

**FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
MARCELO D'ANGELO LARA**

**INFLUÊNCIA PANPENALISTA NAS NORMAS TRIBUTÁRIAS:
CARACTERIZAÇÃO E PROVÁVEIS EFEITOS**

Nova Lima
2012

MARCELO D`ANGELO LARA

**INFLUÊNCIA PANPENALISTA NAS NORMAS TRIBUTÁRIAS:
CARACTERIZAÇÃO E PROVÁVEIS EFEITOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. José Barcelos de Souza

Nova Lima
2012

L318 i LARA, Marcelo D'Angelo
Influência panpenalista nas normas tributárias: caracterização e prováveis efeitos. /
Marcelo D'Angelo Lara. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2012.

97 f., enc.

Orientador: Prof. Dr. José Barcelos de Souza

Dissertação: (Mestrado) – Dissertação para obtenção de título de mestre, área de
Concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Referências: f. 89-96

1. Panpenalismo. 2. Direito penal. 3. Direito tributário 4. Inderrogabilidade penal. I.
Souza, José Barcelos de. II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título

CDU 336.2(043)



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada *“INFLUÊNCIA PANPENALISTA NAS NORMAS TRIBUTÁRIAS: CARACTERIZAÇÃO E PROVÁVEIS EFEITOS”*, de autoria do mestrando MARCELO D’ANGELO LARA, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. José Barcelos de Souza
orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr

Nova Lima, ___ de _____ de 2012.

Dedico este trabalho aos meus pais, Mário Celso Lara e Carlota Maria D'Angelo Lara, em reconhecimento ao valor dado a uma educação de qualidade, e em gratidão pelos sacrifícios necessários para proporcioná-la.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a minha irmã e sócia, Paula D'Angelo Lara, minha motivação no estudo do Direito, guia e companheira inseparável no exercício da advocacia, que suportou sacrifícios e compensou minha ausência no tempo despendido na realização desta pesquisa.

Agradeço, também, ao professor e orientador Doutor José Barcelos de Souza, pela atenção e conselho no decorrer da pesquisa, e ao professor Doutor Luciano Santos Lopes, verdadeiro exemplo de abnegação e disponibilidade, que se mostrou sempre receptivo aos questionamentos de um mestrando que não teve o prazer de ser seu aluno no decorrer do curso.

Agradeço, ainda, aos professores que compõe o corpo docente do curso de mestrado em direito da Faculdade Milton Campos, pela qualidade das lições ministradas no decorrer do curso, e a própria instituição, pela seriedade na organização do programa e pela imparcialidade em seu processo seletivo, permitindo aos alunos o acesso a um curso de qualidade com base em valores e méritos pessoais.

À Míriam de Abreu Machado e Campos (*in memoriam*), agradeço pela indelével lição de que a vocação do mestre ultrapassa os liames profissionais, e que o verdadeiro professor, independente da sua graduação e do curso ministrado, é um formador de caráter.

Aos funcionários da Milton Campos, em especial o pessoal da secretaria, figuras indispensáveis ao funcionamento da estrutura do programa, sem os quais a conclusão deste trabalho dentro do prazo preestabelecido tornar-se-ia impossível.

Aos colegas, em cujo convívio tive a oportunidade de transformar desenvolvimento profissional em crescimento pessoal.

Por fim, agradeço a todos os meus alunos e ex-alunos, exemplo e recordação constante de que o desenvolvimento do saber é tarefa infinda e grata.

*“Corruptissima republica, plurimae leges”
(Quanto mais corrompida a república,
mais leis)*

Tácito (Anais. 3, 27, 3).

RESUMO

Considerando a realidade atual da sistemática penal brasileira, se observa uma tendência a proliferação de normas de cunho penal em regulamentações relativas a outros ramos do Direito. Este trabalho visa analisar a abrangência dessa tendência, especialmente no direito tributário, considerando a utilização da sanção penal como elemento de coerção ao adimplemento de obrigações relativas a esta ramificação do direito. A pesquisa tem ainda como objetivo analisar os efeitos das causas de exclusão de punibilidade relativas aos crimes tributários na inderrogabilidade penal, bem como na sistemática penal como um todo.

Palavras-chave: Panpenalismo. Direito penal. Direito tributário. Inderrogabilidade penal.

ABSTRACT

Considering the current reality of Brazilian penal system, there is a trend towards the proliferation of criminal rules in regulations relating to other branches of law. This study aims to analyze the breadth of this trend, especially in tax law, considering the use of criminal sanction as an element of coercion to the due performance of obligations related to this branch of law. The research has as objective to analyze the effects of causes that excludes the culpability relating to tax crimes in penalty inevitability, as well as in the criminal system as a whole.

Keywords: Criminal hypertrophy. Criminal law. Tax law. Penalty inevitability.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O PANPENALISMO.....	13
2.1	Conceituação.....	13
2.2	Etimologia.....	15
2.3	Relevância.....	17
3	FUNDAMENTOS DA NECESSIDADE DA INFLAÇÃO PENAL.....	22
3.1	Causas de justificação.....	22
3.2	Os benefícios aparentemente decorrentes da inflação penal.....	24
4	CRÍTICAS AO PANPENALISMO.....	28
4.1	O panpenalismo como fomentador de desigualdades sociais.....	28
4.2	Risco para as liberdades individuais e os limites de intervenção do Estado.....	30
4.3	Necessidade de rejeição da tendência panpenalista.....	31
4.4	Problemática da rejeição da influência panpenalista.....	33
4.5	Propostas dos críticos do panpenalismo.....	34
5	A INFLUÊNCIA PANPENALISTA NAS NORMAS TRIBUTÁRIAS.....	37
5.1	A simbiose penal-tributária.....	38
5.2	Tipos penais em apreço.....	40
6	PERTINÊNCIA DAS NORMAS PENAIS DE CUNHO TRIBUTÁRIO.....	44
6.1	Considerações críticas acerca da tipificação dos crimes tributários..	46
6.1.1	<i>A dupla tutela legal.....</i>	<i>46</i>
6.1.2	<i>O rigor atribuído às normas penais tributárias.....</i>	<i>47</i>
7	A EXCLUSÃO DA PUNIBILIDADE NAS NORMAS PENAIS TRIBUTÁRIAS.....	54
7.1	As escusas absolutórias e o perdão judicial.....	56
7.2	Efeitos na classificação doutrinária dos crimes.....	57
7.3	Real classificação das causas de exclusão da punibilidade.....	60
8	O PRINCÍPIO DA INDERROGABILIDADE PENAL.....	61
8.1	A inderrogabilidade como elemento de “certeza da lei”.....	62
8.2	A inderrogabilidade das normas tributárias.....	64
8.3	As exceções relativas à inderrogabilidade.....	66
9	EFEITOS PARA A INDERROGABILIDADE PENAL.....	69
9.1	A imposição da celeridade na arrecadação em detrimento da inderrogabilidade da pena.....	70
9.2	A fragilização da noção de obrigatoriedade da norma penal.....	71
9.3	A absorção da ideia de inaplicabilidade da sanção como permissão para o descumprimento deliberado da obrigação legal.....	73

10 IMPLICAÇÕES DAS NORMAS APRESENTADAS NO SISTEMA PENAL..	77
10.1 O enfraquecimento da identidade do subsistema penal.....	78
10.2 O direito penal tributário como elemento reafirmador de desigualdades sociais.....	79
10.3 A necessidade de reafirmação do direito penal.....	82
11 CONCLUSÃO.....	83
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

O panorama contemporâneo do estudo do Direito contempla não somente os critérios de validade e aplicabilidade dos variados diplomas legais em voga em determinados ordenamentos jurídicos. Na era da ampla comunicação, a interação entre as ramificações das ciências sociais é inevitável. Em virtude disso os sistemas jurídicos encontram, não raramente, influências estranhas à sua estrutura teórica, bem como pressões relativas a uma necessidade de aproximação da dogmática jurídica ao ambiente de discussão e questionamento gerado pela difusão dos meios de informação.

Tal fenômeno é também observado no ambiente legislativo, onde o papel do parlamentar como representante autônomo foi mitigado pela vigilância constante apresentada pelos meios de comunicação, bem como pelo dinamismo da exigência de resultados analisados e sobrepostos, praticamente, em tempo real.

Nesse ambiente subsiste o desafio do direito em acompanhar os anseios e as voláteis transformações sociais, ao tempo em que busca manter sua estruturação, invariavelmente baseada em um lento processo de evolução histórica. Tal desafio se torna mais árduo diante da consideração da necessidade do legislador buscar demandar o adimplemento de obrigações legais, em um ambiente de constante questionamento acerca da validade ou aplicabilidade das leis.

Diante desse desafio, notadamente a utilização de normas penais como instrumento de reafirmação da exigibilidade de determinados comportamentos se avulta. Os dispositivos de cunho penal permeiam a maioria das leis ordinárias editadas nas últimas décadas, assim como as legislações especificamente penais a cada dia mais abarcam situações anteriormente sob a égide de outras ramificações do direito.

Na mesma esteira, evoluções recentemente instituídas na sistemática penal apontaram para uma mitigação das penas privativas de liberdade, causando uma aproximação conceitual entre as sanções penais e administrativas. Como resultado, uma percepção de relativa indiferença entre as duas espécies de sanção gerou a absorção de uma ideia de sanção geral, estendendo os limites de aplicação da lei penal e permitindo a ingerência do *jus puniendi* estatal sobre outras ramificações do direito público.

A alteração projetada, apesar do aparente aprimoramento da efetividade de determinados diplomas legais, uma provável tensão de cisalhamento sobre consagrados princípios de direito penal como, por exemplo, o da fragmentariedade e da subsidiariedade, assim como a mitigação do aforismo de *minimis non curat praetor*¹.

Este panorama apresentado pela realidade jurídica brasileira se assemelha a um fenômeno estudado em outros países de base jurídica romano-germânica. Tal fenômeno – que na atualidade se convencionou chamar de panpenalismo -, se dedica a análise da influência da sistemática penal nos demais ramos de direito, visando projetar eventuais resultados dessa influência.

O objetivo do presente trabalho é conceituar e analisar a tendência ante a criação de normas penais relativas às obrigações tributárias e previdenciárias. Considerando os dispositivos legais em debate – juntamente com os princípios de estrutura penal, conceitos sociológicos e criminológicos -, o estudo pretende traçar uma projeção de seus resultados, definindo a validade ou os riscos decorrentes da tendência.

O trabalho se inicia no segundo capítulo, naturalmente, com a conceituação do fenômeno a ser estudado como influência legislativa na edição das normas penais tributárias.

O terceiro capítulo trata da análise das causas de justificação apresentadas em defesa da tendência panpenalista, desdobrando-se sobre a consideração dos benefícios aparentemente decorrentes da utilização do *jus puniendi* como elemento de coerção ao adimplemento de normas de caráter administrativo.

Na quarta seção, serão consideradas as críticas genéricas ao fenômeno do panpenalismo, perpassando os principais fundamentos do argumento de fragilização da sistemática penal como a utilização do sistema penal como um fomentador de desigualdades sociais, bem como a consideração dos aparentes riscos representados pela massificação da tendência aos direitos e garantias individuais. Feita esta análise, o trabalho passará a considerar as necessidades de rejeição da tendência, apontadas por seus críticos, além dos desafios decorrentes da mitigação da tendência, passando pelas propostas sugeridas pelos estudiosos do fenômeno.

¹ Apesar do sentido literal da expressão significar “o magistrado não deve se preocupar com questões insignificantes”, melhor é considerar que o direito não deve preocupar-se com tais questões uma vez que, atualmente, a figura do magistrado pouco se assemelha àquela criada pelas assembleias das Centúrias Romanas.

O capítulo quinto visa delimitar a influência do fenômeno estudado nas normas que são objeto do estudo, considerando as características da simbiose penal-tributária, bem como expondo os tipos penais que serão analisados na pesquisa.

Na sexta unidade, o trabalho trata da impertinência dos tipos penais tributários, discorrendo sobre a ambiguidade de um sistema fundado em uma dupla tutela legal analisando, ainda, os esforços empreendidos pelo poder público para conferir maior rigor e efetividade ao elemento coercitivo decorrente das normas em apreço.

Continuando a análise acerca das preocupações do poder público em garantir a máxima efetividade dos dispositivos penais tributários, o sétimo capítulo trata das estratégias criados pelo legislador com a finalidade proporcionar a amenização dos comportamentos tipificados nas normas penais tributárias após o adimplemento das obrigações fiscais, sua incoerência com o modelo penal vigente em nossa sistemática jurídica, bem como seus efeitos negativos na classificação dos delitos em estudo.

No oitavo capítulo, a pesquisa expõe o princípio da inderrogabilidade das penas, conceituando-o e analisando sua relevância enquanto corolário do direito penal. Serão expostas as teorias mais austeras a respeito do princípio, sua relevância para a manutenção da ordem social através da integridade e validade do sistema penal.

A nona unidade, considerando os conceitos até então estudados, inicia o estudo da projeção dos efeitos da influência panpenalista nas normas tributárias junto à inderrogabilidade penal e na credibilidade das normas inerentes aos subsistemas estudados, passando pela análise dos efeitos negativos da simbiose penal-tributária.

Na décima unidade serão analisados, na mesma esteira, os prováveis efeitos da aplicação das normas penais tributárias, nos moldes atuais, na sistemática jurídica penal pátria.

O décimo primeiro capítulo traz a conclusão do trabalho, perpassando a análise dos conceitos demonstrados, a consideração das tendências estudadas e sua influência nas normas em apreço, culminando na definição do caráter inoportuno da tendência.

2 O PANPENALISMO

Como o estudo parte da análise de uma tendência historicamente observada em diversos ordenamentos de base romano-germânica, naturalmente se faz necessário iniciar essa análise através de sua conceituação e de sua relevância.

2.1 Conceituação

A ideia de panpenalismo deriva da análise das tendências observadas na aplicação do direito penal, sobretudo no que tange a abrangência e o rigor de normas incriminadoras em determinado ordenamento jurídico. Atualmente, é apresentada pela doutrina como uma opinião crítica à proliferação de normas penais, não raramente conjugadas a interesses políticos que se traduzem na forma de “políticas de segurança pública”².

O panpenalismo não chega a ser uma corrente doutrinária. Apresenta-se conjugado à corrente do minimalismo penal, como visão crítica referente à aplicação de uma contracorrente, o maximalismo penal. Isto porque não existe propriamente uma inclinação doutrinária centrada em defender a aplicação máxima ou ilimitada do direito penal, mesmo porque uma defesa incondicional dessa tendência resultaria, invariavelmente, na negação das garantias constitucionais penais em voga no ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se, portanto, de uma reação crítica em face do desrespeito à corrente doutrinária dominante na sistemática penal pátria, representada pelo minimalismo penal. Essa tendência que, em virtude de seu caráter opositor, se convencionou chamar de maximalismo penal, reflete modelos políticos-criminais que visam reprimir comportamentos atentatórios a moral social através da proliferação de normas heterotópicas de cunho penal. Essas políticas, em regra, têm como objetivo combater situações de caráter emergencial ou apaziguar sentimentos disseminados no seio social, muitas vezes derivados da falibilidade do próprio Estado em promover os direitos sociais.

