



20º Congresso de Iniciação Científica

DIREITO PENAL DE PERIGO E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: ENFOQUE PARTICULAR RELATIVO AO DIREITO PENAL ECONÔMICO-TRIBUTÁRIO E REFLEXOS NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Autor(es)

GUSTAVO DE OLIVEIRA CARDOSO BENTO

Orientador(es)

JOSÉ RENATO MARTINS

Apoio Financeiro

PIBIC/CNPq

1. Introdução

O Direito é, por natureza um todo unitário que não pode ser fracionado, daí ser impossível aceitar a existência de um ramo do Direito que seja absolutamente independente e suficiente em si mesmo. Como um dos segmentos do chamado direito penal secundário, o direito penal econômico é um dos que mais suscita mais questionamentos, seja quanto ao aspecto dogmático, penológico ou político-criminal. Tais questionamentos se fundamentam na limitação do poder de punir do Estado frente à necessidade atual da criação de dispositivos que protejam determinados bens jurídicos ameaçados de lesão. O direito penal e seus institutos se caracterizam como instrumentos de controle social e, portanto, necessitam de uma base sistemática para que não fiquem limitados à mera exposição pura e simples da legislação penal e suas consequências sociais. O contexto social é um ponto fundamental para o nosso objeto de estudo, pois, através dele, seremos capazes de visualizar as necessidades, estabelecer critérios para a base crítica dos elementos aqui discorridos. Importante contribuição nos é trazida por Jorge Sampaio, lembrando as conclusões do 11 Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Penal, em Bangucoque, na Tailândia, onde se concluiu que: Por crime econômico e financeiro entende-se, de um modo geral, toda a forma de crime não violento que tem como consequência uma perda financeira. Este crime engloba uma vasta gama de actividades ilegais, como a fraude, a evasão fiscal e o branqueamento de capitais. É, no entanto, mais difícil definir a noção de crime econômico e o seu conceito exacto continua a ser um desafio. A tarefa complicou-se ainda mais devido aos avanços rápidos das tecnologias, que proporcionam novos meios de perpetuar os crimes desta natureza. Outro importante destaque deve ser feito quanto à natureza dos crimes econômicos, que se amoldam aos delitos de ordem supraindividual, ou seja, atingem o coletivo e não apenas o particular. Nesse sentido, temos o pensamento de Emerson de Lima Pinto, ao descrever que a criminalidade econômica contempla um caráter difuso, múltiplo e indeterminado de vítimas, bem como elevada danosidade material e social ocasionada à sociedade. A sociedade moderna trouxe consigo novos efeitos de sua evolução e no surgimento de novos riscos. Já, o desenvolvimento tecnológico acelerado fez com que o Direito ficasse desconexo com as novas áreas. Vivemos hoje no que chamamos de sociedade de risco. Essa ideia de modelo social foi cunhada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986, quando da publicação da sua obra *Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne*, cujas considerações ganharam o mundo. Sendo assim, o risco passou a ser o elemento central da organização social, antes acessório. Tal momento reclama a atenção e a intervenção do Direito, particularmente do direito penal econômico-tributário, uma vez que o objeto de estudo deste trabalho refere-se ao bem jurídico ameaçado de lesão por esse ramo de atividade.

2. Objetivos

Este trabalho tem por objetivo compreender o sentido e o alcance do direito penal de risco, a percepção de um conflito parcial entre as políticas criminais propugnadas por esse discurso jurídico e os princípios fundamentais do direito penal de Estado Social e Democrático de Direito. Dentro do contexto da modernidade, ganha especial relevo a questão da tutela dos bens jurídicos no direito penal e a necessidade da adoção de medidas político-criminais capazes de responder às demandas de uma sociedade de risco, compatibilizadas com o imperativo constitucional de limitação do poder de punir do Estado e as consequências da adoção do princípio da lesividade. Busca-se, portanto, a conciliação da necessidade de prevenção efetiva dos riscos derivados das atividades econômico-tributárias com a preservação do fundamento do ético-democrático do direito penal conformado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

3. Desenvolvimento

O ponto de partida para este trabalho foi um levantamento bibliográfico sobre os temas: sociedade de risco; antecipação da tutela penal; direito penal de perigo. Buscou-se a observação dentro do ordenamento jurídico-penal brasileiro a legislação criminal relativa aos delitos econômicos tributários. Através do desenho atual do sistema, definiram-se assim os instrumentos jurídico-penais utilizados pelo legislador para identificar as condutas que ofendem o bem jurídico de natureza econômico-tributária. Na sequência, o trabalho de campo junto aos Tribunais Superiores do País, em especial o STJ e o STF sobre delitos econômico-tributários através de pesquisas jurisprudenciais, no intuito de identificar os embaraços existentes tanto favoráveis quanto contrários na tutela penal dessa natureza por parte do legislador. Ao final, pretendeu-se apresentar as conclusões sobre a importância da tutela penal do direito econômico-tributário, especificamente no direito brasileiro, trazendo assim sugestões para a modificação da tutela dos bens jurídicos dessa natureza em todos os assuntos abordados, sempre sob o enfoque do Estado Social e Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República Federativa brasileira, inclusive na tutela dos bens supraindividuais.

