

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL: CONSEQUÊNCIAS E PARADOXOS

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES: CONSECUENCIAS Y PARADOJOS

Luis Gustavo Blaskesi de Almeida ¹

RESUMO

O Direito Penal na atualidade sofre uma onda de criminalização orientada, em grande parte, pelo anseio de que ele possa solucionar os vácuos deixados pelo governo, em razão de sua parca atuação no sistema econômico. Todavia, sabe-se que a lei penal não possui vocação para atuar fora de seus matizes originais e quando o faz, acaba por infringir o maior dos princípios, exatamente, o da legalidade. Nesse sentido, o presente estudo visa desvelar o passado, o presente e algumas possíveis consequências em relação ao futuro desta malsucedida intervenção, sobretudo, no que diz respeito à lei penal, quando se pretende lançar mão de sua proteção em matéria financeira, econômica e tributária.

PALAVRAS-CHAVE: Expansão; Direito Penal; Estado Democrático.

RESUMEN

El derecho penal en la actualidad sufre una ola de criminalización, impulsado en gran medida por el deseo de que puede resolver los vacíos dejados por el gobierno debido a su escaso rendimiento en el sistema económico y administrativo. Sin embargo, se sabe que el derecho penal no tiene vocación para actuar fuera de sus colores originales, y cuando lo hace, se termina rompiendo el mayor de los principios exactamente la legalidad. Por consiguiente, este estudio tiene como objetivo revelar el pasado, el presente y algunas posibles consecuencias para el futuro de esta intervención excesiva, sobre todo en lo que respecta al derecho penal, cuando se quiere hacer uso de su protección en materia financiera, económica y fiscal.

PALABRAS CLAVE: Expansión; Derecho Penal; Estado Democrático.

¹ Analista Processual da Justiça Federal do Rio de Janeiro, Especialista em Ciências Criminais pela PUC/RS, Mestrando do PPGSD da UFF

INTRODUÇÃO

O Estado provedor, originado após o abandono das idéias iluministas do século XVIII, teve como característica a índole da intervenção, esta sob todos os aspectos. A partir das Constituições modernas, inúmeros foram os princípios que passaram a nortear e a ressaltar a maior regulamentação estatal no meio econômico e financeiro.

No Brasil, entretanto, foi adotado um modelo econômico que privilegia a livre iniciativa e a propriedade privada, onde o Estado atua meramente como agente supletivo da esfera de mercado.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por seu turno, prima pela concretização do pleno Estado Democrático de Direito, cujo equilíbrio está na posição intermediária a ser adotada entre dois sistemas, o liberal e o social, mas com preponderante defesa da dignidade da pessoa humana, bem como da promoção de maior justiça social.

Sobre este prisma, ainda, o modelo ocidental de “Estado-Nação” subdesenvolvido vem sendo assolado sobremaneira pelo fenômeno globalizante, cujos efeitos acabam por enfraquecer as estruturas estatais, cujas conseqüências imediatas são a exclusão dos mais necessitados e a violação dos direitos humanos.

Reflexo destes elementos objetivos e subjetivos que circundam a esfera estatal, tendo como paradigma o Brasil, verifica-se o aumento do poder interventivo, não em saúde, educação ou cultura, mas em matéria de criminalização.

Cerceado pela insuficiência de recursos e por inúmeros outros fatores negativos, o Estado, por meio de intensa legiferação, em detrimento de princípios constitucionais, utiliza-se do Direito Penal para intervir na sociedade, mesmo que simbolicamente, imaginando-se estar esmorecendo o fervor social.

A expansão do Direito Penal, principalmente no Brasil, tem-se transformado em tortuoso processo para os juristas, haja vista a polêmica técnica de estruturação dos respectivos tipos penais, revelando uma defasagem dogmática em relação a este novo paradigma penal.

1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO PROVIDOR

Com o advento do Estado do Bem-Estar Social – *Welfare State*² – no início do século XX, em detrimento do Estado liberal, e particularmente com a sua formatação jurídica como Estado Democrático de Direito, as velhas ideologias, em parte, foram deixadas de lado³.