² Embora amplamente utilizada na atualidade, essa expressão não possui um significado propriamente jurídico, nem guarda estreita relação com a Lei. Refere-se às medidas adotadas pelo poder público com a finalidade de se atender a necessidades sociais prementes, relacionadas à segurança pública. Engloba em sua denominação, acertadamente, o vocábulo “política”, porque traduz muito mais o interesse em amenizar eventuais paixões sociais do que necessariamente promover a correta aplicação da Lei Penal.

A exarcebação do poder por parte do Estado diante de necessidades prementes é um fenômeno frequente em diversos ordenamentos jurídicos mesmo porque, não raramente, ocorre em defesa da supremacia do interesse público. No entanto, existem situações em que essa alteração na intensidade do uso de poder implica na flexibilização das garantias fundamentais resultando, invariavelmente, na aplicação irracional da lei, transmutando assim o Estado democrático em autoritário.

O fenômeno, embora identificável com a realidade atual do ordenamento jurídico brasileiro - em que o aumento dos índices de criminalidade e desrespeito a diversas normas de cunho administrativo acabam por incentivar a adoção dessas políticas -, encontra relação com outras realidades históricas, e trata mais da repetição de um comportamento do Estado que busca inibir através da força as consequências de sua inefetividade enquanto garantidor dos direitos sociais, do que uma necessidade de moralização do corpo social propriamente dita.

Prova disso é que fenômenos dessa natureza foram identificados e analisados em diferentes ordenamentos jurídicos, através de realidades históricas distintas, muitas dessas situações anteriores à implantação da república no Brasil. Sobre esses fenômenos, analisando os dispositivos de obras raras, se manifestou Luiz Luisi:

“Carl Joseph Anton Mittermaier, em trabalho datado de 1819 já enfatizava ser um dos erros fundamentais da legislação penal de seu tempo, a excessiva extensão dessa legislação, e a convicção dominante entre os legisladores que a coação penal era o único meio para ‘combater qualquer força hostil que se pusesse em contradição com a ordem jurídica’. Entendia, ainda, o eminente penalista tedesco que a criação de um número avultado de crimes era uma das formas em que se manifestavam a decadência não só do direito criminal, mas da totalidade da ordem jurídica.

Em obra aparecida em 1855, o magistrado e criminalista toscano Giuseppe Puccioni, comentando o Código Penal da Toscana de 1853, falava em ‘delitos de mínima importância política’ e na ‘ameaça de pena aflictiva de prisão a levíssimas lesões pessoais e a simples injúria’. Se sustentava que a ampliação da área do direito criminal levaria ‘a duas indúvidas consequências: a primeira é de que os Tribunais se achariam sobrecarregados, retardando a administração da justiça punitiva; e a segunda é de um agravamento das finanças públicas sobre quem recai o encargo de manutenção dessa ingente massa de condenados’.

Francesco Carrara em monografia datada de julho de 1883, — ‘Un nuovo delitto’, — falava da ‘nomomania ou nomorréia’ penal. A praga de seu tempo, — escrevia o Mestre de Pisa, — está em ter esquecido o sábio aforismo da Jurisprudência romana, ‘*mínima non cura praetor*’.

Franz Von Listz, por sua vez em 1896, em seu ‘Lehrbuch’, enfatiza que a legislação de seu tempo fazia ‘um uso excessivo da arma da pena’, e que oportuno seria considerar se não seria aconselhável acolher de novo a velha máxima ‘*mínima non cura praetor*’.

Reinhart Franck, em artigo aparecido em 1898, usa, pela primeira vez a expressão 'hipertrofia penal', salientando que o uso da pena tem sido abusiva, e por isso perdeu parte de seu crédito, e, portanto, de sua força intimidadora, já que o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente. (Luisi. 1991. p. 27-28)

Como se pode observar, o fenômeno destacado preocupou estudiosos do direito penal, inseridos nos ordenamentos de base romano-germânica, como o brasileiro. Faz-se necessário, portanto, analisá-lo à luz da realidade jurídica atual.

Para tanto, é salutar conceituar devidamente esse fenômeno compreendendo, além de sua mera terminologia, os desdobramentos capazes de representar ameaças ao modelo penal vigente no Brasil.

2.2 Etimologia

Quanto à terminologia, Francesco Carrara foi claramente o primeiro doutrinador a buscar conceituar a tendência. Utilizou a expressão "nomorria penal" como definição crítica para a busca de controle, por parte do poder público, através da proliferação de normas penais. Valeu-se do exemplo, então recente, do império de Napoleão III da França, ainda que tenha alertado que a tendência era observada mesmo no tempo de Sêneca³, cujos escritos buscavam justificar tal forma de atuação, observada no império de Nero. (CARRARA. 1889. p. 522)⁴. A expressão "nomorria" integra a expressão grega *nómos* (que significa norma, lei ou regra) ao sufixo latino *rhoea* (que apresenta sentido de fluxo contínuo) indicando, portanto, a proliferação contínua de normas penais em determinado sistema jurídico, representado pelo fluxo contínuo na produção legislativa penal.

³ Preceptor de Nero na juventude e um de seus principais conselheiros (juntamente com Sexto Afrânio Burro) quando este último tornou-se imperador, Sêneca adotou uma postura complacente com as atitudes autoritárias de seu antigo pupilo, tomando defesa do mesmo frente ao Senado quando da execução de Agripina, mãe de Nero. Posteriormente, escreveria "De beneficiis" (II, 18. Séc. I) obra de sete volumes na qual, em diversas passagens, justificaria atitudes tirânicas do imperador como formas de conceder benefícios à população que - diante dos mesmos -, deveria demonstrar gratidão.

⁴ "Ho già deprecato nei miei scritti quella che io chiamo la nomorrea penale, anatemizzata fin dai tempi di Seneca come pernice della Repubblica. Questa malattia si fece gigante in Francia, ove sotto Napoleone III accrebbe di parecchie centinaia il numero dei fatti a delitto; e in tal guisa familiarizzando il popolo con la giustizia criminale lo demoralizzò ed aiutò i comunardi. Questa malattia minaccia di divenire contagiosa in Italia per lo zelo di alcuni ufficiali ai quali occorre che ai fatti si imponga la veste di delitti per condurli sotto la propria signoria."

A expressão “hipertrofia penal”, criada pelo alemão Reinhart Franck (1989. P. 733) foi, inclusive, determinante na construção do jurista alemão Claus Roxin acerca do princípio da bagatela ou insignificância (ROXIN. 2006). A expressão “hipertrofia” – comumente utilizada na biologia para definir o aumento quantitativo de constituintes e funções celulares (HOUAISS. 1969. p. 438) -, conjuga o prefixo grego *húper* (significando acima, excesso ou superioridade) ao vocábulo trófico (inerente à nutrição ou alimentação), significando um excesso de “alimentação” do sistema legal no que tange às normas penais.

Alguns doutrinadores latino-americanos rebatizaram a tendência, englobando nas observações acerca do fenômeno o conceito de neopunitivismo, sustentado pelo mestre argentino Daniel Pastor (2011), como o crescimento desmesurado e contínuo do número de condutas classificadas como delitos pelas leis, o que conceituaria o fenômeno melhor que as expressões “inflação legal”, “inflação penal”, “conformação paquidérmica das incriminações” ou “hipertrofia do direito penal”⁵.

Considerando os conceitos previamente utilizados e suas origens, a expressão panpenalismo aparenta ser a mais adequada para indicar o fenômeno. Etimologicamente, se observa que o vocábulo deriva da aplicação do prefixo grego *pan* - que significa tudo, todo ou totalidade (HOUAISS. 1979. p. 631) -, conjugado à expressão “penalismo”, no sentido de inerente ao penal, juridicamente utilizado para classificar o ramo do direito que trata da tipificação de crimes e das penas aplicáveis a esses crimes. Representa, portanto, a projeção do direito penal em todos os demais ramos do direito.

Na doutrina pátria, o conceito foi utilizado pela primeira vez por Nilo Batista, para descrever o fato, paradoxal na visão do autor, de “atribuir-se a um Estado mínimo o controle social máximo sobre os excluídos” (1997. p. 147). Embora o tenha utilizado em classificação de situação específica – a utilização da norma penal como instrumento de exclusão social -, a expressão manteve o apelo semântico mais efetivo do que o constante nos termos traduzidos por Luisi (1991. p. 27), como a “nomorréia penal” de Carrara, a “hipertrofia penal” de Franck, ou mesmo o neopunitivismo de Pastor.

⁵ “Si simplificamos drásticamente el análisis veremos que esta situación responde al acrecentamiento desmesurado e incontenible del número de las conductas calificadas como delictivas por la ley (fenômeno denominado corrientemente como ‘inflación de las leyes’, ‘inflación penal’, ‘expansión penal’, ‘conformación paquidérmica de las incriminaciones punitivas’ o ‘hipertrofia del derecho pena’ que se funda en la consideración simbólica del derecho penal como remedio exclusivo para todos los males sociales.”

Mesmo porque a expressão panpenalismo abarca os significados das demais expressões indicadas, prescindindo da fluidez necessária no conceito de Carrara; a inovação reclamada na denominação de Franck; e o lapso temporal indicado na construção de Pastor. O panpenalismo, portanto, trata da inflação penal em qualquer aspecto.

2.2 Relevância

Adotando, portanto, esta terminologia (panpenalismo) para descrever o fenômeno, resta encontrar sua relevância histórica como influência na sistemática penal vigente. Nesse sentido, interessante lição de Luigi Ferrajoli situa o marco inicial da observação do fenômeno na sistemática jurídica de origem romano-germânica, bem como pontua sua relação com a noção de periculosidade social que hoje fundamenta outro fenômeno sociológico, o de criminalidade:

“[...] a idéia substancialista de que a desviação deva ser captada, e prevenida, além de suas definições legais, na sua identidade ontológica de *malum in se* (moral, ou natural), favoreceu – primeiramente na maciça legislação de polícia produzida na Europa depois da segunda metade do século XIX e, posteriormente, nos próprios códigos – uma expansão do direito Penal muito além dos rígidos limites garantistas da determinação do fato, da sua ofensividade e materialidade, bem como da culpabilidade de seu autor. Mister se pense, de uma parte, à relevância que se deu, sob o influxo da “Escola Positivista”, à figura da “periculosidade social” ou a outras características pessoais do réu (reincidência, capacidade de delinquir e outras) enquanto pressupostos de medidas punitivas de prevenção e de segurança, assim como o enorme desenvolvimento das sanções cautelares, processuais ou de polícia, *ante* ou *extra-delictum*.” (FERRAJOLI. 2010. p. 214)

O panpenalismo, então, seria análogo ao maximalismo penal, tendência de exarcebamento do poder estatal através da utilização de normas penais, com objetivo de orientar o comportamento social no sentido de se evitar condutas lesivas ao interesse público, representado pelo Estado. Essa tendência, protegida sob a ótica legalista positivista, autorizaria o Estado a prescindir das garantias fundamentais com a finalidade de combater a “periculosidade social”.

A ausência de limites, entretanto, afetaria o modelo penal minimalista, uma vez que tais limites existem exatamente para que o poder público não tenha ingerência absoluta sobre a determinação da noção de legalidade, ou periculosidade. Em outras palavras, o modelo mínimo permite que o Estado interfira nas liberdades individuais somente em situações de extrema necessidade, visando à

manutenção da ordem pública; o modelo maximalista torna irrestrita a interferência do Estado, transformando o sistema democrático, conseqüentemente, em autoritário.

Nesse sentido, conceituando o modelo maximalista, ensina Ferrajoli (2010. p. 101):

“[...] consiste em sistemas de controle penal próprio do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou ‘totais’, quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições.”

Logicamente, seria exagerado definir o sistema legal vigente como autoritário, bem como considerar que não existem limitações legais para a utilização do *jus puniendi* pelo Estado brasileiro. Não é isso que o presente trabalho busca demonstrar, dada a rejeição da ideia de classificar o fenômeno em estudo como mera instituição de um modelo penal maximalista no Brasil. No entanto, há que se considerar a flexibilização dos liames referentes à sistemática penal em defesa da efetividade da atuação estatal.

Nas últimas décadas, se observa um crescimento exacerbado na produção legislativa nacional. Nos 20 últimos anos, foram promulgadas pelo congresso nacional mais de 4 mil leis ordinárias, o que corresponde a cerca de 50% do número de leis ordinárias existentes desde a proclamação da República⁶. Portanto conclui-se que o poder legislativo produziu, em duas décadas, o equivalente a metade da produção legislativa relativa ao período de um século anterior ao lapso considerado. A maioria dessas normas traz em seu bojo dispositivos penais ou penais residuais, consistentes em sanções administrativas análogas às penais – como, por exemplo, multas ou prestações alternativas -, muitas delas executadas nos mesmos moldes das sanções penais.

Esse inflacionamento das normas penais, naturalmente possui relação com alguma necessidade social. De fato, essa necessidade se observa na realidade atual, em que a fragilização da inderrogabilidade⁷ das penas cria no seio social uma ideia de falibilidade do poder público em sua obrigação de viabilizar o exercício dos direitos sociais.

⁶ Fonte: subchefia para assuntos jurídicos do planalto.

⁷ Por inderrogabilidade se compreende a relação entre as penas e o sentimento de punibilidade delas decorrente, dentro de um determinado lapso temporal. O conhecimento sobre a previsão de punição para determinadas condutas, aliada à inércia ou demora do poder público em promover a expiação pela prática das mesmas, gera no corpo social um sentimento de impunidade, contra o qual pode a sociedade se manifestar, irracionalmente, contra a eficácia das normas penais em si. Uma análise mais aprofundada do tema será feita no capítulo 08.

Com base nessa errônea compreensão da efetividade das normas penais, posto que o lapso decorre de uma incapacidade de promover a sua aplicação e não de sua ineficácia, se cria o campo fértil para a aceitação do inflacionamento penal, como alerta Luisi:

“No nosso século têm sido inúmeras as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da criação excessiva e descriteriosa de delitos. Francesco Carnelutti fala em inflação legislativa, sustentando que seus efeitos são análogos o da inflação monetária, pois ‘desvalorizam as leis, e no concernente as leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral’.

