvios de finalidade de cada um dos incentivos fiscais condicionados, associada ao parâmetro objetivo de prejuízo, será sensivelmente reduzida a eficácia dos tipos penais tributários. Nesta visão, para ser responsabilizado criminalmente, o agente haverá de suprimir mais de R\$ 10.000,00 em impostos incidentes a partir de um único fato gerador.

Outrossim, releva mencionar que o princípio da insignificância tem aplicabilidade restrita às hipóteses em que não estejam vigentes regras específicas para a correção dos possíveis desvios da tipicidade penal. Entre uma regra e um princípio incidentes sobre um mesmo suporte fático, e esta é uma premissa básica da teoria das normas⁵⁶³, deve prevalecer a primeira. Realmente, se a regra nada mais é que uma norma jurídica de precedência, um enunciado deôntico que já representa um sopesamento anterior, realizado pelo próprio legislador, então não há

Barcellos trata esta premissa como o primeiro parâmetro geral que deve reger a ponderação racional: BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165 et seq.

-

PANOEIRO, José Maria de Castro. As controvérsias da Lei n. 8.137/1990 (sonegação fiscal) e suas repercussões econômico-criminais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.) *Inovações no Direito Penal Econômico*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 313.

razão para se afastar uma regra para a aplicação de um princípio que vise adequar a mesma situação fática, mas sem a mesma objetividade⁵⁶⁴.

Por isso não se pode concordar com a invocação do dito princípio para os casos de crimes tributários relacionados à previdência e seguridade social, especificamente aqueles definidos nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal brasileiro. Isso porque o texto legal já traz, de antemão, o tratamento conferido pelo legislador àquelas hipóteses de reduzida ofensividade. Os artigos 168-A, § 3º e 337, §§ 2º e 3º, regulam expressamente as condições a serem preenchidas para a concessão do perdão judicial e que não se resumem ao valor do crédito tributário sonegado ou apropriado.

Enfim, tratando-se a insignificância como instrumento notadamente interpretativo, claro está que a leitura do tipo não pode restar limitada a uma só perspectiva econômica. Menos ainda no caso penal tributário, em que a perspectiva patrimonial, embora importante, não se mostra única.

A insignificância há de ser aferida em relação da cada conduta, a cada fato gerador, e levar em consideração outros aspectos circunstanciais do fato, não exclusivamente o valor envolvido. É necessário resistir ao impulso de simplificação, pois débitos inferiores a R\$ 10.000,00 não são, de imediato e somente por isso, insignificantes, de modo que o parâmetro se prestará apenas como mais uma variável a influenciar a equação.

5.3 A extinção da punibilidade pelo pagamento

Um dos instrumentos mais controversos da política criminal brasileira no âmbito tributário, e aquele que mais evidencia a visão distorcida das finalidades das penas neste campo, é o que confere efeito extintivo da punibilidade ao pagamento do débito.

De fato, o sistema punitivo brasileiro esteve imbricado com os interesses fiscais desde a primeira criminalização da sonegação com a Lei nº 4.729/65. Em seu art. 2º, o diploma determinava a extinção da punibilidade dos crimes ali tipificados

_

No mesmo sentido: SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais* – Conteúdo essencial, Restrições e Eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52.

caso o autor promovesse o recolhimento do tributo devido antes de iniciado o processo administrativo de cobrança.

O instituto foi renovado e ligeiramente modificado com a Lei nº 8.137/90, que previa em seu artigo 14 a possibilidade de extinção da punibilidade dos crimes descritos nos artigos 1º a 3º, caso fosse efetuado o pagamento integral da dívida, porém agora com a exigência expressa que tal quitação se estendesse às verbas acessórias do débito – juros e multas – e que fosse realizada antes do recebimento da denúncia pelo juiz criminal.

O dispositivo veio a ser revogado pela Lei nº 8.383/91 e, em decorrência disto, até 1995 o crime tributário esteve sujeito ao regime geral, qual seja, a reparação do dano pelo autor, efetuado antes do recebimento da denúncia, acarretava tão somente a incidência de redução da pena por força de arrependimento posterior (artigo 16 do CP).

Ocorre que com o advento do artigo 34 da Lei nº 9.249/95 a sistemática original da lei de sonegação foi repristinada em todos os seus termos. Por força de imperativo constitucional (art. 5°, XL, da CRFB), os efeitos da lei retroagiram para beneficiar os fatos pretéritos. Vale dizer que, como apontado por Panoeiro⁵⁶⁵, esta norma ainda não foi expressamente revogada, encontrando-se em vigor, apesar de sucessivas leis de natureza temporária terem introduzido previsões semelhantes nos anos seguintes.

Com efeito, a partir de 2000, a política fiscal do Estado foi reformulada para perseguir a regularização fiscal dos inadimplentes e a recuperação de parte das receitas até então perdidas. Inúmeras leis foram editadas com intuitos estritamente arrecadatórios, autorizando generosos parcelamentos dos débitos tributários pendentes, sendo eles fruto ou não de crime. Neste momento, terminaram por se confundir decisivamente os interesses penais e tributários, direcionando-se a ameaça penal para o reforço meramente simbólico da norma fiscal.

Este foi o caso da Lei nº 9.964/00, que instituiu o primeiro programa de recuperação fiscal (REFIS) e atingiu os débitos de pessoas jurídicas referentes a períodos anteriores a 29 de fevereiro de 2000. O diploma regulou o parcelamento daquelas dívidas, prevendo a suspensão da pretensão punitiva do Estado, e, por

⁵⁶⁵ PANOEIRO, José Maria de Castro. As controvérsias da Lei n. 8.137/1990 (sonegação fiscal) e suas repercussões econômico-criminais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico. Brasília: ESMPU, 2011, p. 324.

conseguinte, também da prescrição penal, enquanto estivesse o autor integrado no programa e desde que tivesse nele ingressado até o recebimento da denúncia pelo crime tributário que possa ter ensejado as dívidas (art. 15, caput e § 1º). Cumpridas as obrigações assumidas perante o Fisco com o parcelamento, e saldado por fim o débito, decretada seria a extinção da punibilidade daqueles crimes (art. 15, § 3º).

Mais tarde, diante do relativo sucesso experimentado pela primeira medida na recuperação de receitas desviadas aos cofres públicos, foi a vez da Lei nº 10.684/03 trazer nova benesse para os devedores e infratores fiscais, nos moldes do programa de parcelamentos precedente. Foram contemplados os débitos consolidados antes de 28 de março de 2003, com os mesmos efeitos penais e processuais já observados na norma de 2000 se não fosse por um detalhe adicional: desta vez a lei não restringiu tais efeitos àquelas hipóteses em que o ingresso no programa tivesse ocorrido antes do recebimento da denúncia no juízo criminal (art. 9º, §§ 1º e 2º).