Contudo, para esta transformação foi necessária uma compreensão de que para a realização de finalidades superiores, constitucionais, que abrangessem a todos imprescindível seria a união das esferas privada e estatal. Explicando esta mutação, Fábio Konder Comparato assim explica:

No primeiro caso, o Direito apresentava um caráter meramente declaratório da ordem natural das coisas; no segundo, ele se torna um instrumento de consecução de fins, ou seja, assume o caráter de norma técnica⁴.

Diante desse quadro, as Constituições contemporâneas, espelhadas nas Constituições Mexicana, de 1917, e Weimar, surgida em 1919, passaram a conter princípios e normas sobre a ordem econômica. Tal ingerência, alavancada pelo Estado moderno, teve como fundamento, *a priori*, inúmeras transformações ocorridas no mundo dos negócios, passando por uma acentuada crise enfrentada pelo capitalismo⁵.

Bolzan e Streck traçam diversas causas que desencadearam tal processo, entre elas estariam: **a)** revolução industrial, **b)** a primeira guerra mundial, **c)** a crise econômica de 1929 e a depressão e **d)** a segunda guerra mundial, fatores estes que redundaram em mudanças em âmbito das condições de trabalho, acentuaram um desagregamento e produziram a necessidade de uma economia interventiva⁶.

² Segundo Lênio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, este modelo estatal tinha como escopo a intervenção e a promoção, caracterizando-se como sendo aquele que capaz de garantir “[...] tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados, a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político” (STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.71).

³ “A História desta passagem, de todos conhecida, vincula-se em especial à luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação para a convencionalmente chamada questão social. São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e a assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia, etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia âmbito do mercado – para o Estado Intervencionista - que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada – expressas como intervenção do Estado no ou sobre o domínio econômico”. (MORAIS, José Luís Bolzan de. As funções do estado contemporâneo. o problema da jurisdição. *Cadernos de Pesquisa da Unisinos*, n.03, s.d. p.12).

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na constituição brasileira de 1988. *RDP*, n.93, p.264.

⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.08.

⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. cit., p. 63.

2 O PARADIGMA DA POLÍTICA ECONÔMICA ESTATAL INTERVENTIVA E A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO MEIO E NÃO COMO FIM

A intervenção econômica sobre a qual se comenta se materializa de forma mais intensa ou menos, dependendo do modelo econômico adotado por determinado Estado. No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, em seu art. 170, oferece uma organização de ordem socioeconômica, equilibrada sobre uma mistura de "socialismo" e "liberalismo"⁷. Outrossim, a Constituição consagra um princípio básico do liberalismo, que é a iniciativa privada e, por outro lado, como forma de contrabalançar esta relação, privilegia os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana⁸. Esta seria, em tese, a caricatura do chamado Estado Providência.

Desta complexa interação entre mercado econômico e trabalho, tornou-se necessária a ingerência do Estado por meio de uma legislação adequada, na medida em que as normas do Direito comum, por si só, não seriam suficientes. Assim, o dirigismo econômico⁹ torna-se uma realidade, juntamente com um novo ramo do Direito: o econômico.

O Direito Econômico vem previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; em seu art. 24, I, é concebido especialmente como meio de traduzir, em normas, a instrumentalização das políticas econômicas a serem adotadas pelo Estado brasileiro.

Nesse sentido, conceituando este ramo do Direito, Fábio Konder Comparato assevera:

O novo Direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, seja este centralizado ou descentralizado¹⁰.

⁷ Exemplo disso pode ser observado nos incisos XXII: É garantido o direito de propriedade, e XXIII: A propriedade atenderá a sua função social, respectivamente, do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil/1988.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 763 e ss. Streck e Bolzan criticam esta posição, afirmando que “No Brasil, a modernidade é tardia. O intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado e caminho para aquilo que se convencionou chamar de Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social, serviu apenas para acumulação de capital e renda para as elites brasileiras” (STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Op. cit., p.73).