4. Resultado e Discussão

O direito penal é chamado a resolver os conflitos mais diversos da sociedade, como se ele por si só, detivesse esse poder. O direito penal de risco, consequência dogmática da sociedade moderna onde estão presentes os novos riscos, cunhados da alta tecnologia e potencialidade danosa, caracteriza-se por uma série de instrumentos com os quais se procura enfrentar satisfatoriamente tais questões. É em razão das novas incertezas, que se colocam sobre a determinação dos perigos e seu julgamento, que alternativas acabam sendo formuladas no interior do sistema político. Assim, o direito penal de risco consiste no discurso jurídico, segundo o qual este direito deve ser utilizado para enfrentar os novos riscos sem quaisquer ressalvas, partindo de certas transformações significativas nos conceitos, institutos e princípios da dogmática. Em síntese, sugere a mitigação do princípio da reserva legal, o amplo emprego de mecanismos próprios de antecipação da tutela penal e o abandono de princípios básicos garantidores do cidadão ante o *ius puniendi*, como a culpabilidade e a imputação objetiva, dentre outros. Observamos através de um estudo mais detalhado que, o aspecto supraindividual da infração tributária no que se refere ao tipo de interferência no cumprimento da função social do Estado pela falta de arrecadação, neste caso por motivo tanto de negligência quanto por fraude. Podemos então tomar esta situação como uma representação de ameaça de lesão a um bem jurídico. Se o princípio da lesividade ou ofensividade significa a exigência de lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico, o conceito de bem jurídico torna-se uma das questões centrais. E aqui, justamente, se apontarão as primeiras dúvidas. Antes de prosseguirmos, é necessário fazer uma distinção entre dois conceitos de bem jurídico. Quando afirmamos que toda incriminação visa defender um bem jurídico pode ser entendido, aqui, tanto de uma perspectiva dogmática, quanto de uma perspectiva político-criminal, ou, para usar a famosa terminologia de Hassemer, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema, quanto transcendente ao sistema. De uma perspectiva dogmática, toda norma terá seu bem jurídico. O crime de casa de prostituição, por exemplo, (CP, art. 229) terá por bem jurídico a moralidade pública sexual, a bigamia (CP, art. 235) o interesse do Estado em proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico,¹⁷¹⁴ e porque não dizer que o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966) terá por seu bem jurídico a boa administração pública, através da arrecadação de tributos e sua devida destinação. Quanto a este conceito, não há qualquer dúvida ou problema. Ele nada mais é que o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá tal interesse. Observando se a existência de tal bem jurídico a ser tutelado, há que se falar em antecipação da tutela penal, neste caso, nos crimes contra a ordem econômico-tributária. Todavia, deparamo-nos outra vez com alguns problemas de aplicação da lei penal, como por exemplo, nos crimes de perigo abstrato. No Direito Penal da atualidade, muito se discute sobre a recepção da Constituição Federal dos crimes de perigo abstrato frente ao princípio da lesividade consagrado no nosso ordenamento. Crime de perigo é aquele no qual basta que ocorra um risco ao objeto protegido como bem ou interesse jurídico para a realização típica. O perigo, nesses crimes, pode ser concreto ou abstrato. Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. Já o perigo abstrato, é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que

pressupõe perigosa. Ângelo Roberto Ilha da Silva ensina que existem autores que superam a clássica divisão bipartida dos crimes de perigo concreto, admitindo o tertium genus crime de perigo abstrato-concreto. A partir do final da década de sessenta é que se passou a falar em tais delitos, os quais configurariam uma categoria intermediária entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto. Consoante a doutrina alemã, o perigo abstrato no sentido de que não exige a apresentação de uma vítima concreta do perigo; seria ao mesmo tempo concreto, no sentido de que a conduta deve ser concretamente adequada para poder lesionar um bem jurídico individual (vida, integridade física, patrimônio, etc.). Podemos entender que o crime de perigo abstrato-concreto apresenta um perigo geral, ou seja, essa conduta seria capaz de lesionar um bem jurídico mesmo que não existisse a exposição efetiva de ninguém. Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que a utilização do recurso da chamada antecipação da tutela penal somente se justifica quando, por meio da análise da conduta do agente no caso concreto, verificar-se ao menos a colocação em perigo dos bens jurídicos protegidos pela norma penal, exigência da própria antijuridicidade.