Ora, na prática, o que se fez foi possibilitar a suspensão da pretensão punitiva e a extinção da punibilidade dos crimes tributários – somente aqueles relacionados aos débitos alcançados pela dita lei, ou seja, aos débitos vinculados a um período e submetidos ao processo de parcelamento – sem qualquer limitação temporal. Assim, efetuado o cadastro no programa, ainda que já estivesse em curso a ação penal correspondente, a pretensão punitiva seria suspensa e a punibilidade do fato, com o pagamento final da dívida, extinta. Esta praxe tornou a se manifestar anos depois, quando da Lei nº 11.941/09 (art. 68 e 69), que logrou agraciar, inclusive, quem havia inadimplido parcelamentos concedidos ou a eles não tivesse aderido anteriormente.

Recentemente, a Lei nº 12.382/11, uma norma que surpreendentemente versa sobre o valor do salário mínimo, reacendeu a polêmica ao alterar o art. 83, da Lei nº 9.430/96, que tratava, inicialmente, apenas de aspectos procedimentais da representação administrativa para fins penais. Foram incluídos nada menos que seis parágrafos com o intuito de alterar o sistema punitivo no que toca aos parcelamentos de débitos tributários.

Como se depreende da nova lei, a suspensão da pretensão punitiva estaria limitada aos crimes cujos débitos fossem objeto de pedido formalizado de parcelamento antes de recebida a denúncia (art. 83, § 2º). A extinção da punibilidade restou prevista para o caso de pagamento integral dos débitos parcelados. Como a nova lei se referiu apenas aos débitos em parcelamento, a única mudança relevante ficou mesmo restrita ao marco limite para a suspensão da pretensão punitiva.

Cumpre analisar, então, a racionalidade dessa política. Na definição de Marinucci e Dolcini⁵⁶⁶, a punibilidade designaria "*l'insieme delle eventuali condizioni, ulteriori ed esterne rispetto al fatto antigiuridico e colpevole, che fondano o escludono l'opportunità di punirlo.*"

Em regra, todo o fato típico, antijurídico e culpável será também punível. Acontece que em alguns casos, ainda que presentes todos os elementos constitutivos do crime, razões há para se eximir o agente de uma sanção. Percebese que a descrição destas hipóteses, que recomendam a impunidade, tem fundamento político-criminal, de modo que ausência de razões preventivas gerais e especiais indicariam a desnecessidade da sanção criminal⁵⁶⁷.

Na situação em questão, o pagamento do débito tributário foi elevado à categoria de causa de supressão da punibilidade. Isto é, por motivos de ordem político-criminal, pensou-se por bem afastar a punição do agente, depois de operada a consumação do fato típico, antijurídico e culpável, quando houver uma disposição dele em apurar sua dívida e realizar voluntariamente o pagamento.

Nesse passo, há de se observar, como faz Martínez-Buján Pérez⁵⁶⁸, que a causa extintiva em tela possui elementos positivos e negativos. Em primeiro lugar, para que seja possível pensar na aplicação deste benefício, é imprescindível que o agente identifique claramente as incorreções e adulterações que incorreu – compensando, assim, o desvalor da ação cometida – e promova o pronto e integral recolhimento dos tributos subtraídos ao Fisco – voltando-se agora ao desvalor do resultado. Em segundo, não se pode esquecer que a ausência de razões

_

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale*: Parte Generale. 3 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 351.

Com uma posição semelhante: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5 ed. Granada: Comares, 2002, p. 593. Afasta-se, neste ponto, das visões de Roxin e Figueiredo Dias: ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. 4 ed. Madrid: Thomson-Civitas, t. I, 2008, p. 895 et seq.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 673. O primeiro a considerar a ausência de necessidades preventivas como causas de exclusão da reponsabilidade, uma categoria que associaria juízos de culpabilidade e de prevenção. Tendo em vista que as razões preventivas não se relacionam, necessariamente, com o comportamento do agente, não se entende o porquê da reunião daqueles juízos numa única categoria. Por outro lado, soa incoerente afirmar a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade e a necessidade de pena de uma conduta, mas excluir a punibilidade por recomendação de finalidades exclusivamente extrapenais. O mais indicado quando as finalidades extrapenais superam as penais seria excluir a própria tipicidade da conduta, questionar a própria intervenção penal nesta seara. Com relação ao segundo autor, defende-se o vínculo entre a punibilidade e a dignidade penal do fato criminoso como um todo. Parece, contudo, que a dignidade penal está presente em todas as categorias do delito, interfere em todos os juízos de imputação do fato criminoso ao agente, de modo que não se sustenta a sua referência isolada na categoria da punibilidade.

O pensamento se mostra aplicável à legislação brasileira na forma de parâmetro crítico, haja vista ter sido concebido pelo autor tomando-se por base a realidade espanhola: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*: Parte Especial. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 557.

preventivas para a aplicação da sanção criminal depende de um comportamento pós-delitivo, ativo e voluntário do infrator, uma atitude inconteste que denote realmente a mudança de postura do agente perante o processo de arrecadação ⁵⁶⁹. É preciso que se infira do novo ato o respeito que o agente confere ao bem jurídico protegido e que demonstre com ele a reparação do dano causado, suprindo-se exigências de prevenção geral e especial.

Ora, isso não é o que acontece quando se permite o pagamento a qualquer tempo. Alheia à teoria dos fins das penas e aos critérios jurídico-penais do instituto, a dita causa específica de extinção da punibilidade dos crimes tributários não demanda uma voluntariedade do agente. Não há que se falar em voluntariedade quando já iniciada a atividade administrativa fiscalizatória ou a investigação criminal⁵⁷⁰.

A possibilidade de pagamento a qualquer momento pode levar, inclusive, à incoerência de o infrator, a seu exclusivo critério, poder se utilizar integralmente das vias administrativas, judiciais civis e judiciais criminais, sucessivamente se assim o desejar, para só então, diante de uma condenação certa, realizar o pagamento e escapar à sanção. A depender das quantias envolvidas, esta opção pode ser até mesmo economicamente mais vantajosa que o cumprimento pontual das obrigações tributárias.

Note-se que este tratamento dedicado pelo legislador aos crimes tributários acaba por estabelecer um favorecimento injustificado em relação aos crimes comuns, violando-se uma premissa de igualdade⁵⁷¹. Enquanto nestes a reparação do dano antes do recebimento da denúncia implica tão-somente na redução da pena imposta, pautada em um comportamento propriamente voluntário, naqueles o pagamento integral e a qualquer tempo retira do Estado a prerrogativa de perseguir a punição do crime cometido.