⁹ Ricardo Antunes Andreucci explica que: “Ao dirigismo correspondeu um aumento da estrutura burocrática estatal, sem a qual a administração não encontraria meios adequados à execução de suas atividades e, ainda, correlatamente, um aumento de poder, sem o qual estas atividades não se concretizariam. Surge, portanto, um aparato administrativo de enorme extensão, com condições de, não raro operar como redutor de liberdades e direitos, embora não se possa dizer que liberdade e intervencionismo sejam antitéticos” (ANDREUCCI, Ricardo Antunes. O direito penal econômico e o ilícito fiscal. *Revista dos Tribunais*, n.426, 1971. p.301).

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, n.353, 1965. p.22.

No mesmo sentido, o professor Eros Roberto Grau entende o Direito Econômico como sendo um:

[...] sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica¹¹.

A intervenção estatal sobre a ordem econômica, buscando a consecução de seus objetivos de índole econômica e financeira, diante de condutas abusivas e contrárias ao direito, estendeu esta ingerência ao campo do Direito Penal como forma de não ver abalado o desenvolvimento econômico, criando tipos e respectivas sanções penais protetivas de interesses jurídicos que, em tese, seriam dignos de uma proteção especial.

Antecede, contudo, à intervenção do Direito Penal, uma filtragem que tem como ponto de partida os fins a que o Direito Penal se propõe, sob pena de os valores constitucionais, os quais legitimam toda e qualquer intervenção penal, serem renegados a segundo plano.

Sob este prisma, Márcia Dometila Lima de Carvalho entende que:

Partindo-se do fato de ter a ordem constitucional vigente projetado um modelo econômico capaz de concretizar os direitos sociais (nela sensivelmente alargados) e implementar a justiça social (por ela almejada), não é difícil concluir que a criminalidade contra a ordem econômico-financeira solapa a concretização dos direitos sociais e a consecução da justiça social¹².

Em sentido contrário, Marcelo Bertolucci elenca diversos argumentos que apontam para os inconvenientes deste tipo de criminalização, dando destaque à própria impunidade como um dos fatores¹³.

De qualquer forma, esta “nova” criminalidade, sob a influência de E. Sutherland, cunhada de *White-collar criminality*, ou criminalidade do colarinho branco; erigida justamente com o Estado contemporâneo, com denotações econômicas, financeiras e tributárias, produziu, na dogmática penal, um verdadeiro surto. Ante as características que lhe são peculiares, os comportamentos antieconômicos trouxeram consigo uma profunda

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.175.

¹² CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992. p.92.

¹³ BERTOLUCCI, Marcelo Machado. O crime de não-recolhimento de tributos e contribuições: aspectos críticos. *Revista de Estudos Tributários*, n.14, jul.-ago. de 2000, p.148.

modificação nos bens jurídicos, colocando-os na categoria de *ultima ratio* para garantir o adequado desenvolvimento de um dado modelo econômico¹⁴.

Deste enfrentamento, qual seja, Direito Penal *versus* criminalidade moderna, William Terra de Oliveira tece o seguinte comentário:

[...] o Direito Penal Clássico tende a resistir à quebra de seus postulados, apresentando e dando sustentáculo (ainda nos dias de hoje) a um arsenal punitivo incompatível, em termo de eficácia repressora e preventiva, com muitas das querências coletivas. Por conseqüência, de plano torna-se evidente que o aparato penal tradicional, construído sobre fundamentos dogmáticos afetos à condutas vicejantes no século passado, tende a buscar novas soluções contra a aparição e proliferação desses neófitos comportamentos delitivos, os quais, nem sempre, encontram estrita adequação aos tipos penais clássicos¹⁵.

Embora a doutrina trave constantes discussões acerca das políticas criminais adotadas pelo Estado, por outro lado, é unânime na constatação desta nova criminalidade (macrocriminalidade)¹⁶, com características de danosidade transindividual.

Sobre esta nova realidade, Jesús-María Silva Sánchez aduz que:

En lo momento actual, en suma, el tema en debate social no es la criminalidad de los desposeídos, leit-motiv de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (crime of the powerful, corporate and business crime)¹⁷.