5. Considerações Finais

O objetivo deste trabalho é acima de tudo trazer à baila a discussão sobre a possibilidade da antecipação da tutela penal nos casos dos crimes econômico-tributários. É bem verdade que não é possível para o Direito Penal tutelar todo bem jurídico, mas ao refletirmos sobre esse estudo, após uma análise criteriosa sobre o panorama atual no qual estamos inseridos, provavelmente, tomaremos a posição a favor dessa tutela antecipada dada a iminência do risco que se apresenta hoje nesse assunto. Após uma pesquisa realizada junto ao STJ e ao STF, pode-se observar que o entendimento atual tanto na corte suprema, quanto nas instâncias inferiores é o de que se faz necessário o esgotamento da via administrativa para a representação fiscal para fins penais dos crimes contra a ordem tributária. Inúmeros casos que versavam sobre a necessidade desse esgotamento da via administrativa para fins penais chegavam às cortes do país, tanto é que em 02 de dezembro de 2009 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 24 assim emendada: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Uma vez pacificado este entendimento no STF, não há que se falar em qualquer tipo de manobra jurídica que seja eficaz para confrontar este tipo de decisão. O Direito Penal é chamado para resolver os mais diversos tipos de problemas, inclusive os de ordem econômico-tributária, como se ele fosse capaz por si só de solucionar estes problemas. O que ocorre é que muitas vezes ele, o Direito Penal, se vê burocraticamente impedido de produzir uma efetiva prestação jurisdicional, tanto de coação, quanto de punição. Conforme citamos neste trabalho, o perigo abstrato, é presumido juris et de jure. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa. Partindo-se desta premissa, entende-se que a conduta delitativa do agente que pratica os atos contidos no art. 1º da Lei 8137/90, não só é passível como é necessária de proteção penal, não estando condicionada ao esgotamento da via administrativa para que se puna o agente em questão. A antecipação da tutela penal nestes casos específicos se mostra coerente dada a proporção de crimes que vem sendo praticados neste âmbito atualmente. O Direito Penal dispõe de meios para proporcionar segurança à sociedade neste sentido. É dever do Estado promover esta segurança à população.

Referências Bibliográficas

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. São Paulo: Atlas, 2001.
- BECK, Ulrick. Hacia una nueva modernidad. Trad.: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Borrás. Barcelona: Paidós, 1988. In: MARTINS, José Renato. Tutela penal em decorrência das atividades nucleares. Curitiba: Juruá, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. In: MARTINS, José Renato. Tutela penal em decorrência das atividades nucleares. Curitiba: Juruá, 2010.
- CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal. Algumas linhas para a limitação ou não da intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. In: DAVILA, Fabio Roberto; Souza, Paulo Vinícius Sporleder. Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2006.
- COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. Os delitos econômicos na atualidade. O crime do colarinho-branco e a lavagem de dinheiro. In: DAVILA, Fabio Roberto; Souza, Paulo Vinícius Sporleder. Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2006.
- ESCRIVÁ GREGORI, José Maria. La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal. Barcelona: Bosch, 1976.
- GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. In: LUZ, Renata C. Derzié. A Constitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato: a tipicidade do porte de arma de fogo desmuniada com base na jurisprudência do STJ e do STF. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2010.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 49, jul.-ago. 2004.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, v. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1949. In: BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Munhoz. Teoria geral do delito. São Paulo: Saraiva, 2000.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal, t. III. Buenos Aires: Losada, 1958.

LANZI, Alessio; ALDROVANDI, Paolo. *Lillicito tributario*. Itália: Cedam, 2001.

MARTINS, José Renato. *Tutela penal em decorrência das atividades nucleares*. Curitiba: Juruá, 2010.

PINTO, Emerson de Lima. *A criminalidade econômico-tributária: A (des) ordem da lei e a lei da (des) ordem*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 38. In: LUZ, Renata C. Derzié. *A Constitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato: a tipicidade do porte de arma de fogo desmuniada com base na jurisprudência do STJ e do STF*. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2010

VILLEGAS, Hector B. *Derecho penal tributario*. Argentina: Ediciones Lerner, 1965.