A coerência do sistema punitivo se mostra mais uma vez comprometida quando a liberdade do cidadão depende unicamente de sua capacidade financeira.

Da mesma opinião: RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51-53.

Da mesma opinião: Ibidem, p. 154-155.

Assim também em: FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 193 et seq; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito penal econômico e o novo direito penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no Direito Penal Econômico*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 139. Para uma análise pormenorizada da questão da desigualdade na administração da justiça penal, em especial quanto aos delitos econômicos: SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 39-42

Em outras palavras, quando a extinção da punibilidade só beneficia aqueles que possuem recursos bastantes para arcar integralmente com o tributo devido e seus acessórios.

As medidas instituídas nas referidas leis ignoram que o Estado ainda tem a seu favor todos os meios coercitivos de cobrança do crédito tributário apurado. O direito penal não se presta a este fim⁵⁷², não pode perseguir funções exclusivamente simbólicas⁵⁷³ (finalidade latente) enquanto seu discurso diz perseguir as funções instrumentais da pena⁵⁷⁴ (finalidade manifestas). O que o sistema penal visa é a proteção de bens jurídicos através dos efeitos preventivos provenientes da cominação, aplicação e execução de penas, porém, no âmbito tributário, o que se vê do sistema atual é a instrumentalização do sistema em função de finalidades extrapenais.

Apesar de serem tipificadas algumas condutas e cominadas determinadas penas, sabe-se de antemão que a resposta penal será pouco provável. Talvez pior do que inviável, ela só se mostrará viável se o acusado, após toda a discussão administrativa e judicial (cível e criminal) possível, não tiver em caixa recursos para literalmente custear sua liberdade. Se esta lógica não incentiva a sonegação fiscal, difícil dizer se algo mais o faria.

Entretanto, não significa isto que o direito penal não deva ter aplicação no âmbito tributário, pelo contrário. A legitimidade do recurso às penas criminais decorre da proteção conferida ao sistema tributário, ao bem jurídico coletivo e todo seu arcabouço constitucional, que não se confunde com o crédito público. É justamente a utilização dos instrumentos penais como meios adicionais de cobrança que viola a finalidade da pena criminal atrai deslegitimação da intervenção penal ⁵⁷⁵.

_

Da mesma opinião: RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 138.

Que as leis penais ostentem efeitos simbólicos não é uma novidade nem um problema. O que não se admite é que estes sejam os seus principais ou únicos efeitos. Neste sentido vide: HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir.) *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995, p. 24.

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 5, jan/mar, 1994, p. 22.

Como bem salienta Tavares: "Si pangándose el tributo se extingue la punibilidad, el objetivo oculto de la ley no es la protección de las formas de recaudación, que podría fundar también la protección a la veracidad o a la autenticidad de los documentos recaudatorios, sino la cobranza de tributos por medio del Derecho penal. [...] Si el Derecho penal es empleado como instrumento de cobranza, nada más correcto que subordinar la tipicidad penal a la previa decisión administrativa, que declare el fraude, por lo cual se quiere cobrar el tributo, antes del proceso criminal." TAVARES, Juarez. La Persecución de los delitos económicos en Brasil. in BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.) Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. Madrid: Ramón Areces, 2007, p. 147. Da mesma

É lamentável se deparar com argumentações⁵⁷⁶ que sustentam a ilegitimidade da intervenção penal na esfera da sonegação fiscal, ignorando o incontestável suporte constitucional do bem jurídico tutelado, e que, diante da realidade da incriminação, parecem se satisfazer com a proliferação incontrolada de mecanismos de liberação da punibilidade. Os instrumentos criados pelo legislador seriam corretos e merecedores de aplauso pelo simples fato de reduzirem a aplicação de penas, independentemente das repercussões dogmáticas e político-criminais que geram.

Alguns doutrinadores, atentos a essas incoerências, vem ressaltando a importância do bem jurídico tributário na atual estrutura do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro para defender uma análise constitucionalmente orientada destes institutos despenalizadores. Aduz-se que o bem jurídico em questão encontra respaldo em direitos fundamentais que estariam expostos a riscos inconstitucionais com a regulação pensada pelo legislador⁵⁷⁷. Assim como as normas incriminadoras, aquelas descriminalizantes ou despenalizadoras deveriam enfrentar, igualmente, uma avaliação de proporcionalidade.

Para Fischer⁵⁷⁸, as decisões em matéria político-criminal reclamam uma consideração dos objetivos perseguidos e dos meios empregados para atingi-los. As normas sob exame não se mostrariam aptas a estimular os cidadãos ao cumprimento das normas fiscais nem prevenir o cometimento de novas evasões. Considerando que a proporcionalidade demanda tanto uma proibição de excesso quanto uma proibição de deficiência, conclui o autor que as normas despenalizadoras em questão não resistiriam à avaliação de proporcionalidade, desguarnecendo por demais o bem jurídico-penal⁵⁷⁹.

Apesar de fundamentada a aludida posição, sua aplicação prática apresenta problemas ainda carentes de solução. O reconhecimento da inconstitucionalidade de alguns dispositivos vigentes por meio de decisões judiciais é um passo que, embora

_

opinião: RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144-145.

As afirmações de Schmidt são paradigmas deste pensamento, a ponto de se propor a aplicação analógica do instituto a todos os crimes patrimoniais, apesar de não se vislumbrar lacunas normativas a serem colmatadas: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 74-75 e 123 et seq.

Especificamente com relação à instituição de causas de exclusão da punibilidade para os crimes fiscais: STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 156-158.

FISCHER, Douglas. *Delinqüência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 198.

⁵⁷⁹ Ibidem, p. 206-222.

teoricamente possível, deixa em aberto os critérios que serão utilizados para que o magistrado constate, enfim e com segurança, a proteção deficiente a um bem jurídico.

Ademais, não se vislumbra com facilidade qual poderia ser a postura deste mesmo magistrado quando a pretensão se voltasse contra a ausência absoluta de norma incriminadora, ou seja, quando se questionasse judicialmente, através da mesma argumentação referida anteriormente, a ausência de norma que tutelasse penalmente um bem jurídico constitucional de suma importância e exposto a toda sorte de ataques.

A teoria, a princípio interessante, ainda precisa de maiores desenvolvimentos para evoluir, superar obstáculos e ganhar aplicação prática. O acerto entre os papeis democráticos desempenhados pelo legislador e pelo juiz é o ponto chave para isto.

Porém, como visto anteriormente, não se faz necessário recorrer a tão complexa teoria para trazer à luz a inconstitucionalidade da medida adotada pelo legislador. Uma vez evidenciado que o instituto despenalizador criado não busca a proteção efetiva do bem jurídico tributário, mas o incremento dos meios coercitivos de cobrança, flagrante se torna a desconsideração do princípio constitucional de proteção de bens jurídicos.