Vale referir, entretanto, que o mesmo autor¹⁸ adverte para a perspectiva de que 80% da criminalidade ainda se manifesta como aquela definida como *lower class* ou criminalidade de massa.

¹⁴ CORREIA, Eduardo. *Introdução ao direito penal econômico, direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Lisboa: Coimbra Ed., 1998. v.I, 299 e ss.

¹⁵ OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.19, 1995. p.232.

¹⁶ Como ilustração, vale trazer um exemplo típico deste tipo de criminalidade que, por meio das denominadas contas CC5, disseminaram no Brasil, o crime de evasão de divisas (CARVALHO, Joaquim de. O paraíso CC5. *Revista Veja*, 25.08.1993, p.88 e ss.).

¹⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Barcelona: Civitas, 1999. p.41.

¹⁸ Sobre a criminalidade de massa, Wingfried Hassemmer faz a seguinte dedução: "Assaltos de rua, invasões de apartamentos, comércio de drogas, furtos de bicicletas ou delinquência juvenil crescem, ao passo que sua elucidação policial bem como sua real elucidação tendem a zero. Estas manifestações da criminalidade afetam-nos diretamente, seja como vítimas reais ou possíveis. Os efeitos não são apenas econômicos, mas sobretudo atingem nosso equilíbrio emocional e nosso senso normativo: trata-se da sensação de desproteção e de debilidade diante de ameaças e perigos desconhecidos, que nos leva a duvidar da força do direito" (HASSEMER, Wingfried. *Segurança pública no estado de direito*. In: Três temas de direito. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993. p.64).

Importante assim refletirmos sobre a adequação dos princípios gerais do Direito Penal, como o princípio da legalidade, com o atual modelo de intervenção do Estado na área penal.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO PARADIGMA LEGITIMADOR DE TODA E QUALQUER INTERVENÇÃO NO CAMPO PENAL

O princípio da legalidade ou princípio da reserva legal ou, ainda, intervenção legalizada, divulgado pela fórmula "*nullum crimen nulla poena sine lege*"¹⁹, é tido, dentro do ordenamento jurídico, como o princípio mais relevante e, por isso, consagrado em quase todos os códigos dos países civilizados, bem como nas Constituições modernas. Ao contrário do que entendem alguns autores, Luiz Luisi esclarece que o surgimento deste primado se deve ao pensamento iluminista, liderados pelos pensadores liberais²⁰.

Luisi elucida tal princípio ao desdobrá-lo em três postulados, quais sejam : o da reserva legal, que concerne à fonte das normas penais incriminadoras, da taxatividade, ou seja, relativo à formulação do tipo penal e, por último, o da irretroatividade que é justamente a validade da lei penal no tempo²¹.

Logo, conforme entende o mestre gaúcho, no século XVIII, insurgindo-se contra o sistema penal de seu tempo, Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, lançou, com *Dei delitti e delle pene*, as bases deste princípio fundamental; esteio do Estado Democrático de Direito²².

¹⁹ O Princípio da legalidade, ao longo do tempo, sofreu mutações e adições que lhe conferiram o status de maior garantia à liberdade individual, principalmente, dentro do regime democrático. Vale referir, pelos ensinamentos de Maurício Antonio Ribeiro Lopes que, a partir da formulação clássica da expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*, sucederam-se a ela desdobramentos, cujos conteúdos trataram de reconhecer a irretroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), banir do sistema a eleição de comportamentos penais pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), e proibir incriminações vagas, desprovidas de certeza (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), também chamado de princípio da taxatividade (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal – projeções contemporâneas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p.15).

²⁰ LUISI, Luiz. Pena e constituição. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, v.3, n.1, 1990, p.28.

²¹ Ibid., p.24.