Em recente publicação, — onde o fenômeno da hipertrofia do direito penal é ampla e exaustivamente analisado, Carlos Enrico Paliero, fala em crescimento ‘patológico’ da legislação penal.” (Luisi. 1991. p. 28)

Portanto, entende-se que o panpenalismo representa uma resposta ao enfraquecimento do poder intimidador da pena, no sentido de que esse poder fragilizado poderia disseminar no corpo social um sentimento de desrespeito às leis, provocando uma reformulação dos costumes e, até mesmo, o risco de instauração do caos.

Sob esse prisma, conclui-se que o inflacionamento penal seria uma necessidade de reafirmação do poder normativo, sobretudo em sistemas de base romano-germânica, onde as alterações nos costumes tendem a ser positivadas em lei.

No entanto, o fenômeno é observado também em países de direito consuetudinário onde, aparentemente, nem mesmo a sistemática penal fundada nos costumes ilide a proliferação de normas incriminadoras:

“Todavia o fenômeno do crescimento desmedido do direito Penal também ocorre no mundo anglo-saxão. Herbert Packer em um livro intitulado ‘The limits of criminal sanction’ registra que a partir do século passado houve um enorme alargamento das leis penais pelo fato de ter sido entendido que a criminalização de toda e qualquer conduta indesejável representaria a melhor e mais fácil solução para enfrentar os problemas de uma sociedade complexa e interdependente em contínua expansão. Nos Estados Unidos, Kadish em trabalho a que deu nome de ‘The Crisis of Overcriminalization’ fala do emprego “supérfluo ou arbitrário” da sanção criminal, ressaltando a existência, em seu país de uma volumosa legislação extravagante, contendo uma massa de crimes, que em seu quantitativo superam as disposições incriminadoras previstas nos Códigos Penais. No Canadá, — segundo informa Leclercq, — a comissão encarregada da reforma Penal, fez, em 1974 um levantamento dos crimes previstos na legislação canadense, tendo chegado ao um número assustador de 41.582 tipos de infrações criminais.” (LUI SI. 1991. p. 28)

O fenômeno é também observado nos Estados Unidos da América e Reino Unido, onde a proteção do bem comum (*commonwealth*) viabiliza a aplicação penal em situações em que o descumprimento de normas relativas a outros ramos do direito é considerado como capaz de abalar a ordem jurídica ou social. Da mesma forma, esses ordenamentos permitiram que a influência penal fosse introduzida mesmo no direito privado, através das indenizações punitivas (*punitive damages*), e na utilização da prisão civil como meio de coerção⁸.

Percebe-se, então, que não existe uma estreita relação entre o fenômeno do panpenalismo e uma necessidade de reformulação das normas. Sendo assim, uma vez que necessariamente ligado ao poder público, posto que trata de uma exarcebação de sua atuação interventora, certamente o fenômeno encontra relação com a efetividade das normas.

Analisando sobre a realidade nacional, se verificam certas ocasiões de criação de normas heterotópicas como claras tentativas de conferir efetividade a normas de caráter não penal sistematicamente descumpridas, a maioria delas em virtude da inércia do poder público em fiscalizar o adimplemento dessas obrigações.

Essas tentativas de conferir efetividade a normas estranhas à sistemática penal foram observadas e muito discutidas durante os governos dos presidentes Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso, a ponto de o conjunto de normas incriminadoras criadas no decorrer dessas gestões ser batizado como “direito penal fernandino”, como observa Miguel Reale Júnior:

“o vício que caracteriza a produção da legislação penal dos últimos tempos, mormente nos governos Fernando Collor e Fernando Henrique, de início se restringindo à legislação extravagante e à Parte Especial do Código atinge, agora, a Parte Geral do Código Penal. O Direito Penal ‘fernandino’ faz da década de 90 um dos momentos mais dramáticos para o Direito brasileiro, pois era imprevisível que se produzissem em matéria repressiva tantas soluções normativas ao sabor dos fatos, sob o encanto de premissas falsas e longe de qualquer técnica legislativa. O elenco de leis penais esdrúxulas, eivadas de inconstitucionalidade e que beiram o ridículo, é longo e não caberia aqui ser lembrado”. (REALE JR. 1999. p. 23)

Com efeito, nesse período histórico – que se estende do governo Collor até a atualidade -, se observa a criação de normas que levaram os institutos penais aos mais diversos ramos do direito, ao prever a criminalização de condutas inerentes às relações comerciais e de consumo, ao cumprimento de obrigações de ordem

⁸ Apesar do pacto internacional sobre direitos civis e políticos, de 1966, ser ratificado pelo Reino Unido (1976) e pelos EUA (1992), os dois países ainda utilizam a prisão civil como técnica coercitiva, como indica Sérgio Cruz Arenhart (2007).

tributária e previdenciária, bem como relativas às disposições administrativas relativas ao trânsito e à defesa do meio ambiente.

Em verdade, essa realidade assentou-se com o Regime Republicano posterior a Constituição de 1988, em não raras ocasiões apresentada como resultado direto da participação popular no processo legislativo. Os governos e as legislaturas posteriores ao “período fernandino”, que a obra citada não pode observar, mantiveram o crescimento exponencial da produção legislativa, com a mesma ingerência do direito penal sobre os demais ramos do direito.

O fundamento dessas medidas era explicitamente, o de promover a moralização da sociedade e, implicitamente, o de dar efetividade às normas preexistentes, sem que para isso o Estado despendesse os esforços necessários ao cumprimento da obrigação de proporcionar os direitos sociais.

Dessa inércia, resultou com o passar dos anos uma impossibilidade de conferir, mesmo através do direito penal, efetividade a determinadas normas legais, em virtude tanto do esvaziamento do sentimento de obrigatoriedade de algumas dessas normas – derivado do fracasso do poder público na fiscalização ou mesmo promoção de meios de cumprimento de seus termos – quanto de uma reação natural do cidadão à autoridade do Estado, essa derivada da carência dos direitos sociais básicos.

Essa fragilização, curiosamente, trouxe mais força e proporcionou maior aceitação ao panpenalismo. Decorre daí a necessidade de estudá-lo enquanto tendência determinante na sistemática penal atual.

3 FUNDAMENTOS DE NECESSIDADE DA INFLAÇÃO PENAL

A influência panpenalista não se apresenta como um mal em absoluto. Pelo contrário, se mostra sempre carregada por um sem número de aparentes benefícios, voltando-se sistematicamente para a projeção de resultados em curto prazo.

Os argumentos sobre a sua necessidade se fortalecem pelos anseios populares que, não raramente, se manifestam de maneira irracional, ou imediatista. Da mesma forma, sua aplicação favorece a interesses políticos prementes, valendo-se do bem estar social como premissa maior. Sua interação com construções dissociadas da ciência jurídica, como a estatística, e até elementos sem qualquer fundamento científico, como os preconceitos e as superstições, facilita a absorção de uma interpretação benéfica de sua aplicação pelo corpo social.

Como a população leiga absorve o crime como uma negação absoluta da ordem jurídica, é natural que o rigor na legislação penal seja tomado como proteção às liberdades e a moralidade social. Esse panorama beneficia o panpenalismo.

3.1 Causas de justificação

Em virtude dos problemas anteriormente citados, a falência do elemento intimidador de grande parte das leis deu vazão ao descumprimento sistematizado de diversas normas que não traziam em seu bojo elementos penais. Em virtude disso, surgiu no seio da sociedade um sentimento de impunidade, que resultou gradativamente em uma fragilização da autoridade do Estado.

Dessa fragilização nasceu a ideia da necessidade de restituir ao poder público o controle sobre os administrados. Essa necessidade se converteu no fundamento de que o Estado deve utilizar todos os meios disponíveis para retomar o controle social. Nesse ponto, em virtude da celeridade com que se pretende promover essa retomada, o direito penal surge como o principal instrumento de controle.

A mera projeção de resultados da aplicação do direito penal como elemento coercitivo para o adimplemento de obrigações administrativas, tributárias ou mesmo civis, considerada ante os benefícios decorrentes dessa aplicação, já demonstrava um grande apelo para a legitimação da tendência panpenalista. Restava superar a barreira alusiva à intervenção exagerada do Estado como elemento fragilizador das

liberdades individuais. O obstáculo, aparentemente, foi vencido com a consideração da tendência como meio de proteção da moralidade e do bem-estar social.

Os fundamentos de justificação da tendência foram defendidos pelos norte-americanos Wilson e Kelling (1982), em sua “teoria das janelas quebradas”, que em seus termos apregoa a necessidade de uma ação rápida e efetiva do Estado com relação ao desrespeito às leis, antes que se crie um sentimento de impunidade em face de condutas lesivas à moral social⁹. Essa teoria, que embasou a doutrina de “tolerância zero” ou “movimento lei e ordem” adotada nos Estados Unidos da América nos anos 90, período condizente com o inflacionamento penal no Brasil. Sobre o tema, Daniel Rubin explica:

“Se uma janela de um escritório ou de uma fábrica fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem.

Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio e tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade. A esta altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendências criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime.” (RUBIN. 2007. p. 2)

Sob a égide dessa teoria, o direito penal passa a ser o principal instrumento de controle social, suplantando os outros ramos do direito no que tange à regulamentação de condutas. Isto porque o Estado se vê obrigado a atender o apelo das situações de emergência para incriminar condutas levemente lesivas à ordem ou à moral social, substituindo assim normas de caráter civil ou administrativo por normas incriminadoras.

Em uma abordagem mais profunda, nada impede que o poder público possa também, partindo dessa premissa, delegar ao público geral a garantia dos direitos sociais, criando normas limitadoras das liberdades individuais, fazendo assim com que a ausência de liberdade para a prática de atos da vida civil não coloque em risco

⁹ *“if a window in a building is broken and is left unrepaired, all the rest of the windows will soon be broken. This is as true in nice neighborhoods as in rundown ones. Window-breaking does not necessarily occur on a large scale because some areas are inhabited by determined window-breakers whereas others are populated by window-lovers; rather, one unrepaired broken window is a signal that no one cares, and so breaking more windows costs nothing.”*

ou sobrecarregue a atuação estatal na obrigação de proporcionar aos cidadãos segurança, saúde ou a proteção à economia popular e ao meio ambiente. Essa abordagem, no entanto, costuma ser mascarada com a projeção dos benefícios decorrentes da utilização do direito penal como elemento de coerção ao adimplemento de obrigações afeitas aos outros ramos do direito.

3.2 Os benefícios aparentemente decorrentes da inflação Penal

Visando esses objetivos, alguns doutrinadores apontam o maximalismo penal como um modelo *probo*, capaz de uniformizar a promoção do bem estar social. Sob esse modelo, o Estado poderia estipular padrões comportamentais que melhor atendessem aos interesses sociais, e assim incriminar toda sorte de condutas que atentassem, ainda que levemente, contra esses interesses.

O mais ferrenho defensor desse modelo, o alemão Gunther Jakobs, desenvolveu a teoria do “direito penal do inimigo” (*Feindstrafrecht*. 1985), através da qual apregoa que o Estado deve estipular um padrão comportamental, no sentido de se identificar inimigos. Assim, os indivíduos que não atendessem a esse padrão comportamental seriam automaticamente considerados inimigos, e contra eles recairia todo o poder do Estado sem que, inclusive, seja a eles dispensado o tratamento devido a um cidadão, uma vez que seu comportamento se traduz em uma negação da autoridade Estatal:

“Aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Essa guerra acontece com um direito legítimo dos cidadãos, mais precisamente com seu direito de segurança.” (JAKOBS. 2009. p. 22)

Esse modelo implicaria, necessariamente, na flexibilização das garantias individuais uma vez que, ao se negar aos “inimigos” o trato cidadão, automaticamente se prescinde das garantias constitucionais de isonomia, legalidade e as demais a elas conjugadas.

No entanto, os defensores da tendência não admitem a hipótese de que a flexibilização das garantias individuais resulta na fragilização do Estado democrático de direito, graças à providencial exclusão do indivíduo infrator como sujeito de direitos. Em uma construção simplória, na qual a proteção do indivíduo através das garantias processuais depende de uma aceitação da autoridade do Estado através

do cumprimento das leis os defensores do panpenalismo sustentam, portanto, que não é possível uma subversão do Estado democrático de Direito quando as garantias individuais são negadas a um indivíduo que, em essência, não integra o sistema legal.

Essa construção é não só superficial como temerária, posto que coloca o cidadão como um substrato do sistema legal, e não o contrário. Ainda mais: confere ao sistema legal um caráter de instabilidade, uma vez que sua abrangência depende da aceitação das normas por cada um dos indivíduos que integra o corpo social. Diante dessa instabilidade, seria natural que o sistema legal buscasse maior abrangência necessitando, para tanto, de maior rigor e maior poder coercitivo.

Essa tendência, que defende um maior rigor penal aliada à flexibilização das garantias individuais e processuais, foi batizada por Jesus-Maria Silva Sánchez (2002) como direito penal de terceira velocidade, sendo atualmente utilizada para identificar a teoria jakobsiana:

“[...] a teoria jakobsiana do “direito penal do Inimigo” é a concretização mais específica do direito penal de terceira velocidade: o modelo clássico onde a pena por excelência é a prisão, mas com a manutenção absoluta de garantias penais e processuais iluministas (primeira velocidade do direito penal), dá lugar a uma mitigação da pena privativa de liberdade ainda que a custa do devido processo legal (segunda velocidade do direito penal), chegando a um momento que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais penais e se resgata a pena privativa de liberdade (terceira velocidade do direito penal).” (SALIM. 2011)

Ocorre que defesa dessa aplicação da lei penal encontra supedâneo nos benefícios aparentemente decorrentes dessa atuação, uma vez a ameaça de sanção rigorosa aliada à possibilidade de privação das prerrogativas de cidadão demanda obediência às normas, e a obediência às normas resultaria, em uma análise superficial, no fortalecimento do sistema legal.

Por este motivo, não são poucos os que conferem ao panpenalismo um caráter de bastião da moralidade e do bem estar social, ainda mais quando seus resultados são friamente comparados aos objetivos da lei penal como, por exemplo, ensinamento de Cesare Beccaria sobre a efetividade das penas:

“Não somente é de interesse comum que não se cometam delitos, mas também que sejam mais raros relativamente à proporção de males que causam à sociedade. Mais fortes, pois, devem ser os obstáculos que afastam os homens dos delitos, na medida em que estes são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que levam os homens a cometê-los.” (BECCARIA. 2001. p. 82 e 83)

A consideração do jurista e filósofo milanês, ainda que correta, deve ser tomada com cautela, haja vista que sua obra retratava uma realidade social, jurídica e política anterior à criação das repúblicas representativas, e dissociada dos ideais relativos ao Estado Democrático de Direito. Essa reserva se mostra fundamental para a consideração dos efeitos do panpenalismo, uma vez que os resultados positivos de sua influência são consideravelmente tangíveis em curto prazo.