O princípio de proteção de bens jurídicos explicita os fins a serem perseguidos no exercício do poder punitivo, é um reflexo da submissão desta parcela de poder estatal ao Estado de Direito, e sua sede constitucional lhe confere força normativa⁵⁸⁰ suficiente para submeter toda a legislação penal a um crivo de legitimidade. Isto não se restringe às normas incriminadoras, eis que também aquelas que evitam a criminalização hão de demonstrar o respeito ao respectivo objeto de tutela, bem como sua pertinência dentro do sistema punitivo. Não é porque um instituto garante a redução do poder punitivo que deve ser recepcionado sem qualquer comprometimento com as repercussões que gera no sistema penal político-criminalmente orientado.

-

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 50.

6. CONCLUSÃO

A partir da mudança na perspectiva do bem jurídico tutelado nos delitos tributários, toda a regulamentação pertinente merece ser revista e ajustada. Os pontos críticos levantados no capítulo anterior representam uma amostra do quanto o objeto de tutela penal é capaz de influenciar e orientar todo um sistema punitivo.

Ao longo do trabalho foi examinado que o interesse tutelado pelo Estado por meio de seu aparato repressivo, o substrato material do injusto, esteve desde a origem iluminista de sua fundamentação teórica oscilando entre uma posição central na crítica às leis incriminadoras e uma posição periférica, em que mal poderia contribuir com o estudo dogmático do fato punível. O bem jurídico era ora extraído da realidade concreta, anterior e externa à norma, ora da interpretação da própria norma.

Ainda hoje se percebe que essa dicotomia não foi superada por completo, persistindo no cerne das discussões travadas recentemente e que reavaliam insistentemente a utilidade e o potencial do bem jurídico para o direito penal.

De fato, a doutrina atualmente se divide entre os defensores de conceitos críticos ao sistema, dispostos a limitar a liberdade de decisão do legislador na matéria penal, e aqueles apegados a conceitos imanentes, que atribuem ao bem jurídico um papel secundário.

No entanto, por mais que imperfeita, a teoria do bem jurídico merece reconhecimento, eis que oferece pensamentos preciosos para o desenvolvimento da dogmática jurídico-penal, espaço este que as demais teorias críticas não foram capazes de preencher.

Acredita-se, portanto, que é imprescindível à ciência penal a busca de um conceito de bem jurídico crítico ao ordenamento, hábil a restringir a discricionariedade das maiorias parlamentares eventuais detentoras da iniciativa criminalizante.

A teoria, que já nasceu imbricada com o ideal de se exigir dos representantes do povo um fundamento mais concreto para a proibição de condutas, ainda que tenha demorado a apresentar mecanismos reais que atestassem sua aplicabilidade, possui uma capacidade real de cumprir o que prometera, principalmente a partir de sua leitura sob a perspectiva da teoria do Estado e dos direitos fundamentais.

O caminho viável ao bem jurídico atualmente parece ser aquele franqueado pela política criminal pautada pelos valores e diretrizes constitucionais. À política criminal em um Estado de Direito cumpre determinar a meta para a qual aponta todo o sistema penal e é neste ponto, em meio às diretrizes que podem ser impostas pela política criminal e à necessidade de reconstrução do sistema penal em torno desta política, que se evidencia a virtude do bem jurídico.

Na verdade, a aptidão do conceito de bem jurídico para servir simultaneamente à fundamentação e à limitação do poder punitivo faz dele um corolário do Estado de Direito e, por isso, uma imposição constitucional mais do que uma questão de escolha.

Mas para que exerça essas importantes funções, o bem jurídico-penal deve ser concebido como um objeto concreto cuja preservação diante de condutas a ele lesivas ou perigosas se mostra indispensável ao pleno exercício dos direitos fundamentais do homem, tanto em seu aspecto individual quanto naquele afeto à sua expressão social, explícita ou implicitamente contemplados na Constituição.

Deve-se atentar para o fato de que a norma penal não deixa de veicular a restrição a direitos fundamentais de liberdade, o que só se admite quando em jogo a viabilidade e a integridade de outros direitos fundamentais tão relevantes quanto aqueles para a conformação da esfera de liberdade do homem, das condições necessárias ao livre desenvolvimento de sua personalidade em um ambiente de convívio social.

Para a aferição da legitimidade da restrição, imprescindível se torna a identificação do bem jurídico tutelado e a análise de seu suporte constitucional através do juízo de intervenção mínima.

Aplicada ao âmbito penal tributário, tal concepção só pode apontar para aquela condição concreta sem a qual restaria ameaçado o exercício das políticas fiscais, econômicas e sociais instituídas pelos governantes democraticamente eleitos através da tributação.

Como visto, a única realidade que sintetiza os requisitos necessários é o próprio sistema tributário, mais especificamente o processo de arrecadação fiscal definido legal e constitucionalmente.

Vê-se que a tributação em si corresponde a uma realidade instrumental imprescindível à sobrevivência do homem em sociedade e que, atendendo às suas funções constitucionais e legais, acaba por encontrar respaldo em princípios

fundamentais passíveis de ponderação em face das liberdades individuais dos homens, justificando o recurso à reação penal quando diante de determinadas circunstâncias fáticas que lhe comprometam as propriedades.

Sob essa visão, mais do que um conjunto de receitas, o aludido interesse também envolve a preservação de uma capacidade de intervenção econômica estatal, sem que se perca com isto uma grau de concretude suficiente para que seja aferível a ocorrência efetiva de um dano.

O sistema tributário contempla, assim, a correta arrecadação para que se evite o prejuízo ao Fisco em ofensa a justa distribuição dos ônus sociais e à direção econômica implementada pelo Estado. O bem jurídico tributário não pode descurar da função do tributo como um meio moderno de intervenção estatal na economia e de conformação do mercado a certos parâmetros constitucionais, de modo que não pode se esgotar no dano patrimonial decorrente da sonegação.

O processo de arrecadação tributária representa um valor transindividual apto a ser tutelado penalmente. Significa dizer que a tipificação da evasão tributária só adquire legitimidade constitucional enquanto protetiva do sistema tributário, bem jurídico coletivo cuja integridade garante os direitos fundamentais dos membros da sociedade.

Além de sua estruturação constar expressamente da Carta Política, a legitimidade constitucional do sistema tributário nacional advém também dos pressupostos estruturais do Estado Social e Democrático de Direito, principalmente dos imperativos maiores de solidariedade social e isonomia, conformadores de um verdadeiro dever fundamental de pagar tributos.