²² Conforme Cesare Beccaria afirmara: "Quando as leis forem fixas e literais, quando apenas confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para indicar se esses atos são conformes à lei escrita, ou se a contrariam; quando, finalmente, a regra do justo e do injusto, que deve orientar em todos os seus atos o homem sem instrução e o instruído, não constituir motivo de controvérsia, porém simples questão de fato, então não se verão mais cidadãos submetidos ao poder de uma multidão de ínfimos tiranos, tanto mais intoleráveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido; que se fazem tanto mais cruéis quanto maior resistência encontram, pois a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, porém aos entraves que lhes são opostos; e são tanto mais nefastos quanto não há quem possa libertar-se de seu jugo senão submetendo-se ao despotismo de um só. Com leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime" (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. [s.l.]: Martin Claret, 2000. p.23-24).

O princípio da legalidade representa, atualmente, a primeira garantia do cidadão em face do poder punitivo do Estado e, portanto, a determinação segura do campo específico da ilicitude penal. Trata-se, segundo Nilo Batista²³, da "[...] pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica".

Na esteira da expansão do Direito Penal no Estado pós-moderno, é possível identificar que o princípio da legalidade vem sofrendo séria mitigação de sua eficácia, do que serve de exemplo o uso indiscriminado das normas penais em branco quando se trata de criminalizar condutas afetas às áreas econômico-financeiras e tributárias.

O princípio da legalidade, principalmente em âmbito criminal, vale lembrar, garante ao cidadão a faculdade de conhecer os fatos que pode ou não praticar, ou seja, de forma prévia, sem qualquer tipo de surpresa, aquele que cometer um fato tido como delituoso, automaticamente será passível de punição, visto que previsto em lei. Como visto, entretanto, a exceção, vem se transformando em regra.

A norma penal em branco configurar-se quando a norma penal alçada pelo poder legislativo necessitar de complementação, ou seja, dentro do ordenamento jurídico ela encontra-se incompleta. Sendo assim, o preenchimento deste vazio, por sua vez, será afeto a órgãos de esfera diversa, v.g., o Poder Executivo²⁴.

Segundo Salo de Carvalho, a norma penal em branco, consoante afirmara Binding, seria "um corpo errante em busca de alma" e explica que a doutrina admite tal norma nos crimes ambientais, de entorpecentes e na criminalidade econômica, na medida em que a proteção dos bens jurídicos lesados ou em perigo restaria prejudicada em razão da lenta formulação legislativa²⁵.

Por exemplo, nos crimes tributários o aplicador da lei penal-tributária poderá se deparar com normas incompletas, ditas em branco, aquelas nas quais a conduta incriminada não está integralmente definida, como visto, necessitando de complementação²⁶. Batista entende que esta complementação pode ser feita por outro dispositivo de lei (complementação homóloga), pela própria lei penal (complementação homóloga homovitelina), por lei diversa

²³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4.ed. São Paulo: Renavam, 2001. p.67.

²⁴ CARVALHO, Salo de. *A política de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p.82.

²⁵ *Ibid.*, p.83.

²⁶ No dizer de Pimentel, as norma penais em branco "[...] caracterizam-se pelo fato de não determinarem, no preceito primário, o comando de ação ou de omissão de maneira completa, delegando à autoridade administrativa a sua complementação" (*Op.cit.* p.49).

(complementação homóloga heterovitelina), ou por fontes legislativas de hierarquia inferior (complementação heteróloga)²⁷.

Nesse sentido, tem-se que as normas penais em branco de complementação heteróloga seriam inconstitucionais por violar a concepção de reserva absoluta e, por conseguinte, o princípio da reserva legal.

Consoante explica Nilo Batista:

A concepção de 'reserva absoluta' postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, cumprindo à lei proceder a uma 'integral formulação do tipo' [...]²⁸.

Como bem destaca Misabel Derzi, poderá ocorrer uma afronta aos princípios delineados, nos casos em que obrigações tributárias acessórias, constitutivas dos tipos penais da Lei 8.137/90 (tipificadora dos crimes contra a ordem tributária), necessitem de complementação²⁹.

Explica a professora mineira que, quando os tipos desta lei remetem sua complementação à lei tributária, v.g., informando apenas o vocábulo "*em desacordo a legislação*", deve-se interpretar à luz da Constituição e em detrimento do art. 96, do CTN³⁰, que tal expressão não poderá significar que decretos e atos administrativos criem ou modifiquem substancialmente estas obrigações³¹.