No entanto, não é sobre os resultados que recaem as críticas ao panpenalismo e sim aos meios. É necessário analisar os custos relacionados a tais benefícios e, no caso em questão, o preço a ser pago não é outro que não a liberdade, e o que é mais grave: não só a liberdade do infrator, ou “inimigo”, mas a liberdade de todos os cidadãos.

O passado recente da história legislativa nacional demonstra que os dispositivos penais podem ser adequados a qualquer situação sob a égide da lei, inclusive através da reformulação de dispositivos anteriormente editados, e completamente estranhos à sistemática penal. A ameaça da pena pode e vem sendo utilizada como elemento coercitivo para o adimplemento de obrigações afeitas a outros ramos do direito, e as dificuldades de fiscalização enfrentadas pelo poder público na esfera administrativa vem dando lugar à coerção penal.

Da mesma forma, se encontram fragilizadas as limitações capazes de impedir que as normas penais possam ser utilizadas para incriminar situações inerentes a moral e ao convívio social, como nas interações relativas à proteção da saúde (regulamentação ou proibição do uso de medicamentos, substâncias ou produtos), pudor (imposição de padrões de vestimenta e comportamento), liberdade de expressão (regulamentação ou incriminação de opiniões, manifestações, e limitação da liberdade de imprensa), entre outras.

Isto porque no modelo mencionado o Estado detém todo o poder sobre a definição dos limites da moralidade deixando de ser, portanto, democrático, tornando-se autoritário e machineísta. Ao cidadão não cabe, sequer, questionar os meios e razões do poder, posto que aquele que questiona põe em cheque a razoabilidade das motivações do Estado, negando reconhecimento à sua legitimidade podendo, automaticamente, ser enquadrado na figura de inimigo, sendo assim privado de sua cidadania.

Revisitando a história da humanidade se observa que tendências dessa natureza resultaram, invariavelmente, em situações de embrutecimento do poder e

enfraquecimento dos ideais de liberdade e democracia. E é esta, justamente, a crítica que se faz ao panpenalismo, como a seguir se observa.

4 CRÍTICAS AO PANPENALISMO

Naturalmente, a doutrina apresenta incisiva resposta aos fundamentos que sustentam as benesses da inflação penal. Se sob a ótica imediatista a argumentação contrária ao panpenalismo encontra obstáculos, diante da dificuldade em se apontar benefícios em curto prazo, a projeção sociológica e científica jurídica advoga a sua rejeição.

4.1 O panpenalismo como fomentador de desigualdades sociais

Contra a influência do panpenalismo e seus efeitos, se levantaram os mais conceituados penalistas brasileiros. Apontam os riscos dessa tendência, rememorando o funesto passado totalitário imposto ao ordenamento jurídico, valorizando o sistema ideológico garantista a tanto custo conquistado.

Em um primeiro momento, apontam o caráter repressivo do direito penal ligado a estereotipização, como elemento fomentador de desigualdades sociais:

“A análise das ideologias que fornecem substrato ao Sistema penal em nossa sociedade esclarecem sobremaneira a configuração bélica de nossa Política Criminal, a eleição de estereótipos criminais, o panpenalismo e outros tantos fenômenos. O incremento do aparato repressivo, indubitavelmente, tem servido de instrumento de manutenção e hierarquização entre os diversos estratos sociais.”(MADEIRA DA COSTA. 2005. p. 110)

De fato, se pode concluir que a aplicação da lei penal no modelo maximalista, considerando um “direito penal do inimigo” resulta em uma reafirmação das desigualdades sociais uma vez que, estatisticamente, a ocorrência de delitos são mais comuns em ambientes menos abastados e entre as minorias étnicas. Mas isso não decorre de uma predisposição dos menos favorecidos ao crime, e sim na natureza do crime como substrato do processo de marginalização social a que as minorias são submetidas.

Curiosamente, essa marginalização é fruto de um desfavorecimento social, derivado exclusivamente da ineficácia do Estado em proporcionar os direitos sociais básicos. Essa observação, por si só, seria suficiente para demonstrar a irrazoabilidade da atuação enérgica do Estado ante as consequências de suas próprias falhas.

Logicamente, essa responsabilidade não é assumida pela administração, que se aproveita do medo disseminado nos meios de divulgação, para oferecer o inflacionamento penal como medida destinada a amenizar os anseios sociais de justiça, empreendendo dessa forma as políticas de segurança pública indicadas no início deste trabalho.

Sobre essa veiculação do panpenalismo como solução dos males sociais junto ao aparato midiático, se manifestou Eugênio Raul Zaffaroni:

“O discurso cool se insere nesta região em sistemas penais invertidos, com prisões superlotadas de gente sem condenação, onde o aumento de escalas penais não representa penas mais longas, mas sim mais prisioneiros preventivos (porque se impede o desencarceramento) e o direito de execução penal é, em grande medida, uma utopia, inclusive formalmente aplicável a uma minoria quase insignificante de pessoas.

Sua técnica responde a uma pesquisa de mercado, que vende o poder punitivo como uma mercadoria. Na medida em que se verifica o êxito comercial da promoção emocional dos impulsos vingativos, ela é aperfeiçoada. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso. Os especialistas que aparecem não dispõem de dados empíricos sérios, são palpiteiros livres, que reiteram o discurso único.” (ZAFFARONI. 2007. p. 74)

[...]

“É cool porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora do lugar e para não perder espaço publicitário.” (Idem. p. 69)

Realmente, a aplicação da lei através do espetáculo, ainda mais quando se apresenta em defesa da moralidade, encontra respaldo da maioria da população, ainda mais quando se fala em direito penal, posto que não é natural que o cidadão comum se identifique com a figura do criminoso, no caso, o “inimigo”.

Ocorre que a repressão solidifica estamentos sociais, uma vez que o crime é mais observado nos substratos sociais mais baixos. Como demonstra a criminologia, a delinquência é um fenômeno recorrente em ambientes em que o descumprimento das normas é absorvido como comum, geralmente através do descumprimento dos direitos sociais mais básicos pelo poder público. Em suma o cidadão, imerso em um ambiente em que os seus direitos sociais e individuais não são garantidos, não desenvolve o devido apreço aos direitos dos demais, mesmo porque, em algumas situações, mal os conhece.

Curiosamente, o indivíduo é induzido a personificar a figura do inimigo pelo ente que se apresenta como nênese dessa figura, e o pior: enfrenta um sistema

legal cada vez mais repressivo criado por um Estado cada vez menos garantidor dos direitos individuais e sociais. O poder público, então, coloca em risco a liberdade que apregoa defender.

4.2 Riscos para as liberdades individuais e os limites de intervenção do Estado

Ainda que pareça clara a projeção da repressão penal como fator de risco para as liberdades individuais, foge ao senso geral a compreensão de que o panpenalismo representa um risco a tais garantias. Isto porque, atormentada pela disseminação do medo através do aparato midiático, a sociedade aceita tranquilamente a aplicação de um modelo máximo, sem perceber que os limites para a intervenção do estado vão sendo paulatinamente superados. O resultado funesto, sobretudo para o campo das relações privadas, embora de difícil constatação em uma análise imediatista, projeta imensos prejuízos em longo prazo, como demonstra Luigi Ferrajoli:

“[...] ofuscaram os confins entre as esferas do ilícito penal e do ilícito administrativo, ou seja, dos ilícitos, transformando o direito penal em uma fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão, olvidando sua função simbólica de intervenção extrema contra ofensas graves e oferecendo, portanto, o melhor terreno à cultura de corrupção e ao arbítrio” (FERRAJOLI. 1986. p. 44).

E ainda:

“A segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções que se denomina ‘justiça penal’, e que talvez, na história da humanidade, tenha custado mais dores e injustiças do que todos os delitos cometidos.” (FERRAJOLI. 1986. p. 319)

O resultado dessa atuação imediatista é o estabelecimento de um Estado interventor, detentor de poderes para regulamentar qualquer relação social ou jurídica em nome da moralidade ou do interesse público.

A essa espécie de poder, a doutrina contemporânea dá ao nome de Estado policial. Junto à mitigação da sistemática de intervenção mínima, o Estado perde gradativamente a sua característica de democrático de direito, passando a exercer um poder amplamente controlador e fiscalizador, em que as liberdades individuais só encontram lugar nos lapsos de sua atuação. Da mesma forma o modelo repressivo

autoriza que, em nome do bem estar social, essas liberdades sejam flexibilizadas, impedindo a efetividade absoluta das garantias fundamentais. Nesse sentido:

“Nessa esteira, o Estado Constitucional Democrático de Direito vê-se ameaçado pela expansão do Estado Policial, pois ocorre a busca da segurança em lugar da busca da liberdade, o discurso da segurança pública em lugar do discurso de direitos humanos, a proteção de poucos, em contraposição à proteção de todos os indivíduos. Presencia-se a política de despolitização, com a exacerbação do individualismo, multiplicação das desigualdades sociais e retificação da humanidade. Assiste-se à passagem do Estado Providência para o Estado Policial, através da criminalização das consequências da miséria, segundo Wacquant. Verifica-se a disseminação do medo, do medo do crime, do medo do outro. Como outrora, no Brasil, se centrava no medo do escravo negro de tomar o poder. Agora, dirige-se, particularmente, ao medo do negro pobre. Dessa forma, com a revolução comunicacional o medo se prolifera por todo o planeta, e fomenta um discurso autoritário que se traduz em novos inimigos a serem combatidos.” (PEDRINHA. 2011)

Sob essa observação, resta demonstrado o caráter ilusório do bem-estar supostamente proporcionado uma vez que o Estado, visando garantir ao corpo social o gozo da liberdade, atua reprimindo essa mesma liberdade; proporciona a segurança através do medo. Obriga o cidadão a abrir mão daquilo que mais preza, diante da ameaça do que mais teme. Nas palavras do retórico romano Juvenal, o cidadão “em nome da vida, perde a razão de viver”¹⁰. Corrobora Salo de Carvalho:

“A intervenção estatal na órbita da repressão e da punitividade, portanto, ao invés de estar associada às garantias e em respeito aos direitos das pessoas, demonstra radical potência para romper com a legalidade, produzindo ofensa aos direitos humanos de todos os envolvidos: das vítimas, pela expropriação do conflito e pela revitimização operada no processo penal (vitimização secundária); e dos investigados, réus e condenados, face à inobservância das regras do jogo (Penal e processual Penal).” (CARVALHO. 2008. p. 114)

Assim, a despeito da tentação dos resultados, o Estado deveria se abster de tais condutas, uma vez que as consequências negativas de sua atuação policial atingem toda a coletividade e, em longo prazo, pode causar danos ao desenvolvimento jurídico e social do país.

4.3 Necessidade de rejeição da tendência panpenalista

Em virtude de tais conclusões, a doutrina mais austera conclui que o direito penal como *ultima ratio* é uma necessidade do Estado democrático de direito, não podendo ser mitigado em benefício de intentos eleitoreiros ou de necessidades

¹⁰ Tradução livre: *Propter vitam, vivendi perdere causas*. [Juvenal, Satirae 8.84]

prementes da administração, sobretudo quando implicam no ato de delegar aos indivíduos a efetividade dos direitos sociais.

Dentre todas as funestas consequências previsíveis, certamente a maior delas é o prejuízo das classes menos favorecidas que, já marginalizadas, se encontram mais próximas dos padrões de comportamento considerados inaceitáveis pelo poder repressor. Passam, imediatamente, a ser também vítimas de um Estado de exceção que lhes nega, além do supedâneo mínimo de dignidade, o direito de cidadania. Sobre o estado seletivo derivado dessa prática, leciona Rogério Greco (2011. p. 143):

“O Estado ainda não acordou para o fato de que ao Direito Penal somente devem importar as condutas que ataquem os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver a chamada inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade.”

Resta, portanto, a incontestável projeção de que os benefícios supostamente decorrentes da influência panpenalista em curto prazo apontam para a criação de um panorama caótico em médio e longo prazo. Isto porque a atuação do Estado, atualmente como fomentador de desigualdades sociais, pode desdobrar-se em uma invencível dicotomia entre o poder público e os administrados, resultando na negação ou na rejeição de todo o sistema jurídico vigente. Não por outro motivo, a aurora do presente milênio reclamou e ainda reclama a reformulação dos diplomas legais e processuais mais relevantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Essas reações apontam para a fragilização do poder estatal em face da inefetividade de sua estrutura de fiscalização na esfera administrativa e outras afins. Contra essa fragilização deve o Estado reagir, buscando combinar a efetividade da prestação jurisdicional, visando a garantia dos direitos humanos e a preservação do sistema, sem o que toda a estrutura jurídica corra o risco de cair em descrédito. Sob este prisma, o panpenalismo se apresenta como o principal risco para a ordem jurídica, suplantando até mesmo a possibilidade de desobediência às normas, sejam elas heterotópicas ou não.

Explicada a prejudicialidade do panpenalismo, resta clara a necessidade do Estado em zelar pela intervenção penal mínima resistindo, desde então ao inflacionamento penal. No entanto, a solução do impasse não se apresenta de forma simples.

4.4 Problemática da rejeição da influência panpenalista

A necessidade da observação dos preceitos de intervenção mínima não é facilmente acatada. Isto porque o panpenalismo não se mostra benéfico somente no que tange a uma necessidade de moralizar a sociedade e de se evitar, em casos emergenciais, a potencialização dos riscos à segurança pública.

Dele também deriva uma considerável redução de gastos inerentes às obrigações do Estado em proporcionar os direitos sociais, bem como uma ideia de punibilidade e efetividade das leis que, num modelo puramente garantista elevaria sobremaneira os custos destinados à segurança pública e ao funcionamento do judiciário.

No mesmo sentido, o panpenalismo representa um instrumento de resposta rápida aos anseios sociais de justiça, muito mais efetivo que qualquer outra política de segurança pública, sobretudo considerando a necessidade de se obter indicadores favoráveis passíveis de utilização nos interstícios eleitorais.

Em virtude de tais fatos, o que poderia motivar o abandono dessa tendência? Certamente, no ambiente democrático, o caminho mais indicado seria a representação popular, através do poder legislativo. No entanto, essa provável solução esbarra na problemática proposta por Rui Portanova:

“O legislador pertence ao aparelho do Estado e é oriundo de grupos mais fortes, que por isto mesmo empalmam o Estado. Assim nunca legislará contra sua ideologia, que será, por extensão, a ideologia do próprio Estado. Ninguém legisla contra si próprio: ‘nenhum legislador é suicida’.”
(PORTANOVA. 2000. p. 66)

Realmente, a responsabilidade pelo controle da aplicação penal não pode ficar isoladamente a cargo do legislativo. Isso porque as representações políticas, como parte do poder público, também estão sujeitas à tentação dos resultados rápidos oferecidos pelo panpenalismo.