De todo modo, seja na garantia dos direitos fundamentais liberais (ou de abstenção), seja na obrigação constitucional de promoção dos direitos fundamentais sociais e econômicos (ou de prestação), não se escapa da atuação do Estado que, organizado na forma de Estado Fiscal, depende da contribuição financeira dos indivíduos para dar efetividade aos seus objetivos legais e à política governamental de alocação de recursos.

Contudo, o que se depreende do sistema punitivo brasileiro atual é o desvirtuamento dessa base constitucional e consequentemente de sua legitimidade. Com as iniciativas do legislador se tem operado uma confusão entre os interesses arrecadatórios do Estado, em sua ânsia de fazer frente às carências momentâneas de caixa, e aqueles propriamente político-criminais. O resultado disto é a

identificação do bem jurídico protegido no campo fiscal com o próprio crédito tributário.

Ora, essa postura tem gerado incoerências que acarretam o inevitável questionamento da legitimidade de se utilizar a intervenção penal como mero instrumento de reforço à cobrança. Ao mesmo tempo em que se criminaliza a conduta, esforça-se por estabelecer formas de que a respectiva pena não seja, afinal, aplicada, concentrando-se o sistema no efeito simbólico da sanção abstratamente cominada a despeito de qualquer outra pretensão preventiva, seja geral seja especial.

Assim, são trazidos a lume critérios de controle da elaboração e aplicação das leis penais fiscais em vigor. Como não podem apresentar uma motivação meramente arrecadatória, pela qual exerceriam uma função de meio coercitivo de cobrança, as leis penais neste campo hão de estar orientadas apenas à proteção do sistema tributário nacional o que, inevitavelmente, leva à rejeição de alguns entendimentos e algumas práticas encampadas pela doutrina e jurisprudência.

Dentre os exemplos mais corriqueiros, pode-se dizer que a configuração da conduta lesiva ao bem jurídico, com sua característica dignidade penal e merecimento de pena, não se coaduna com a exigência do prévio esgotamento da via administrativa de discussão do crédito para se permitir o ajuizamento da ação penal correspondente; a aplicação do princípio da insignificância a partir de parâmetros meramente quantitativos; nem com a extinção da punibilidade em razão da restituição do montante sonegado aos cofres públicos.

A utilização acrítica dessa sorte de institutos despenalizadores concebidos pelo legislador com flagrante objetivo arrecadatório e complacentemente recepcionados pela jurisprudência e pela doutrina sob a premissa de que estes seriam mesmo os objetivos da intervenção penal, só faz levantar dúvidas se não se estaria, por outras vias, permitindo uma administrativização do direito penal, uma franca submissão dos interesses político-criminais aos interesses exclusivamente fiscais.

Neste caso, o próprio recurso à resposta penal perde seu objeto de referência a lhe prestar legitimidade e não pode prevalecer. A solução há de ser uma dentre duas possibilidades: ou se continua a reconhecer que o intuito da intervenção penal na matéria tributária tem perfil arrecadatório e, por conseguinte, não goza de qualquer legitimidade constitucional, fechando-se os olhos para uma flagrante

violação de direitos fundamentais e especialmente do postulado de intervenção mínima que deve reger o direito penal; ou se percebe que o bem jurídico a ser protegido pela norma penal em questão está muito além de meros interesses patrimoniais e, portanto, não se confunde com o crédito tributário nem pode estar sujeito à banalização promovida pelos citados institutos despenalizadores.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Derecho Penal Económico*: Consideraciones Jurídicas y Económicas. Lima: IDEMSA, 1997.

AFONSO, Thadeu José Piragibe. O Direito Penal Tributário e os Instrumentos de Política Criminal Fiscal. 2011. 194 f. Dissertação de mestrado — Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. O Princípio da Confiança no Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito. Sevilla: Atelier, 2003.

_____. Protecção de bens jurídicos ou protecção da vigência do ordenamento jurídico? In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 15, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Bien Jurídico y Constitución. In: *Cuadernos de Política criminal*, n. 43, 1991, p. 37.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AMELUNG, Knut. O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da Proteção de Bens Jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 117.

_____. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *El sistema moderno del Derecho penal*: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º Aniversário. Madrid: Tecnos, 1991.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1876. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*: Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa et al. <i>Estudos em Homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias</i> . Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 1.
A Fraude Fiscal. In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. <i>Direito Penal Económico e Europeu</i> : Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3.
Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: CORREIA, Eduardo et al. <i>Direito Penal Económico e Europeu</i> : Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 3.
A Fraude Fiscal: Dez anos depois, ainda um "crime de resultado cortado"? In: RODRIGUES, Anabela Miranda et al. <i>Direito Penal Económico e Europeu</i> : Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3.
ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. <i>Direito Penal Tributário</i> : Crimes contra a Ordem Tributária e contra a Previdência Social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
ANGIONI, Francesco. <i>Contenuto e Funzioni del Concetto di Bene Giuridico</i> . Milano: Giuffrè, 1983.
ARROYO ZAPATERO, Luis. <i>Delitos contra la Hacienda Pública en Materia de Subvenciones</i> . Madrid: Ministerio de Justicia, 1987.
Derecho penal económico y constitución. In: <i>Revista Penal</i> , n. 01, jul, 1997, p. 01.
; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). <i>Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo</i> : El Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. In: <i>Revista de Direito Administrativo</i> , n. 215, jan/mar, 1999, p. 151.
<i>Teoria dos Princípios:</i> Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
AZEVEDO, David Teixeira de. Os Crimes Tributários: Orientação democrática? In: RUIZ FILHO, Antonio; SICA, Leonardo (Coord.) <i>Responsabilidade Penal na Atividade Econômico-Empresarial</i> : Doutrina e jurisprudência comentada. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 239.

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2 ed. Ramón Areces, 2010.

Delitos contra la Hacienda pública. Madri: Ramón Areces, 2000.
BAJO FERNANDEZ, Miguel. Derecho Penal Económico: Desarrollo económico, protección penal y cuestiones político-criminales. In: <i>Estudios del Ministerio Fiscal</i> . Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 825.
(Dir.) <i>Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública</i> . Mesas Redondas de Derecho y Economía. Madri: Ramón Areces, 2007.
BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. <i>Crimes Federais</i> . 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2009.
BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: <i>Revistas Brasileira de Ciências Criminais</i> , ano 02, n. 05, jan/mar, 1994, p. 16.
BARBOSA CASTILLO, Gerardo; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. <i>Bien Jurídico y Derechos Fundamentales</i> : Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Bogotá: D'VINNI Editorial, 1998.
BARCELLOS, Ana Paula de. <i>Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional</i> . Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
BARROSO, Luís Roberto. (Org.). <i>A Nova Interpretação Constitucional</i> : Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
<i>O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas</i> . 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
BATISTA, Nilo. <i>Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro</i> . 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
BECK, Ulrich. <i>Sociedade de Risco</i> : Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.
BETTIOL, Giuseppe. Bene giuridico e reato. In: <i>Rivista Italiana di Diritto Penale</i> , ano X, 1938, n. 16, p. 16.
L'Odierno Problema del Bene Giuridico. In: <i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i> , ano II, gen/mar, 1959.