Além disso, o princípio da segurança jurídica, aquele em que, conforme J. J. Gomes Canotilho:

[...] o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos [sic] ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas³²,

²⁷ BATISTA, Nilo. Op. cit., p.75.

²⁸ Ibid., p.73.

²⁹ DERZI, Misabel. *Crimes contra a ordem tributária, normas penais em branco e legalidade rígida*. Repertório IOB, n.13, 1ª quin. jul. 1995. p.214.

³⁰ Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

³¹ DERZI, Misabel. Op. cit., p.214.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.371.

estará a salvo, sempre que as normas penais, ditas em branco, forem preenchidas por lei, sem lacunas ou atos administrativos providos do poder executivo.

Ademais, toda e qualquer exceção ao princípio da legalidade, que implique modificação de conceitos, deveres ou obrigações deverão estar amparadas e autorizadas por norma constitucional, na medida em que esta transformação poderá influir na caracterização da responsabilidade penal.

4 A LEGITIMAÇÃO DA ESCOLHA DOS BENS JURÍDICOS DIFUSOS QUE MERECEM A TUTELA PENAL: TRÊS OUTROS PRINCÍPIOS

A teoria do bem jurídico penal, sem dúvida, apresenta-se como o norte principal para a moderna ciência penal. É mediante a determinação de certo bem (objeto concreto de tutela penal), que tal ciência obtém suporte para ligar-se à realidade.

Antecede, contudo, aos critérios pelos quais há a seleção dos bens e valores essenciais da sociedade e que, por isso, devem ser tutelados pelo Estado, um importante fenômeno pelo qual a sociedade é atingida, qual seja: o processo de massificação.

A massificação da sociedade (ou seja, uma sociedade de produção, troca e consumo em massa) acabou por produzir situações e conflitos por demais complexos, sendo possível imaginar que os prejuízos decorrentes deste processo afetam, não mais a um particular, mas sim a uma gama de pessoas, envolvendo grupos, classes e coletividades. São as chamadas violações de massa³³.

Sobre este quadro é que se debruça o moderno operador do Direito Penal, na medida em que, consoante Faria Júnior bem explica: “No âmbito econômico, como consequência do dinamismo da sociedade moderna, chegou-se à configuração de bens jurídicos chamados difundidos ou difusos”³⁴.

Os direitos difusos, segundo explicita Teori Zavaski, seriam transindividuais, ou seja, portadores de uma indeterminação absoluta e indivisíveis, porquanto afeitos a todos os seus titulares³⁵. Neste prisma, o Direito Penal lança o seu feixe de proteção justamente sobre estes bens jurídicos, visto passíveis, quando atingidos, de irradiarem danosidade coletiva.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, n.5, 1977. p.130.

³⁴ FARIA JÚNIOR, César de. Crimes contra a ordem tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n.4, jul./set. de 1993, p.115.

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n.329, 1995. p.148 e ss.

Nesse aspecto, o ponto mais polêmico, quiçá, que circunscreva a intervenção penal sobre determinadas práticas anticontributivas, fiscais ou econômicas seria o processo e critérios de individualização e determinação de bens jurídicos, feito pelo legislador, para a elaboração das respectivas normas incriminadoras. E isto pressupõe o fim a que se destina o Direito Penal.

O sistema penal visa à proteção de determinados bens jurídicos, mas o legislador ao legislar, sempre terá princípios constitucionais limitadores à função por ele exercida, principalmente para a escolha de um bem jurídico passível de ser protegido.

Desta forma, o poder punitivo do Estado nunca poderá proibir condutas, senão, consoante notícia Juarez Freitas:

[...] quando impliquem em lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos, tomados como valores concretos que tornam possível a proteção da pessoa humana, como seu destinatário final, ou que assegurem a sua participação no processo democrático, sem qualquer referência a um dever geral de obediência³⁶.