Sendo assim, a tendência panpenalista somente pode ser devidamente refreada através dos instrumentos próprios da limitação do poder legislativo, quais sejam o controle de constitucionalidade e a observação das garantias fundamentais indisponíveis previstas da lei maior. Não é outra a solução proposta pela mais austera doutrina.

4.5 Propostas dos críticos do panpenalismo

Diante do impasse apresentado, a única alternativa viável para a manutenção da sistemática penal e do poder estatal dentro de um ambiente realmente democrático parece ser a efetivação das garantias fundamentais, sejam de ordem penal ou processual, possibilitando assim que a normatização penal não ultrapasse os limites do exercício das liberdades, sobremaneira as individuais. Essas garantias são traduzidas pelos princípios constitucionais, aos quais qualquer norma penal deve adequar-se, sobretudo os princípios da anterioridade, da intervenção mínima, da pessoalidade e da proporcionalidade da pena:

“tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa, seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas, não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático.” (BATISTA. 1997. p. 61 e 62)

O modelo derivado da aplicação do direito penal em conformidade com esses princípios basilares se convencionou chamar de “direito penal mínimo”. Outros doutrinadores, notadamente Luigi Ferrajoli (1986), batizaram esse modelo de “garantista” ou “garantismo penal”.

Embora a denominação faça referência às garantias individuais indisponíveis, mencionando a preservação da ordem constitucional, pode ser considerada também como a aplicação do direito de forma a garantir a integridade do sistema jurídico.

A hipótese guarda estreita relação com o conceito de sistema legal apresentado pelo mestre alemão Canaris (1996), no sentido de que seria o arbítrio uma das maiores ameaças à integridade do ordenamento jurídico enquanto sistema.

O modelo garantista, embora em um primeiro momento seja o que menos projeta uma rápida solução para os males decorrentes da expansão da criminalidade e do desrespeito sistematizado às normas de regulação social, se mostra o único capaz de promover uma solução definitiva. Nesse sentido, Christian Chaves (2011):

“Somente o garantismo penal poderá impedir esta desenfreada penalização que agride os que sonham com um direito penal justo e equânime para todos e não só para as maiorias marginalizadas. Os mais débeis detêm os mesmos direitos atribuídos aos mais abastados.

Desta forma, o garantismo deve ser entendido como uma forma de fazer democracia dentro e a partir do direito, consagrando a fórmula: Estado e Direito mínimo na esfera penal, graças à minimização das restrições à liberdade do cidadão e à correlativa extensão dos limites impostos à atividade repressiva; Estado e Direito máximo na esfera social, graças à maximização

das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las. É evidente que o garantismo não se constitui uma panacéia, mas o panpenalismo, certamente, está longe de qualquer cura.”

Fato é que a discussão acerca do tema expõe o panpenalismo como fator de influência na realidade da sistemática jurídica contemporânea. Cumpre, portanto analisar criticamente a abrangência do direito penal junto aos demais ramos do direito, mediante a consideração dessa tendência.

Notadamente, a análise da influência do panpenalismo sobre os demais ramos do direito seria demasiadamente extensa, suplantando em muito a proposta deste trabalho. Indaga-se se seria possível uma delimitação de todos os meandros dessa influência, ainda mais considerando as transformações cada vez mais dinâmicas no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, ainda que a parte inicial do trabalho tenha se dedicado a expor o panpenalismo enquanto influência presente na atualidade, indicando de forma genérica os principais argumentos acerca de suas causas de justificação e suas críticas mais frequentes, a proposta da pesquisa exige que esta influência seja analisada à luz de uma ramificação específica do direito, com a finalidade de se isolar dados analíticos e formular hipóteses sobre os prováveis efeitos da tendência.

Visando uma abordagem mais ampla da tendência em estudo, o trabalho buscou analisar uma interação do fenômeno com um ramo do direito mais intrinsecamente ligado as causas de justificação da influência panpenalista. Para tanto, necessário considerar uma ramificação em que os supostos benefícios decorrentes da utilização do direito penal como elemento de coerção ao adimplemento de obrigações legais fossem facilmente observados.

Da mesma forma, é importante observar o fenômeno em face de uma disciplina legal que guarde relação mais estreita com os direitos sociais anteriormente mencionados, o que viabilizaria uma análise mais aprofundada sobre a real efetividade da utilização do direito penal como elemento coercitivo aplicável às demais ramificações do direito.

Diante dessa necessidade, o direito tributário parece ser a ramificação que mais atende às necessidades da pesquisa. Isto porque, além de se tratar de uma ramificação do direito público que intersecta, também, o direito administrativo, o tributário é claramente o braço do direito público que melhor relação guarda com os

direitos sociais, haja vista que tem como objetivo prover o funcionamento do Estado através da arrecadação de tributos e contribuições sociais que custeiam as atividades do poder público.

Por este motivo, nenhuma outra ramificação do ordenamento jurídico sob influência do direito penal se aproxima tanto do ideal de bem-estar social indicado como causa de justificação da utilização do poder coercitivo do *jus puniendi* para a satisfação das obrigações legais dela decorrentes. Em virtude dessa observação, o trabalho passará a analisar a influência panpenalista sobre o direito tributário, considerando os seus prováveis efeitos.

5 A INFLUÊNCIA PANPENALISTA NAS NORMAS TRIBUTÁRIAS

Considerando, portanto, a clara existência de uma influência panpenalista, é natural concluir pela sua incidência sobre os demais ramos do Direito. Nesse aspecto, diante das causas de justificação apresentadas pelos seus defensores, a construção óbvia é a de que o aparato estatal se aproveitaria do poder coercitivo da norma penal para buscar garantir o adimplemento das obrigações que mais claramente possam ser relacionadas ao interesse público.

Nesse diapasão, o desdobramento evidente do direito penal sobre as demais ramificações recairia mais facilmente sobre ramificações do direito público, mais precisamente sobre o direito administrativo, direito tributário e direito previdenciário.

No que tange ao direito administrativo, a possibilidade de alegação de periculosidade de determinadas condutas justifica a ingerência do Estado através da utilização do *jus puniendi*, dificultando a sua análise crítica. Por este motivo, se observa recentemente um surgimento exacerbado de condutas relativas a crimes de perigo que, em muitos casos, nada mais são que uma transmutação de dispositivos de ordem administrativa em figuras típicas criminais, sob o argumento de que a periculosidade de determinadas condutas transcende a égide do direito administrativo, demandando a sua abordagem pela lei penal.

A proliferação dos tipos penais relativos aos chamados “crimes de perigo”, aliás, representa um dos grandes desafios para os estudiosos do direito no panorama atual e nos anos vindouros e, tanto por sua complexidade quanto por sua relevância, não seria bem analisada em um trabalho dessa monta, representando outro motivo pelo qual os efeitos da tendência panpenalista seriam melhor estudados, em uma tese desta natureza, através de uma outra ramificação do direito público.

Quanto às normas tributárias, tal relação não se opera de forma tão simples. Em primeiro lugar, porque dificilmente se pode atribuir ao inadimplemento de obrigações tributárias uma periculosidade social análoga à derivada da prática de crimes. Em segundo, porque o Estado dispõe de outros meios - inclusive legais -, de fiscalizar e coibir o inadimplemento de tais obrigações, de forma a evitar ou minimizar os danos ao erário.

Nesse ponto, é de fundamental importância compreender a clara diferenciação entre os benefícios supostamente decorrentes da utilização da lei

penal como elemento capaz de conferir coercibilidade a determinadas normas e a necessidade de utilização desse estratagema. Uma vez que se trata de interações entre ramificações de um sistema jurídico, há que se considerar o fenômeno em face das implicações decorrentes da inobservância das regras inerentes à própria organização do ordenamento como, por exemplo, a autonomia dos variados ramos do direito público.

No entanto, as dificuldades atribuídas à absorção de influências panpenalistas nas legislações tributárias não impediram o legislador de utilizar o poder coercitivo derivado do *jus puniendi* para conferir maior eficácia às normas dessa natureza. Este trabalho pretende, a seguir, analisar os efeitos dessa tendência, sua relação com as opiniões críticas traçadas a respeito do panpenalismo, e os prováveis efeitos dessa aplicação tanto no microssistema penal quanto no tributário.

5.1 A simbiose penal-tributária

O tratamento dispensado pela legislação pátria aos crimes contra a ordem tributária há muito vem sendo objeto de debates pela doutrina. O cerne da discussão perpassa duas ideias gerais: a primeira, favorável à incriminação das condutas que contrariam o fiel cumprimento dos deveres dos contribuintes, defende a capitulação dos atos que contrariam a ordem tributária; a segunda, contrária à utilização do *jus puniendi* como meio de garantir o adimplemento de obrigações tributárias, critica a utilização da ameaça da pena como mero elemento de coerção, apontando o desgaste do direito penal nesse processo.

Deve-se observar que, atualmente, a corrente favorável à utilização da lei penal como instrumento de coerção para o adimplemento de obrigações tributárias tem tomado vulto. Isto porque a corrente doutrinária que a defende se atém a poderosos argumentos de sua validade, como a necessidade de reafirmação do *imperium* do Estado, e a relação entre direito penal e direito tributário, ambos na esfera do direito público.

Os defensores da utilização da norma penal como elemento de reforço da norma tributária apresentam ainda uma justificativa de conteúdo prático que – ainda que não guarde estreita relação com o universo jurídico –, possui forte apelo: os benefícios supostamente trazidos pela coerção na arrecadação de tributos, aliado às

benesses trazidas por uma arrecadação mais efetiva ao público em geral, através do reaparelhamento da administração.

A corrente contrária, entretanto, encontra dificuldades para refutar essas afirmações. Não pela fragilidade de seus argumentos, mas sim pelo caráter técnico dos mesmos. Isto porque a premissa principal dos críticos, o desgaste da sistemática penal, não se pode observar com o mesmo dinamismo dos benefícios apontados por uma arrecadação otimizada pela coerção.

Da mesma forma, é importante ressaltar que o público geral, leigo em direito, não é capaz de analisar a utilização do *jus puniendi* como elemento capaz de conferir maior poder de coerção às normas tributárias. Em primeiro lugar, porque lhe falta conhecimento técnico científico em matéria de direito, impossibilitando que a grande maioria da população possa considerar a edição de tais normas sob o ponto de vista sistemático do direito. Em segundo, porque os resultados imediatistas apontam para o benefício público, à custa do aparente sacrifício de indivíduos cujo comportamento é absorvido pelo público como uma negação absoluta do poder do estado.

Naturalmente, a representação legislativa tende a buscar apaziguar os anseios sociais, geralmente editando normas que melhor atendam aos desejos prementes do público geral, o que propicia a edição e promulgação de normas dessa natureza.

Os efeitos negativos da utilização irresponsável da pena como mero instrumento de coerção, embora funestos, geralmente são projetados e, por este motivo, escapam de análises prosaicas. Entretanto, a análise dos mesmos é de fundamental importância posto que, se configurados, representariam lesões de difícil reparação na estrutura da nossa sistemática penal vigente.

Isto porque a má utilização da norma penal nas situações em debate ofende não só a estrutura penal atual, mas sim princípios basilares da própria pena. Sob esse prisma, indispensável considerar o efeito de uma faceta da incriminação da inadimplência tributária – as escusas absolutórias nos crimes tributários -, não na sistemática tributária, mas na penal, que suporta os efeitos da usurpação do *jus puniendi* no que se refere à aplicabilidade das penas.

5.2 Tipos penais em apreço

A lei 8.137/90 trata dos crimes contra a ordem tributária. No aludido diploma, merecem atenção os crimes praticados por particulares, mais precisamente os crimes de supressão ou redução de tributo, contribuição social ou acessórios, previstos no Art. 1º¹¹; e as condutas equiparadas, previstas no Art. 2º¹².

Com relação aos tipos penais em si, é passível de crítica em um primeiro momento o caráter heterotópico da norma, que aponta para a usurpação do *jus puniendi* por uma ramificação do direito dissociada do direito penal.

Na mesma esteira, o Código Penal Brasileiro traz em seu bojo tipos que – embora incorretamente capitulados -, tratam de crimes contra a ordem tributária. Um exemplo é o crime de apropriação indébita previdenciária (Art. 168-A do CPB¹³) que,

¹¹ **Art. 1º** Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

¹² **Art. 2º** Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

¹³ **Art. 168-A.** Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

embora capitulado como crime contra o patrimônio, tutela a ordem tributária, uma vez que trata de contribuição social, devida à administração pública.

Na mesma esteira se encontra o crime de suprimir ou reduzir contribuição social (Art. 337-A do CPB¹⁴). Embora descrito como um crime praticado por particular contra a administração em geral o dispositivo é, em sua essência, um tipo penal que visa tutelar a ordem tributária posto que trata, mais uma vez, de contribuição social.

Ainda que diversos doutrinadores sustentem que a capitulação dos crimes tipificados nos Artigos 168-A e 337-A estão devidamente capitulados no Código Penal, posto que tratam de hipóteses de subtração ou apropriação de valor pertencente à união, a definição não merece prosperar.

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

¹⁴ **Art. 337-A.** Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - (VETADO)

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

§ 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa.

§ 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.

Isto porque, se consideradas com atenção, as ações ou omissões neles contidas afrontam expectativas de direito por parte da administração, uma vez que os valores referentes aos tributos e contribuições sociais somente tornar-se-ão patrimônio do poder público após o repasse pelo contribuinte. Ademais, existe previsão de sanções administrativas e até mesmo penais – como as condutas tipificadas nos Artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 já mencionada no presente trabalho -, para o descumprimento das obrigações de declaração, recolhimento e repasse de tributos.

Parece claro, portanto, que a interação entre os microssistemas penal e tributário resulta em um grupo de tipos penais heterotópicos que, impossibilitados de serem caracterizados como *sui generis*, são capazes de viabilizar a ingerência entre ramificações do direito afrontando, aparentemente, a autonomia das disciplinas jurídicas.

No entanto, não se pode argumentar que os referidos tipos penais são inválidos ou incorretos, uma vez que a regra fundamental do Estado democrático é a possibilidade conferida ao legislativo de incriminar qualquer conduta que julgue atentatória ao bem-estar social. Da mesma forma, não se presta a crítica ao panpenalismo a buscar limitar os poderes parlamentares, mas sim salvaguardar o interesse público através da preservação do sistema penal.

Por isso se argumenta não contra a existência dos aludidos dispositivos, mas sim dos prováveis efeitos de uma aplicação utilitarista do direito penal, aparentemente nocivos à preservação da ramificação legal como sistema.