BINDER, Alberto M. *Política Criminal*: De la formulación a la praxis. Buenos Aires: AD-HOC, 1997.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

____. *Tratado de Direito Penal*: Parte Especial. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOIX REIG, Javier; MIRA BENAVENT, Javier. Los Delitos Contra la Hacienda Pública y Contra la Seguridad Social. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BÖSE, Martin. Derechos Fundamentales y Derecho Penal como "Derecho Coactivo". In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.

BRICOLA, Franco. *Politica criminale e scienza del diritto penale*. Bologna: Mulino, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. *Obras Completas*. 2 ed. Santiago de Chile: EJS, t. II, 2008.

_____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal.* Valladolid: Trotta, 1997. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Justiça Constitucional e Justiça Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 58, jan/fev, 2006, p. 329.

CARBONEU MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal*: Concepto y princípios constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: SafE, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.) *Direitos Fundamentais*: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Coleções Mandamentos Ciências Criminais, nº 8, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORREIA, Belize Câmara. O Controle de Constitucionalidade dos Tipos Penais Incriminadores à Luz da Proporcionalidade. Porto Alegre: SafE, 2009.

CORREIA, Eduardo. <i>Direito Criminal</i> . Coimbra: Almedina, 2008. v. 1.
et al. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1
COSTA, José de Faria. <i>Direito Penal Especial</i> : Contributo a uma sistematização dos problemas 'especiais' da parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
Ler Beccaria Hoje. In: <i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i> , n. 74, 1998, p. 89.
O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico. In: <i>Revista</i> Brasileira de Ciências Criminais, n. 34, abril/junho, 2001, p. 9.
<i>O Perigo em Direito Penal</i> : Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
(Coord.). Temas de Direito Penal Económico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. <i>Constituição e Crime</i> : Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.
D'AVILA, Fabio Roberto. <i>Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios</i> : Contributo à

compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora,

penal contemporâneo. In: ANDRADE, Manuel da Costa (Org.) Estudos em

_. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito

2005.

Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 1.
; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Coord.). <i>Direito Penal Secundário</i> . Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
DECOMAIN, Pedro Roberto. <i>Crimes Contra a Ordem Tributária</i> . Belo Horizonte: Fórum, 2008.
DELMAS-MARTY, Mereille. Droit Pénal des Affaires. Paris: Thémis, 1973.
DIAS, Fábio Freitas. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.) <i>Direito Penal Secundário</i> . Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
DIAS, Augusto Silva. 'Delicta in Se' e 'Delicta mere Prohibita': Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
O novo Direito Penal Fiscal Não Aduaneiro (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro). In: SOUSA, Alfredo José de et al. <i>Direito Penal Económico e Europeu</i> : Textos Doutrinários. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. 2.
DIAS, Jorge de Figueiredo. <i>Direito Penal</i> : Parte Geral. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
O Direito Penal entre a "Sociedade Industrial" e a "Sociedade de Risco". In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33, jan./mar, 2001, p. 39.
O "Direito Penal do Bem Jurídico" como Princípio Jurídico-Constitucional. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.) <i>Direito Penal e Democracia</i> . Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.
Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico. In: <i>Direito Penal Económico e Europeu</i> : Textos Doutrinários. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.
; ANDRADE, Manuel da Costa. O crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português. In: SOUSA, Alfredo José de et al. <i>Direito Penal Económico e Europeu</i> : Textos Doutrinários. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. 2.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. . Uma guestão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005. EISELE, Andreas. Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. ESER, Albin. The Principle of Harm in the Crime Concept: Comparative analysis of the criminally protected legal interests. 1962. Dissertação de mestrado – Universidade de Nova Iorque. ESSADO, Tiago Cintra. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. Porto Alegre: SafE, 2008. FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. . Direitos Fundamentais e Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. __. Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. FERNANDEZ, Gonzalo D. Bien Juridico y Sistema del Delito. Montevidéu-Buenos Aires: Bdef, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*: Teoría del garantismo penal. Valladolid: Trotta, 1995.

FEUERBACH, Anselm v. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIANDACA, Giovanni. Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio de politica criminale. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XXV, 1982, p. 42.

FISCHER, Douglas. *Delinqüência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*: Uma Teoria à Luz da Constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. <i>Direito Penal e Direitos Humanos</i> . Rio de Janeiro: Forense, 1977.
Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios. In: <i>Revista de Direito Penal e Criminologia</i> . Editora Forense, jan/jun 1982, n. 33, p. 122.
FRANCO, Alberto Silva. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. In: <i>Revista Brasileira de Ciências Criminais</i> , n. 31, jul/set, 2000, p. 102.
FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. <i>Curso de Direito Penal Tributário Brasileiro</i> . São Paulo: Malheiros, 2010.
GALDINO, Flávio. <i>Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos</i> : Direitos Não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
GOMES, Luiz Flávio. <i>Norma e Bem Jurídico no Direito Penal</i> . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
; BIANCHINI, Alice. Prévio exaurimento da via administrativa e crimes tributários. In: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 832, fevereiro, 2005, p. 406.
GOMES, Mariângela Gama Magalhães. <i>O princípio da proporcionalidade no Direito Penal</i> . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. <i>La teoría del bien jurídico en el derecho penal</i> . Atizipán de Zaragoza: Pereznieto Editores, 1995.
Los Delitos Fiscales. México: Pereznieto Editores, 1995
GRACIA MARTÍN, Luis. Bien jurídico, resultado, y acción típica en el delito de defraudación tributaria del art. 349 del Código penal español. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1986.
Nuevas perspectivas del derecho penal tributario: Las 'funciones del tributo' como bien jurídico. In: <i>Actualidad Penal</i> , n. 10/7, março, 1994, p. 187.
O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a critica do discurso de resistência. Porto Alegre: SafE, 2005.

GARCÍA TIZÓN, Arturo. El Bien Jurídico Protegido en los delitos contra la hacienda pública. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.) *Política fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública*. Madrid: Ramón Areces, 2006.