Não por acaso, que o conceito de bem jurídico resultou de cansativa elaboração doutrinária, primeiramente buscando-se um conteúdo material na lesão ou exposição de perigo de direitos subjetivos. Noutra fase, fim do século XIX, a lesão ou exposição a perigo de interesses vitais, chegando a doutrina, por fim, à conclusão de que o conteúdo material do injusto recairia sobre a lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico³⁷.

Com efeito, Assis Toledo entende serem os bens jurídicos “[...] valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesões efetivas”³⁸. O mesmo autor, entretanto, acrescenta que nem todo bem será necessariamente um bem jurídico e que nem todo bem jurídico será passível de ser acobertado pela tutela penal³⁹.

Eventualmente, o que ocorre é a má escolha de bens jurídicos a serem tutelados penalmente. O legislador, muitas vezes por desconhecimento, renega a segundo plano três princípios fundamentais e que servem de base formal e material para o surgimento de novos tipos penais.

O primeiro deles seria o princípio do Estado Democrático de Direito, que está identificado com a ordem democrática, cuja função primordial è garantir e resguardar a

³⁶ FREITAS, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º especial de lançamento, dez. 1992, p.80.

³⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.p.16.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., p.17.

dignidade da pessoa humana⁴⁰. O segundo princípio fundamental seria o da intervenção mínima, expresso pela máxima *ultima ratio*; está no ordenamento jurídico para limitar o direito de punir estatal⁴¹. E, por último, mas não menos importante, o princípio da fragmentariedade, que postula a intervenção penal somente naqueles casos em que haja um ataque ou agressão intoleráveis, dirigidas contra bens fundamentais⁴².

CONCLUSÃO

O Estado brasileiro, há décadas enfraquecido com os inúmeros fracassos, vê-se impossibilitado de transmitir qualquer legitimidade de seus atos à sociedade. A sociedade menos favorecida, por sua vez, está acuada, pois é sobre ela que recai e é ela que suporta os infortúnios⁴³ estatais.

O Direito Penal, desta forma, passa a ser utilizado como um direito voltado para a gestão de problemas administrativo-sociais. Por isso, o tratamento punitivo emprestado a essas condutas, tipicamente reguladas pelo Direito Administrativo, em uma tentativa desesperada de minimizar o vazio deixado pela omissão do Estado na solução das mazelas sociais, acaba por distanciar o Direito Penal de seu fim e, principalmente, de princípios que lhe são inerentes, tais como o da legalidade e o da culpabilidade.

E, nesse sentido, importante destacar a seguinte afirmação de Mariz:

A fúria legiferante, no campo penal, em verdade é uma fuga de responsabilidades e funciona como uma cortina de fumaça lançada sobre os olhos da população, que clama por soluções para seus cruciais problemas e se ilude com a tutela penal e agora, com a pena de morte, desonestamente, apresentada como panacéia para os males da violência. Por falta de capacidade para remover as causas de inúmeras violações de direito, ou por ser conveniente mantê-las, procura-se a via cômoda e enganosa de lei penal, ao invés de se trilhar o penoso caminho da renovação do entulho e do lixo, representado pela má distribuição de rendas, pelos privilégios, pela corrupção, pela insensibilidade criminosa de parte das elites e pelo desprezo da classe política, em geral, pelo bem comum⁴⁴.

⁴⁰ PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.52.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid., p.51.

⁴³ Falta de fiscalização, falta de políticas tributárias ou má aplicação das mesmas e a corrupção são apenas alguns destes fatores.

⁴⁴ OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Reflexões sobre os crimes econômicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.11, 1995, p.94.

Em outro giro, pode-se afirmar que o Direito Penal, nessa medida, passa a ser administrativizado. Essa administrativização, tipologia utilizada por Jesús-María Silva Sánchez, traz consigo, igualmente, o fenômeno da expansão do Direito Penal para além dos seus limites, com a flexibilização dos princípios político-criminais e de regras de imputação.

Assim, a medida coercitiva diversa e desviante das históricas conquistas do Direito Penal resulta, sem sombra de dúvida, em excesso de criminalização, o que deslegitima a própria lei penal, uma vez que o mau uso deste instrumento ou o seu uso indiscriminado acaba por gerar impunidade e descrédito perante a sociedade.