Da mesma forma, se questiona a possibilidade de risco à integridade do microssistema tributário, uma vez que a interação entre disciplinas do direito, embora seja capaz de fortalecer os campos sob a interseção multidisciplinar, pode vir a fragilizar as ramificações jurídicas singularmente consideradas. E o que se observa quando o legislativo reconhece, ainda que tacitamente, a ineficácia da estrutura de fiscalização e a fragilidade do poder intimidador das sanções administrativas.

Sendo assim, o estudo não deve se ater à simples observação dos microssistemas em separado ou considerar, apenas, os benefícios e os riscos da simbiose penal-tributária de uma forma limitada aos tipos penais que a caracterizam. É preciso que se faça uma análise detalhada dessas normas heterotópicas, considerando os meandros de sua relação com a sistemática penal, para depois

relacioná-las ao microsistema tributário, extraindo assim informações mais completas sobre os resultados de sua aplicação nas duas ramificações jurídicas em separado.

Por este motivo cumpre analisar, inicialmente, os tipos penais sob a ótica do direito penal, verificando a aplicabilidade dos dispositivos em face da sistemática de validação do *jus puniendi*.

6 PERTINÊNCIA DAS NORMAS PENAIS DE CUNHO TRIBUTÁRIO

Diante da inserção de condutas típicas relacionadas ao descumprimento do dever de pagar tributos e recolher contribuições sociais, a doutrina passou a ocupar-se da discussão acerca da necessidade desses institutos.

Os dispositivos criminais relativos aos crimes contra a ordem tributária foram editados em 1990, contendo alterações posteriores. Os relativos aos crimes contra o sistema previdenciário, em 2000. Respectivamente, as normas penais heterotópicas foram publicadas nos governos Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso, integrando o sistema normativo criticamente denominado “direito penal fernandino”, já indicado neste trabalho como período de vasta produção legislativa, marcado pelo surgimento exagerado de normas dessa natureza.

Tal constatação expõe o contexto de criação das aludidas normas, mas, claramente, não serve como pressuposto de invalidação das mesmas. Serve, entretanto, para determinar que a edição dos dispositivos provavelmente atendesse aos mesmos interesses sobre os quais incidiram a inflação penal no período: a busca pela efetivação da prestação de serviços públicos.

Isto porque, historicamente, os dois períodos mencionados estavam inseridos em realidades distintas, porém relacionadas do ponto de vista da necessidade de reorganização da estrutura pública. No primeiro período (1990), o país passava por um longo e trabalhoso processo de reestruturação, após o término do governo militar e imediatamente após a promulgação da constituição de 1988, que alterava a organização da União. Politicamente, a produção legislativa foi pressionada pelo governo de Fernando Collor de Melo, primeiro Presidente da República eleito por voto direto, que usufruía poderes conferidos pela Constituição para interferir diretamente no processo de criação de leis, ao tempo em que tinha como bandeira de governo criar instrumentos para pressionar o sistema de arrecadação de impostos, grosseiramente denominado em campanha como um “plano para acabar com os marajás”.

No segundo período mencionado (2000) o país, além de vivenciar a sedimentação do “plano real”, passou a buscar formas de efetivar a arrecadação de tributos. No mesmo período, os órgãos de arrecadação passaram a informatizar suas funções, criando serviços para a declaração e arrecadação de tributos, a exemplo do SINTEGRA (Sistema Integrado de Informações sobre Operações

Interestaduais com Mercadorias e Serviços), que veio a uniformizar o sistema de arrecadação de tributos federais e estaduais através de meios eletrônicos e magnéticos. No mesmo ano, surgiu a necessidade de se regulamentar as atividades de declaração e arrecadação dos tributos, posto que no ano anterior o número de declarações recebidas foi quase duas vezes maior que nos anos anteriores, com as declarações por meios eletrônicos atingindo mais de 90% do total de declarações. A criação das declarações simplificadas também contribuiu para o crescimento em progressão geométrica do número de declarações entregues¹⁵. Politicamente o início do segundo mandato do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, necessitava efetivar a arrecadação de impostos para custear uma gama considerável de programas sociais criados durante a sua gestão.

Somado a essas realidades, os dois períodos remontam a situações em que o poder público ampliou consideravelmente os meios de viabilizar a arrecadação de tributos, ao tempo em que muito pouco desenvolveu na sua estrutura de fiscalização da arrecadação. Se por um lado a administração fazendária desenvolveu diversos instrumentos capazes de agilizar o processo de declaração e arrecadação de impostos através da interação direta entre contribuinte e receita, por outro essas novas estruturas eram exageradamente dependentes da cooperação dos contribuintes, sobre os quais recaiu a responsabilidade pelos lançamentos dos impostos por eles devidos. Se o desafio anteriormente enfrentado pela administração era a apuração e cobrança de tributos, a nova realidade trouxe a necessidade de se fiscalizar o correto lançamento por parte dos contribuintes. Em outras palavras, a administração precisava encontrar um meio de garantir que o contribuinte realizasse os próprios lançamentos sem fazê-lo de forma fraudulenta. Diante desse impasse, a instrumentalização do direito penal como elemento capaz de conferir coercibilidade às normas tributárias foi a opção do legislador.

Os fatores acima elencados acaloraram a discussão acerca da efetividade das aludidas normas, bem como a projeção de seus efeitos na sistemática penal. A doutrina passou a discutir a existência de uma necessidade real da tutela penal daquelas condutas. Com base nesses fatos, as conclusões alcançadas apontavam para uma dissidência entre os objetivos gerais do direito penal e as pretensões do legislador.

¹⁵ Fonte: Receita Federal do Brasil

6.1 Considerações críticas acerca da tipificação dos crimes tributários.

Naturalmente, o ambiente de criação das normas penais tributárias gerou diversas críticas, dentre as quais se destacam as seguintes considerações:

6.1.1 A dupla tutela legal.

A primeira crítica apontada pela doutrina deriva de considerações comuns, até mesmo por parte do público geral: a desnecessidade de incriminação de condutas que possuem previsão de sanção na esfera administrativa.

Notadamente, o argumento apresentado possui pertinência, comungando com todas as orientações apontadas pelos críticos do panpenalismo. Não há que se considerar somente a indevida ingerência do direito penal sobre o direito tributário, mas também a sobreposição da sistemática sancionadora penal sobre o subsistema de natureza administrativa.

O estudioso do direito aponta a desnecessidade de sobreposição das esferas do direito público. O observador leigo questiona a eficiência de uma dupla atuação estatal sobre o mesmo objeto de interesse público. O resultado das observações críticas é semelhante: o questionamento acerca do enfraquecimento do sistema legal como um todo.

De fato, se pode observar facilmente que a intromissão do direito penal na esfera do direito tributário denota uma incapacidade ou ineficácia do sistema de fiscalização e sancionamento de condutas pelo direito tributário. Sob esse prisma, restaria a conclusão de que o estado “empresta” o poder de coerção do direito penal ao sistema legal tributário, visando minimizar as consequências prejudiciais da incapacidade da administração em fiscalizar o adimplemento das obrigações inerentes àquele microssistema.

Ocorre que as constantes evoluções na estrutura de fiscalização e arrecadação de tributos põe em cheque essa justificativa. Na era da comunicação, o sistema tributário encontrou um sem número de vantagens – tais como a informatização dos sistemas de controle e bancos de dados contendo informações dos contribuintes, a interligação dos sistemas bancários e também a informatização

dos sistemas financeiros -, viabilizando aos órgãos de fiscalização acompanhar todo o processo de recolhimento de tributos.

Da mesma forma, o aparato sancionador tomou força, através da criação e expansão de cadastros de devedores, da necessidade de manutenção de uma figura solvente pelas pessoas físicas e jurídicas que atuam no mercado de comercialização de bens e serviços e através de sanções indiretas como, por exemplo, as proibições aos inadimplentes em contratar com o poder público. Na mesma esteira, a informatização já apresentada viabiliza a rápida consulta às principais movimentações financeiras, até mesmo a declaração e recolhimento de impostos em tempo real.

O direito penal não pôde acompanhar o dinamismo das evoluções ocorridas no seio da sistemática tributária, até mesmo devido a uma preocupação maior do poder público em investir maiores quantias na arrecadação de impostos que na prevenção crimes e na apuração e punição de eventuais delitos.

Essas observações apontavam, invariavelmente, para o reconhecimento definitivo da desnecessidade da tutela penal dos ilícitos tributários, em virtude da dificuldade – quiçá incapacidade -, do direito penal em acompanhar o dinâmico processo de circulação de riquezas e arrecadação de impostos, assim como a aparente deficiência dos instrumentos à disposição do sistema penal em face da desenvolvida estrutura de fiscalização tributária. No entanto, foi outro o caminho tomado pelo legislador.

6.1.2 O rigor atribuído às normas penais tributárias.

A incapacidade da sistemática penal em acompanhar o dinamismo das relações tributárias, embora apontasse para a revogação dos dispositivos penais em apreço, acabou por convergir para um maior rigor na aplicação dos tipos penais alusivos ao microssistema tributário.

Um dos mais importantes impasses decorrentes da tipificação dos crimes tributários foi a consideração da responsabilidade do indivíduo gerente ou administrador da pessoa jurídica, uma vez que a incriminação sobre conduta de responsabilidade – instituída pela legislação tributária -, de pessoa jurídica, recairia sobre tais pessoas físicas.

Necessário, portanto, analisar a existência de elementos constitutivos do crime por parte da pessoa física quando da capitulação da conduta. A tarefa não é simples, como preceitua Luis Flávio Gomes (2009):

“No Direito brasileiro há um conjunto expressivo de normas que impõem sanções não penais e que entrariam facilmente no âmbito do que se chama de Direito sancionador. Por exemplo: lei de improbidade administrativa, lei do impeachment, transação penal etc. A responsabilidade da pessoa jurídica também deve ser inserida nesse rol, porque impossível aplicar nesses casos princípios básicos do clássico Direito penal, dentre eles destacam-se: princípio da responsabilidade pessoal (ninguém pode ser responsabilizado pelo fato de outrem), princípio da responsabilidade subjetiva (não existe crime sem dolo ou culpa), princípio da culpabilidade (capacidade de comportar-se de modo diverso).”

A configuração do dolo, por sua vez, torna-se confusa, posto que se trata de responsabilização de um indivíduo (pessoa física) com base em atitudes atribuídas a outro (pessoa jurídica). A dificuldade aumenta ao considerarmos que a sistemática tributária não reconhece tal comunhão de vontades em seu sistema sancionador, atribuindo objetivamente à pessoa jurídica a responsabilidades pelas infrações administrativas dele decorrentes. Estaria o direito penal, portanto, assumindo um expediente de responsabilização objetiva, o que afronta sobremaneira a estrutura penal pátria.

Sobre a configuração do dolo cumpre ressaltar que tanto o crime tipificado no Art. 1º da Lei 8.137/90, quanto o do Art. 2º do mesmo diploma legal reclamam, em tese, o dolo específico, ou direto, que é o dolo consubstanciado em um especial fim de agir.

Na primeira hipótese (Art. 1º da Lei 8.137/90), verificamos que o tipo objetivo indica como conduta criminosas a “supressão” ou “redução” do tributo, através das modalidades delitivas “omitir informação”; “fraudar a fiscalização”; “falsificar ou alterar nota fiscal”; “elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento”; “negar ou deixar de fornecer nota fiscal”. Todas as condutas, descritas, sejam comissivas ou omissivas, referem-se a um tipo penal misto alternativo quanto à capitulação, porém cumulativo quanto à conduta. Isto porque o tipo exige que o indivíduo, primeiro, pratique um das modalidades delitivas para, através dessa conduta, produzir o resultado supressão ou redução de tributo.

O mesmo se observa na segunda hipótese (Art. 2º da Lei 8.137/90), em que a “declaração falsa” ou “omissão de declaração” (inciso I) tem como finalidade “eximir-se do pagamento de tributos”; a conduta de “deixar de recolher” (inciso II) exige o

descumprimento do dever de recolher o tributo enquanto sujeito passivo da obrigação (dolo consubstanciado no conhecimento do dever de agir conforme obrigação legal); o ato de “exigir, pagar ou receber percentagem” (inciso III) reclama a necessidade da exigência como incentivo fiscal; a conduta de “deixar de aplicar ou aplicar em desacordo com o estatuído” (inciso IV) faz menção expressa a “incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento” sendo, portanto, crime próprio no que tange à execução; e “utilizar ou divulgar” (inciso V) exige o uso de um “programa de processamento de dados”, sendo próprio quanto ao meio.

Sendo assim, como em regra se opera nos tipos penais mistos cumulativos, sobretudo nos crimes em que é descrito o especial fim de agir – no caso, a supressão ou redução dos tributos -, estamos diante de um crime de dolo direto ou específico.

No mesmo sentido se posiciona a doutrina majoritária sobre o tema, representada com maestria por Luiz Flávio Gomes (2009):

“Os incisos do art. 1º da Lei 8.137/90 descrevem várias condutas. Não basta, entretanto, que o agente as tenha praticado, para considerar consumado o crime. Faz-se necessário, ademais, a ocorrência do requisito subjetivo do injusto previsto no caput (dolo). Desta forma, à prática do fato deve ser acrescentada a consciência e a vontade de não pagar ou de reduzir o tributo (dolo direto) ou a assunção de risco por parte do agente (dolo eventual).

[...]

O tipo penal previsto no art. 2º, I, da Lei 8.137/90, consoante clássica diferenciação, pertence à categoria denominada delito formal, isto é, descreve o resultado naturalístico (supressão de pagamento de tributo) mas não o exige para a consumação formal do delito. Com isso, do ponto de vista da imputação subjetiva, não há dúvida de que se trata de um delito de intenção ou de intenção especial. Para além do dolo, que ilumina o desvalor da conduta (fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas), o tipo ainda exige um requisito subjetivo especial, isto é, a intenção de eximir-se do pagamento de tributo. É essa a intenção especial que distingue o crime tributário acima mencionado do delito de falsidade do Código Penal”. (GOMES. 2009)

Da mesma forma, cumpre ressaltar que as hipóteses previstas no Art. 1º, inciso V e seu parágrafo único apresentam ainda outro motivo para a necessidade de delimitação da finalidade específica da conduta, uma vez que os tipos objetivos em destaque apontam para condutas que apontam para a figura do crime de desobediência¹⁶, nas situações em que o agente é instado a apresentar documentos

¹⁶ Figura típica prevista no Art. 330 do CPB: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público.”

(Art. 1º, V), utiliza meios fraudulentos (Art. 1º, V – última parte), ou não atende à autoridade solicitante (Art., 1º, parágrafo único). Seria, então, hipótese de crime de desobediência, dissociado da infração constante no Código Penal não só pela especialidade da previsão legal, mas sim pela finalidade específica de desobedecer ao dever legal com a finalidade de sonegar tributos.