GRECO, Luis. Breves reflexões sobre os principios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: <i>Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Gr</i> osso, ano 02, n. 3, jul/dez, 2007, p. 253.
Introdução à Dogmática Funcionalista do Delito. In: <i>Revista Brasileira de Ciências Criminai</i> s, n. 32, out/dez, 2000, p. 120.
Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.
Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: <i>Revista Liberdades</i> , n. 3, jan/abr, 2010.
Tem futuro a teoria do bem jurídico? In: <i>Revista Brasileira de Ciências Criminais</i> , ano 18, n. 82, jan/fev, 2010, p. 165.
; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). <i>O Bem Jurídico como Limitação do Pode</i> <i>Estatal de Incriminar?</i> Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Bien jurídico y norma de cultura: Revisión de la teoría de Max Ernst Mayer. In: <i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i> , n. 3, Madrid, 1993.
HASSEMER, Winfried. <i>Bienes jurídicos en el derecho penal</i> . In: BAIGÚN, David et al. Estudios sobre la Justicia Penal: Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
<i>Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos</i> . In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir.) <i>Pena y Estado.</i> Santiago: Conosur, 1995, p. 23.
Perspectivas de uma moderna política criminal. In: <i>Revista Brasileira de Ciências Criminai</i> s, ano 2, n. 8, out/dez, 1994, p. 41.
<i>Persona, Mundo y Responsabilidad</i> : Bases para una teoría de la imputació en derecho penal. Bogotá: Temis, 1999.
; MUÑOZ CONDE, Francisco. <i>Introducción a la Criminología y al Derecho</i>

Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). <i>O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?</i> Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). <i>La teoría del bien jurídico</i> . Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.
HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico: Imperfecto pero sin alternativa. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos (Coord.). <i>Estudios en Homenaje a Enrique Gimbernat</i> . Madrid: Edisofer, t. I, 2008.
El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) <i>La teoría del bien jurídico</i> . Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 179.
(Org.). La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.
HEGEL, G. W. F. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: SafE, 1991.
HIRSCH, Hans Joachim. Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha. Trad. Luís Greco. In: <i>Revista Brasileira de Ciências Criminais</i> , ano 14, n. 58, jan/fev, 2006, p.64.
HOBSBAWM, Eric J. <i>A Era das Revoluções</i> : 1789-1848. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. <i>The Cost of Rights</i> : Why Liberty Depends on Taxes. New York-London: W. W. Norton & Company, 1999.
HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. <i>Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho</i> : el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago: Conosur, 1992.
JAKOBS, Günther. <i>Dogmática de Derecho Penal y la Configuración Normativa de la Sociedad</i> . Madrid: Civitas, 2004.
Sociedad, norma y persona en un teoría de un Derecho penal funcional. Madrid: Civitas, 1996.

; STRUENSEE, Erberhard. <i>Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno</i> . Libro en Homenaje a Hans Welzel. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.
O que é Protegido pelo Direito Penal: Bens Jurídicos ou a Vigência da Norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) <i>O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?</i> Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; PEREIRA, Daniel Queiroz. Direito Penal Econômico e Tributário: Uma Análise Histórica e Comparada. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.) <i>Inovações no Direito Penal Econômico</i> . Brasília: ESMPU, 2011.
JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. <i>Tratado de Derecho Penal</i> : Parte General. 5 ed. Granada: Comares, 2002.
KALACHE, Maurício. Crimes Tributários. Curitiba: Juruá, 2008.
KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. São Paulo: Barcarolla, 2009.
KAUFMANN, Armin. Teoria da Norma Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
LACERDA, Hugo. O Crime de Fraude Fiscal: Estudo e Reflexão. Porto: Almeida & Leitão, 2009.
LAGODNY, Otto. El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). <i>La teoría del bien jurídico</i> . Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.
LARENZ, Karl. <i>Metodologia da ciência do direito</i> . 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una constitución? Bogotá: Temis, 2003.
LISZT, Franz von. <i>La Idea de Fin en el Derecho Penal</i> . Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma del México e Universidad de Valparaíso de Chile, 1994.
Tratado de Direito Penal Alemão. Campinas: Russel, 2003. t. 1.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes Tributários*: Aspectos Criminais e Processuais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. México: Herder, 2007.

LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. 2. ed. Porto Alegre: SafE, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAÑAS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*: Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. *Umanità e Razionalità del Diritto Penale*. Verona: CEDAM, 2008.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, n. 02, abr/jun, 1994, p. 151.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Princípio da Insignificância: Propostas para uma nova política criminal racional. In: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Coord.). *Temas de Direito Penal*: Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar-ABDR, 2008, p. 26.

MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. El delito fiscal. Madrid: Montecorvo, 1982.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de La Empresa*: Parte Especial. 3 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *Derecho Penal Económico y de La Empresa*: Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, n. XVIII, a, 1995, p. 163.

MARTINI, Adriano. Reati in Materia do Finanze e Tributi. In: GROSSO, C. F.; PADOVANI, T; PAGLIARO, A. *Trattato di Diritto Penale*: Parte Speciale. Vol. XVII. Milano: Giuffrè, 2010.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MATUS, Jean Pierre (Dir.). *Dei delitti e delle pene*: 250 años después. De la obra maestra a los becarios. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2011.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*: Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1994. v. 1.

MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal*: Parte General. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2007.

MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*: Parte General. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2004.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: Libro de Estudio. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, t. 1, 1958.

MIR PUIG, Santiago. Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Limites del *lus Puniendi*. In: *Revista de la Universidad de Santiago de Compostela*, p. 204.

_____. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

_____. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*: Concepto y Método. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2003.

_____. O princípio de proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do Direito Penal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n. 01, jan/mar, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo-Brasília: Saraiva-IDP, 2008.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: Libro de estudio. Parte General. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1958.

MOCCIA, Sergio. De la Tutela de Bienes a la Tutela de Funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María (Org.) *Política*

Criminal y Nuevo Derecho Penal: Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, p. 113.

MONTE, Elio lo. *Principios de Derecho Penal Tributário*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2006.

MONTE, Mário Ferreira. *Da Legitimação do Direito Penal Tributário* – Em Particular, os Paradigmáticos Casos de Faccturas Falsas. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*: Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

<i>Derecho Penal y Control Social</i> . Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
Introducción al Derecho Penal. Colección Maestros del Derecho Penal. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2001.
Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). <i>El Nuevo Derecho Penal Español</i> : Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi Editorial, 2001, p. 570.
NARAIS José Casalta <i>Direito Fiscal A</i> Ed Coimbra: Almedina 2006

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜNDERSSEN, Klaus. *Principales Problemas de la Prevención General*. Montevideo-Buenos Aires: Bdef. 2004.

PALAZZO, Francesco C. Valores Constitucionais e Direito Penal. Porto Alegre: SafE, 1989.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. *Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PANOEIRO, José Maria de Castro. As controvérsias da Lei nº 8.137/1990 (sonegação fiscal) e suas repercussões econômico-criminais. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.) *Inovações no Direito Penal Econômico*. Brasília: ESMPU, 2011.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). *Direito Penal e Democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Juridico en el Derecho Penal*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1974.