Não obstante, há que se observar que nenhuma das condutas previstas nos aludidos dispositivos previstos na lei de crimes contra a ordem tributária citadas apresenta a previsão de punibilidade para crimes na modalidade culposa. Sendo assim, demonstrado que os crimes tipificados nos Art. 1º e 2º da lei 8.137/90 reclamam dolo direto, afastando a responsabilização na modalidade culposa por ausência de previsão, não se pode conceber eventual responsabilização objetiva dos agentes, uma vez que a culpa é elemento indispensável do conceito civil – juntamente com o dano e o nexo causal -, e foi afastada pelo legislador. Da mesma forma, ainda que o dolo específico possa ser caracterizado na forma eventual, o mesmo não se aplica a culpa.

Além das considerações acerca da culpabilidade, se observa na hipótese do Art. 1º da Lei 8.137/90, a existência de crime material, haja vista a necessidade de lesão à ordem tributária através da supressão ou redução do tributo. Isto porque o tipo objetivo apresenta, no *caput*, a conduta delitiva como “suprimir ou reduzir” tributo, contribuição social ou qualquer acessório.

Sendo assim, resta comprovado o caráter de tipo penal misto cumulativo da previsão legal, o que cristaliza o ato de suprimir ou reduzir como especial fim de agir, pacificando o entendimento de que a não se admite a modalidade culposa para a prática do crime e, portanto, torna-se impossível qualquer consideração acerca da responsabilização objetiva dos prováveis agentes.

A jurisprudência sedimentou entendimento nesse sentido:

“Crime contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90, art. 1º, I): infração material – ao contrário do que sucedia no tipo similar da Lei n. 4.729/65 –, à consumação da qual é essencial que, da omissão da informação devida ou da prestação da informação falsa, haja resultado efetiva supressão ou redução do tributo: circunstância elementar, entretanto, em cuja verificação, duvidosa no caso, não se detiveram as decisões condenatórias: nulidade.” (HC 75.945-2/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. j. em 02.12.97, DJU de 13.2.98).”

Na mesma esteira, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu o entendimento de que, como o a supressão e redução dos tributos é condição *sine qua non* dos

crimes tributários, não seria possível que o contribuinte praticasse qualquer crime contra a ordem tributária antes de possuir conhecimento incontestável acerca da obrigação de contribuir. Nas hipóteses em que a conduta criminosa é justamente o descumprimento do dever de prestar informações junto aos órgãos de arrecadação fazendária, é necessário definir o dano causado ao erário. Isto porque, em qualquer das situações, há que se determinar o valor devido a título de tributo, posto que o direito penal não admite a capitulação de crime cujo objeto é vago. Com isso, sem o lançamento tributário, o delito careceria de definição de seu objeto, sem o que não seria possível a imputação do agente, haja vista tratar-se de crime impossível pela impropriedade do objeto. Para tanto, foi editada súmula vinculante, inadmitindo a capitulação do crime tributário antes do lançamento definitivo do tributo:

“Súmula Vinculante 24:
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.”

No que tange aos delitos previdenciários, previstos nos Art. 168-A e 337-A do Código Penal Brasileiro, a conclusão é ainda mais óbvia. Isto porque se trata de dois exemplos de crimes concomitantemente comissivos e omissivos, consistentes na omissão de repasse da contribuição com a consequente apropriação indevida dos valores destinados ao repasse. Na pluralidade de ações em vista de se alcançar um mesmo resultado, resta também configurada a necessidade de observação da ocorrência de dolo específico ou direto, no caso, do *animus rem sibi habendi*¹⁷.

Essa interpretação acaba por afrontar o interesse público em utilizar o direito penal como instrumento de coerção ao adimplemento das normas tributárias, uma vez que o viés penal da simbiose entre as esferas do direito público torna-se totalmente dependente da função fiscalizadora do direito tributário. Não obstante, a configuração do crime reclama a existência do dolo direto, o que não é facilmente observado em modalidades de crime omissivo.

Da mesma forma, a aplicação da lei penal aos tipos em estudo encontra obstáculos, uma vez que os princípios da doutrina criminalista impedem a aplicação de alguns conceitos afeitos a outros ramos do direito, como responsabilidade objetiva, bem como tem a culpabilidade como fator elementar do conceito de crime. A bem da verdade estaria o Estado utilizando, teoricamente, um sistema sancionador menos efetivo que o administrativo-tributário.

¹⁷ Tradução livre: “finalidade de ter a coisa para si”.

Ao Estado coube, lamentavelmente, contornar esse impasse conferindo, através do poder judiciário, um caráter de crime de perigo aos crimes tributários exigindo, para tanto, o reconhecimento de dolo genérico para a configuração das condutas típicas. Numerosos foram os julgados prescindindo da configuração do dolo específico, atribuindo ao particular sob a égide da justiça penal a mesma responsabilidade objetiva atribuída às pessoas físicas ou jurídicas na esfera administrativa, como se pode observar nos diversos exemplos a seguir:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOLO ESPECÍFICO. DEMONSTRAÇÃO. DESNECESSIDADE. DELITO OMISSIVO PRÓPRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO DISSONANTE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

A orientação jurisprudencial deste sodalício firmou-se no sentido de que o crime de apropriação indébita previdenciária não exige a demonstração do fim especial de agir, ou do dolo específico de fraudar a Previdência Social, bastando que as contribuições recolhidas dos empregados não sejam repassadas à previdência.

(HC 113418 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 23/05/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25/05/2012 PUBLIC 28/05/2012)”

“Tratando-se de delito omissivo-formal a caracterização do tipo subjetivo nos crimes de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias independe da intenção específica de auferir proveito (animus rem sibi habendi), pois o que se tutela não é a apropriação das importâncias, mas o seu regular repasse ao INSS.

(RHC 112941 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 13/04/2012, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 18/04/2012 PUBLIC 19/04/2012)”

“O dolo exigido para a configuração do presente delito é o genérico, consistente na intenção do agente em lesionar a ordem tributária, o que restou comprovado.

(RE 660186, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 13/10/2011, publicado em DJe-200 DIVULG 17/10/2011 PUBLIC 18/10/2011)”

“A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária, basta a demonstração do dolo genérico, sendo dispensável um especial fim de agir, conhecido como animus rem sibi habendi (a intenção de ter a coisa para si). Assim como ocorre quanto ao delito de apropriação indébita previdenciária, o elemento subjetivo animador da conduta típica do crime de sonegação de contribuição previdenciária é o dolo genérico, consistente na intenção de concretizar a evasão tributária.

(AP 516, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, DJe-235 DIVULG 03-12-2010 PUBLIC 06-12-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011 EMENT VOL-02590-01 PP-00001)”

Diante dessas revisões, restou mitigada a responsabilidade subjetiva, reconhecendo a jurisprudência – ainda que em total desacordo com os princípios mais austeros e os fundamentos do direito penal -, a aplicabilidade da sanção penal

relativa aos crimes tributários praticamente em uma sequência do procedimento administrativo de apuração do débito tributário.

Como resultado, o Estado acabou por influenciar na viabilização da máxima aplicação das sanções penais em situações de prática de ilícitos administrativos. Essa atuação, naturalmente, apresenta algum custo social. Então o poder público passou a preocupar-se com os efeitos da maximização das sanções penais tributárias.

7 A EXCLUSÃO DA PUNIBILIDADE NAS NORMAS PENAIS TRIBUTÁRIAS

A possibilidade de interpretação dos crimes tributários como crime de perigo, com a conseqüente possibilidade de sua capitulação imediatamente após o lançamento dos débitos tributários, independente da projeção volitiva do agente, criou campo fértil para uma aplicação exagerada de sanções penais relativas aos crimes em apreço.

Essa possibilidade gerou algumas preocupações no poder público. Dentre essas preocupações, podemos destacar a ineficiência da aplicação da sanção penal para as finalidades de arrecadação de tributos, por dois motivos: a provável impossibilidade de solvência do indivíduo submetido à pena privativa de liberdade; e a destinação dos recursos decorrentes do adimplemento de multas penais¹⁸.

Da mesma forma, a possibilidade de reação negativa da população à aplicação exacerbada de sanções dessa natureza, devido à massificação das condutas lesivas aos interesses da arrecadação na população em geral – geralmente acompanhadas de justificações sociais - e, no caso das contribuições previdenciárias, sua própria natureza de cooperação social¹⁹.

Em virtude dessa preocupação, e visando manter o apelo intimidador da previsão de sanção penal, o legislador editou posteriormente normas que delimitam – e, em algumas situações, inviabilizam -, essa aplicação da pena na hipótese de prática de crimes tributários.

É o caso da Lei 9.964/2000 que, em seu Art. 15, cria obstáculos para que a norma Penal cumpra seu efeito:

“Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

[...]

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, também:

¹⁸ Por força do Art. 2º, V da Lei Complementar 79/1994.

¹⁹ A gênese histórica das contribuições previdenciárias é de contribuição voluntária – criada na Grã Bretanha sob as denominações, “welfare” ou “the dole” (expressão bretã derivada de obrigações das províncias do império Romano, em mandar contribuição em grãos para Roma), em 1536 -, passando a ser obrigatória através do “allowance system”, criado em 1800, convergindo, finalmente, para a seguridade social (Inglaterra em 1911), conforme leciona a historiadora britânica Rosemary Rees (2001). No Brasil, embora a seguridade social conste da constituição de 1896, a destinação das contribuições para o seguro social foi regulamentada em 1986, durante o Governo José Sarney, através da lei de seguro desemprego (Decreto 2.283/86).

I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;

II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

§ 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

O legislador, portanto, criou um condicionamento para a aplicação da norma penal. No entanto este condicionamento, atrelado a possibilidade de suspensão da punibilidade em decorrência de celebração de acordo entre o contribuinte em débito e a administração tributária, resulta em uma norma híbrida que afeta a própria vigência do dispositivo em seu caráter penal.

Essa situação não é observada exclusivamente na legislação apontada. Os crimes existentes no Código Penal Brasileiro também apresentam hipóteses de exclusão da punibilidade.

Nos tipos específicos, a extinção da punibilidade vem descrita na hipótese de confissão espontânea e pagamento das contribuições antes do início da ação fiscal. Tais descrições, presentes no Art. 168-A em seu parágrafo 2º e no Artigo 337-A em seu parágrafo 1º, tem redação semelhante, que melhor traduz seu sentido na disposição do Artigo 168-A:

“§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.”

O dispositivo do Art. 337-A, embora com redação um pouco diversa, tem idêntico sentido²⁰. Extrai-se, portanto, que a conduta típica, embora configure crime em todos os seus fundamentos, prescinde da punibilidade, em virtude de conduta voluntária do agente anterior a ação fiscal. A figura Penal que ilustra o caso, aparentemente, é a do arrependimento eficaz.

No entanto, no que tange ao crime de apropriação indébita previdenciária (Art. 168-A do CPB), existe ainda outra disposição. No aludido dispositivo, o legislador prevê a hipótese de inaplicabilidade da pena, a critério do juiz, após o início da ação fiscal, e antes do recebimento da denúncia:

²⁰ § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

“§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:
I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios;”

No caso em questão, ainda que se considere uma hipótese de arrependimento eficaz, o dispositivo não trata de uma exclusão de punibilidade, uma vez que pressupõe uma hipótese de perdão judicial.

Resta, então, analisar a validade das hipóteses de exclusão de punibilidade apresentadas pelo legislador.

7.1 As escusas absolutórias e o perdão judicial

Verificando os dispositivos em estudo, conclui-se que as hipóteses de isenção de pena estão fundamentadas em escusas absolutórias, e ainda, na hipótese de perdão judicial²¹.

Verificando, inicialmente as disposições permissivas descritas nos tipos em estudo, se constata que as hipóteses apresentadas pelo Art. 15 da Lei 9.964/2000 são duas: a primeira delas - em seu *caput* e parágrafo 2º inciso I -, uma norma genérica de exclusão de punibilidade; na segunda, descrita em seu parágrafo 3º, uma hipótese de desistência voluntária ou arrependimento eficaz.

A hipótese de desistência voluntária ou arrependimento eficaz permeiam ainda os dispositivos do parágrafo 2º do Art. 168-A do CPB, e ainda do parágrafo 1º do Art. 337-A do mesmo diploma, bem como serve como supedâneo à possibilidade de perdão judicial no parágrafo 3º, inciso I do Art. 168-A supracitado.

Portanto, com espeque de se definir a existência de eventual risco à sistemática penal pela aplicação das benesses, há que se verificar se os pressupostos legais para a sua aplicação foram observados.

Em primeiro lugar, cumpre analisar a causa *sui generis* de exclusão de punibilidade apresentada pelo Art. 15 da Lei 9.964/2000. Aparentemente, a hipótese estaria amparada pelo inciso VI do Art. 107 do Código Penal Brasileiro, que prevê a exclusão da punibilidade “pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite”.

²¹ A diferenciação entre os institutos encontra respaldo em detalhes técnicos, uma vez que as escusas absolutórias traduzem disposições taxativas constantes na norma, enquanto o perdão judicial é uma permissão legal cuja aplicabilidade depende da discricionariedade do juiz.

Entretanto, essa retratação não se observa nas hipóteses do Art. 15 *caput* e seu parágrafo 2º uma vez que, nas aludidas situações, a lei prevê a suspensão da pretensão punitiva quando da realização de acordos para o adimplemento dos débitos tributários.

Não obstante, as hipóteses apresentadas nos dois últimos dispositivos afrontam a própria essência da norma, uma vez que reconhecer um acordo realizado individualmente entre o contribuinte e um determinado órgão da administração como causa de exclusão de punibilidade é o mesmo que subverter a norma penal a uma relação de atributividade. Isto implicaria na derogabilidade²² da norma penal, o que é inaceitável em uma norma de direito público.

Sendo assim, as únicas hipóteses condizentes com a estrutura penal vigente seriam derivativas da aludida retratação do agente, implicando em hipóteses de desistência voluntária ou arrependimento eficaz, independente de sua aplicação como escusa absolutória ou perdão judicial.

Essas premissas devem ser tratadas com cuidado, uma vez que a sistemática penal brasileira rejeita a teoria da anulação (*annullationstheorie*), de que o arrependimento anularia o dolo e, conseqüentemente, o crime.

Estaria, pois, a situação adstrita à aplicabilidade do Art. 15 do Código Penal, o qual trata justamente da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, rezando que “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”. Cumpre, portanto, observar se tais situações se configuram.

7.2 Efeitos na classificação doutrinária dos crimes

O reconhecimento das hipóteses previstas nos dispositivos permissivos anteriormente indicados resulta numa aparente fragilização da classificação doutrinária dos crimes, capaz de produzir efeitos na aplicabilidade das normas da parte geral da codificação penal pátria, uma vez que não correspondem, propriamente, nem a situação de desistência voluntária, nem tampouco de arrependimento eficaz, como a seguir se observa.