POMBO, Nuno. *A Fraude Fiscal*: A Norma Incriminadora, a Simulação e Outras Reflexões. Coimbra: Almedina, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010. v. 1.	os
<i>Direito Penal Econômico.</i> 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.	

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Coimbra: Minerva, 1934.

RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do Bem Jurídico e Estrutura do Delito*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

RAWS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press. 2005.

____. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIS, Marco Antônio Santos. Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato. Rio de Janeiro: RFDUERJ, 2010. v. 1, n. 18. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/issue/view/146. Acesso em: 07.abr.2012.

RIOS, Rodrigo Sánchez. As causas de exclusão da punibilidade nos delitos econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. O Crime Fiscal. Porto Alegre: SafE, 1998.

ROCCO, Arturo. *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal*: Contribución a las Teorías Generales del Delito y de la Pena. Colección Maestros del Derecho Penal, n. 02. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda <i>et al. Direito Penal Económico e Europeu</i> : Textos Doutrinários, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3.
Novo olhar sobre a questão penitenciária. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: SOUSA, Alfredo José de et al. <i>Direito Penal Económico e Europeu</i> : Textos Doutrinários. Problemas Especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. 2.
RODRIGUES, Savio Guimarães. <i>Critérios de seleção de bens jurídico-penais</i> : Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 20, n. 97, jul/ago, 2012, p. 183.
O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro. In: <i>Revista dos Tribunais</i> , ano 100, v. 911, set, 2011, p. 217.
RODRIGUES, Savio Guimarães. O bem jurídico-penal tributário e a legitimidade constitucional do sistema punitivo em matéria fiscal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.) <i>Inovações no Direito Penal Econômico</i> . Brasília: ESMPU, 2011.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. <i>Do Contrato Social</i> : Princípios de direito político. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
ROXIN, Claus. <i>A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal</i> . 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
<i>Derecho Penal – Parte General</i> : Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 4. ed. Madrid: Thomson-Civitas, t.1, 2008.
Estudos de Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: <i>Revista dos Tribunai</i> s, n. 922, ano 101, ago, 2012, p. 291.
<i>Política Criminal y Sistema del Derecho Penal</i> . 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
<i>Problemas Fundamentais de Direito Penal</i> . 3 ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004.
Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. In: <i>Revista</i>

_____. Sobre o Recente Debate em Torno do Bem Jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In: *Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, ano 4, n. 5/8, 1975, p. 332.

RUIZ FILHO, Antonio; SICA, Leonardo (Coord.). Responsabilidade Penal na Atividade Econômico-Empresarial: Doutrina e Jurisprudência Comentada. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A Tutela Penal e as Obrigações Tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La Proteción Penal de los Bienes Colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

SANTOS, André Teixeira dos. *O Crime de Fraude Fiscal*: Um contributo para a configuração do tipo objectivo de ilícito a partir do bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O Crime do Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. Criminalidade Fiscal e Colarinho Branco: A fuga ao Fisco é exclusividade do White-Collar? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*: Visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1200.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos Fundamentais*: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos Fundamentais*: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da Punibilidade em Crimes de Sonegação Fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 45, out/dez, 2003.

Obras. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. I, 2009.
O direito penal é a <i>ultima ratio</i> da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: <i>Revista Brasileira de Ciências Criminais</i> , n. 53, 2005, p. 09.
<i>El Sistema Moderno de Derecho Penal</i> : Cestiones Fundamentales. Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario. Madrid: Tecnos, 1991.
Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María (Org.). <i>Política Criminal y Nuevo Derecho Penal</i> . Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 89.
SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de benes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) <i>La teoría del bien jurídico</i> . Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.
SILVA, Germano Marques da. <i>Direito Penal Tributário</i> : Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos seus Administradores Conexas com o Crime Tributário. Lisboa: Universidade Católica, 2009.
SILVA, Virgílio Afonso da. <i>Direitos Fundamentais</i> : Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. <i>El nuevo escenario del delito fiscal en España</i> . Barcelona: Atelier, 2005.
La Expansión del Derecho Penal. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.
Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.
SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. <i>Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo</i> . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
<i>Direito Penal Supra-Individual</i> : Interesses Difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SIMÕES, Pedro Coelho. A Supra-Individualidade como Factor de Superação da Razão Moderna. In: Costa, José de Faria (Coord.). *Temas de Direito Penal Económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SOARES, Antonio Carlos Martins. *A Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Granada: Comares, 2003.

SOUSA, Alfredo José de *et al. Direito Penal Económico e Europeu*: Textos Doutrinários – Problemas Especiais, Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. 2.

SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais:* Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011. . Da criminologia à política criminal: Direito penal econômico e o novo direito penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). Inovações no Direito Penal Econômico. Brasília: ESMPU, 2011. ; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de Direito Penal: Parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. STERNBERG-LIEBEN, Dtlev. Bien Jurídico, Proporcionalidad, y Libertad del Legislador Penal. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). La Teoría del Bien Jurídico. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007. STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal: Parte General. El Hecho Punible. Madrid: Thomson-Civitas, t. I, 2005. . Sobre o Conceito de "Bem Jurídico". In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.) O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição*: Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de Como Não Há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais. Artigo disponível em www.leniostreck.com.br.

_____. Crime e Estamento: Notas sobre a política criminal e o direito penal em *terrae brasilis*. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.) *Direito Penal e Democracia*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito Penal e Constituição*: A Face Oculta da Proteção dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*: The uncut version. New Haven-London: Yale University Press, 2010.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, Juarez E. X. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Edição especial de lançamento, 1992, p. 76. _____. Teoria do Injusto Penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. . Teorias do Delito: Variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. . La Persecución de los delitos económicos en Brasil. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública. Madrid: Ramón Areces, 2007. TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. _. Lecciones de Derecho Penal Económico: Comunitario, español, alemán. Barcelona: PPU, 1993. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y Limites del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos. In: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XLIII, ene/apr, 1990, p. 05.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: TORES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*: Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

. I ratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e
Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.
WELZEL, Hans. <i>Derecho Penal – Parte General</i> . Buenos Aires: Roque Depalma 1956.
<i>O Novo Sistema Jurídico-Penal</i> : Uma introdução à doutrina da ação finalista. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. <i>En busca de las penas perdidas</i> : Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1998.
; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. <i>Direito Penal Brasileiro</i> – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.
; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. <i>Direito Penal Brasileiro</i> – Teoria do Delito. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2.
; PIERANGELI, José Henrique. <i>Manual de Direito Penal Brasileiro</i> : Parte Geral, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.