²² O princípio da inderrogabilidade da norma penal e sua relevância para a análise do tema será objeto do próximo capítulo.

A desistência voluntária, inicialmente, remonta à teoria de Reinhart Franck (1931. §43. In: HUNGRIA e FRAGOSO. 1977), de que o agente decidiria por não prosseguir na produção de um determinado resultado embora pudesse fazê-lo (*ich nicht weiter handeln, selbst wenn ich es könnte*), ou não poderia prosseguir na produção do resultado, ainda que o quisesse (*ich kann nicht weiter handeln, selbst ich es wollte*).

Ocorre que, tanto os dispositivos dos Art. 1º e 2º da Lei 8.137/90, quanto os dos Art. 168-A e 337-A do CPB tratam de crimes formais quanto à conduta (embora sejam materiais quanto ao resultado), que se consumam a partir da prática das condutas nucleares “suprimir”, “reduzir”, “omitir”, “fraudar”, “falsificar”, “fazer falsa declaração”, “deixar de repassar”, “deixar de recolher”, entre vários outros. Uma vez que - conforme as disposições jurisprudenciais dominantes indicadas no item 6.1.2 -, a corrente jurisprudencial majoritária defende que o dano ao erário é presumido, o resultado se produz imediatamente com a prática da conduta típica; já a corrente minoritária, que advoga que o lançamento tributário posterior comprova a prática da conduta criminosa, não é capaz de ilidir o raciocínio de que a conduta do agente é apta a exaurir o crime, uma vez que o lançamento é ato independente de qualquer manifestação volitiva de sua parte. É, inclusive, o que leciona Erich Land (1927. p. 28): “Se a condição é independente e não faz parte da ação, não pode influir sobre a consumação do fato”²³.

Não obstante, boa parte desses crimes apresenta em seu tipo objetivo a descrição de conduta omissiva impossibilitando, claramente, a aplicação dos postulados de Franck. Não se pode falar, nessas hipóteses, em desistência de inação, exatamente porque a inação consiste na não realização da ação determinada por lei. Não pode o agente abdicar de um não fazer, senão quando pratica a conduta conforme o direito, o que ilide a existência de crime pela atipicidade da conduta. É por este motivo que, em regra, a desistência voluntária não se aplica aos crimes omissivos.

Sendo assim, não seria cabível a hipótese de desistência voluntária em nenhuma das situações, uma vez que seria impossível ao agente, seja por decisão ou impossibilidade, evitar a produção do resultado. É o que obtempera Ottorino Vannini (1947):

²³ Tradução livre: “*Diese ist aber abgeschlossenen und vollendet, ohne dass der bedingte Umstand bereits vorliegt, da dieser selbstaendig und nicht ein Teil der Handlung ist*”.

“não há, aqui, desistência voluntária, pois esta não consiste em deixar de repetir um ato que, por si só, era meio idôneo a produzir o *eventus damni*; exauriu-se a ação executiva, pois não se pode admitir que o agente não tenha feito tudo quanto era suficiente para praticar o crime”

Não sendo possível a desistência voluntária, cumpre analisar a possibilidade do arrependimento eficaz, que consistiria em um impedimento, por iniciativa do infrator, da produção do resultado.

Entretanto, conforme lecionam Hungria e Fragoso (1977. p. 27), a hipótese também seria impossível, uma vez que “a desistência voluntária consiste sempre numa omissão ou abstenção de atividade; ao passo que o arrependimento eficaz exige necessariamente uma atuação militante, e só é possível nos crimes materiais, em que o resultado se destaca da ação”.

Como o lançamento tributário independe de manifestação volitiva por parte do agente, a única possibilidade que lhe assiste é a de arrependimento posterior a qual, inclusive, melhor se assemelha às situações elencadas nas disposições permissivas atribuídas aos aludidos crimes. O arrependimento posterior, nos termos do Art. 16 do CPB²⁴, é justamente a situação em que o agente demonstra seu arrependimento restituindo a coisa ou – mais adequado aos casos em tela -, reparando o dano. Entretanto, o arrependimento posterior não ilide a aplicação da pena, podendo incidir, quando muito, em sua redução.

Isto porque a reparação do dano não anula a ação criminosa, sobretudo nos crimes ora estudados, conforme explica Mauro Angioni (1930. p. 49):

“as causas que implicam a proibição de punir o fato cometido, mas consistentes na ocorrência de fatos sucessivos (sejam estes queridos pelo agente, ou sobrevenham à sua revelia, ou mesmo contra a sua vontade), não são causas de exclusão da ilicitude do fato. E não o são porque não podem impedir a manifestação de uma ilicitude que já se manifestou, nem a apresentação de um crime que já aconteceu”²⁵.

Portanto, a aplicação das benesses constantes nos dispositivos legais objetos desse estudo não encontra respaldo na sistemática Penal vigente.

²⁴ **Art. 16** Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

²⁵ Tradução livre: “Le cause che significano il divieto di punire il fatto commesso, ma la presenza costante di eventi successivi (questi sono per l'agente, o sopravvenire sopra le loro teste, o addirittura contro la loro volontà), non sono cause di esclusione della illiceità del fatto . E non sono perché non possono impedire la manifestazione di una illegalità che si è già manifestato, né la presentazione di un crimine che è successo ”

7.3 Real classificação das causas de exclusão da punibilidade

Observando as informações colhidas, resta a conclusão de que não se pode encontrar uma classificação para as causas de exclusão de punibilidade trazidas pelos crimes previstos através da simbiose penal-tributária. Isto porque, aparentemente, o legislador resolveu – ao mesmo tempo em que criminalizou condutas relativas à ramificação legais distintas do direito Penal -, “premiar” o infrator que opta por reparar o dano ao erário, optando por ignorar os efeitos do crime e, sobretudo, da ausência de sua expiação no que tange à previsão geral. Diante da impossibilidade de se aplicar as escusas absolutórias tradicionais, foram criadas causas *sui generis* de exclusão de culpabilidade.

Independente das hipóteses até então levantadas, seja na modalidade de arrependimento eficaz, perdão judicial ou na mera suspensão da pretensão punitiva descrita no Art. 15 da Lei 9.964/2000, resta claro que o legislador reconhece a existência do crime, preterindo a punição em virtude da possibilidade de atingir o objetivo da tutela legal: a manutenção da ordem tributária e do fluxo de arrecadação.

Aparentemente, tais disposições não apresentam prejuízo algum para a ordem legal. Em verdade, em primeira análise demonstram uma vantagem, posto que a coerção através da norma Penal sem a aplicação de pena representa, supostamente, a produção de um resultado positivo sem lesão à liberdade do inculpatado.

Entretanto, o efeito não imediatamente percebido dessa forma de aplicação do direito penal é grave, posto que atinge um dos fundamentos do direito penal, o princípio da inderrogabilidade da pena.

8 O PRINCÍPIO DA INDERROGABILIDADE PENAL

O princípio da inderrogabilidade penal serve ao Direito como corolário do princípio da legalidade. Embora ambos sejam indicados como princípios de direito penal e características essenciais da pena, os mesmos guardam entre si estreita relação, uma vez que a ideia de inderrogabilidade comunga com uma conceituação derivativa da legalidade, no sentido de que a pena é a consequência jurídica do delito (PRADO. 2007. p. 538).

Etimologicamente, a denominação do princípio resulta da conjugação do prefixo de negação *in* à expressão *derrogabilidade* - inerente ao verbo *derrogar* que - , por sua vez, tem origem na expressão latina *derogare*, como substrato da junção das expressões *de* (no sentido de “fora”, ou “contrário”) e *rogare* (significando “pedido”, “comando”). Juridicamente, encontra significado na impossibilidade de exceção ou rejeição da aplicabilidade de alguma determinação legal, no caso, a previsão de aplicação de penas relativas a eventual prática do crime.

Na doutrina penal pátria, a expressão foi adotada como denominador de princípio essencial da pena, traduzindo a obrigatoriedade de aplicação de reprimenda depois de constatada prática de infração penal.

Este princípio deriva das anotações de Beccaria (1764), com as quais corrobora em uníssono a doutrina brasileira, no sentido de que a pena serve a duas finalidades: em primeiro lugar a de *prevenção especial*, como função ressocializadora do infrator; em segundo lugar, e não menos importante, a *prevenção geral*, traduzida pelo exemplo que a sua aplicação imprime ao corpo social.

Alguns doutrinadores sustentam, nessa mesma esteira, que a pena, sob o aspecto teleológico, “é, concomitantemente, castigo e defesa social” (BUSHATSKY. 1970. p. 161).

O princípio foi conceituado por doutrinadores brasileiros no sentido de que a pena, quando configurada e comprovada a ocorrência de crime, deve corresponder às expectativas de sua aplicação, satisfazendo o que demanda o brocardo *punitur quia peccatum est*²⁶.

Na verdade, desde a antiguidade a preocupação com a inderrogabilidade enquanto garantia de eficácia das leis se encontra presente. Sócrates chegou a

²⁶ Tradução livre: pune-se porque é uma falta.

fazer observações acerca da eficácia das leis enquanto elemento solidificador da moral social na realidade grega, em período que correspondia à época arcaica do direito romano, cerca de um milênio antes da edição do *corpus iuris civilis*:

“O ato de descumprimento da sentença imposta pela cidade representava para Sócrates a derrogação de um princípio básico do governo das leis: a eficácia. A eficácia das leis comprometida, a desordem social haveria de reinar como princípio, uma vez que cada qual cumpriria ou descumpriria as regras sociais de acordo com suas convicções próprias; mas, para Sócrates, o débito social é incontornável. Assim, a inderrogabilidade do valor das leis ganhou força de princípio dogmático, coercitivo e vinculativo para todo aquele que se pudesse considerar um bom cidadão. A justiça política, que se fazia viva por meio das leis positivas, representou entre os gregos, a orientação da vida do próprio indivíduo. Sócrates serviu-se de sua própria experiência para fazer com que a verdade acerca do justo e do injusto viesse à tona. A lei interna que encontra guarida no interior de cada ser, lei moral por excelência, poderia julgar acerca da justiça ou da injustiça de uma lei positiva, e a respeito disso opinar, mas esse juízo não poderia ultrapassar os limites da crítica, a ponto de lesar a legislação política pelo descumprimento. Ou seja, para Sócrates, o foro interior e individual deveria submeter-se ao exterior e geral em benefício da coletividade”. (BITTAR e ALMEIDA. 2004. p. 73)

Na sistemática penal, a inderrogabilidade encontra relevância no binômio obrigatoriedade-celeridade. No que tange à obrigatoriedade, o princípio serve como pressuposto de inflexibilidade do sistema sancionador criminal, impedindo que a persecução penal sofra influências capazes de impedir sua aplicação permitindo, somente, a não aplicação da sanção nas hipóteses previstas em lei, a exemplo das excludentes de ilicitude e culpabilidade. No tocante a celeridade, o princípio se traduz na necessidade de uma rápida aplicação da reprimenda, de forma a viabilizar tanto uma expiação mais efetiva por parte do apenado, quanto uma absorção mais abrangente de seu sentido de prevenção pelo corpo social.

Em ambas as situações, portanto, se extrai a necessidade de uma aplicação rápida e efetiva da sanção diante da prática da infração penal, de forma a reafirmar a ameaça da pena como elemento coercitivo de cumprimento da norma penal. A aplicação da reprimenda enquanto elemento de reafirmação da norma merece análise mais aprofundada.

8.1 A inderrogabilidade como elemento de “certeza da lei”.

Uma das principais características da inderrogabilidade enquanto corolário do princípio da legalidade é, justamente, a reafirmação do poder da norma através da aceitação social de uma “certeza da lei”. Essa certeza, por sua vez, possui duas

vertentes: inicialmente, a da anterioridade, consagrada pela máxima *nulum crimen nulla poena sine praevia lege*²⁷; e a da aplicabilidade da reprimenda como punição pelo descumprimento da norma, traduzida pelo brocardo *malum passionis, quod infligitur, ob malum actionis*²⁸, no sentido de retribuição.

Tais construções podem ser traduzidas em uma garantia comum a todos os membros do corpo social, de que somente serão aplicadas as sanções previstas para as condutas delitivas especificadas nas normas penais, e ainda, de que tais sanções serão invariavelmente aplicadas sempre que preenchidos seus pressupostos de necessidade. Em outras palavras, a certeza da pena é a contrapartida imposta àquele que ameaçou a certeza da norma.

Esse é o sentido que buscou o jurista argentino Sebastián Soler (1970. p. 342), ao discorrer que “a pena é um mal primeiramente ameaçado, e depois imposto ao violador de um preceito legal como retribuição, consistente na diminuição de um bem jurídico, com o fim de evitar mais delitos”²⁹.

Embora não seja a retribuição o objetivo principal do direito Penal, há que se respeitar o seu caráter de exemplo à coletividade, sob pena de se disseminar o desrespeito geral às normas, através da mitigação do aforismo *nemo censetur ignorare legem*³⁰. Nesse sentido, preconiza Luiz Regis Prado (2004. p. 515):

“Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena relata ad effectum*). Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.

A *prevenção geral*, tradicionalmente identificada como *intimidação* – temor infundido aos possíveis delinquentes, capaz de afastá-los da prática delitiva -, é modernamente vislumbrada como *exemplaridade* (conformidade espontânea com a lei) – função pedagógica ou formativa desempenhada pelo Direito Penal ao editar as leis penais”.

Essa exemplaridade, em virtude de seu caráter de fenômeno social, encontra-se diretamente associada à celeridade da aplicação da pena. Isto porque a reprimenda, se em seu caráter preventivo busca demonstrar ao corpo social que o descumprimento a determinada norma recebe efetiva punição, em seu caráter

²⁷ Tradução livre: Nulo é o crime e a pena sem anterior previsão legal.

²⁸ Tradução livre: Um mal justo, aplicado opostamente a um mal injusto.

²⁹ Tradução livre: “pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos”

³⁰ Tradução livre: A ninguém é permitido ignorar a lei.

retributivo objetiva aplacar o sentimento de repulsa disseminado no seio social pelo desvio de conduta.

Por este motivo, a celeridade de aplicação da reprimenda toma força de elemento de ordem pública, relacionando-se diretamente com outros institutos jurídicos - a exemplo da prescrição -, e apontada como “regra de ordem de harmonia e paz, imposta pela necessidade da certeza nas relações jurídicas” (BEVILÁQUA. 1929).

A apontada certeza das relações jurídicas se relaciona com o lapso temporal entre a observação da ocorrência do delito – socialmente, na ocasião da prática do ato delituoso; e, juridicamente, quando do trânsito em julgado da sentença condenatória -, e a efetiva aplicação da pena, fortalecendo a conceituação oferecida por Savigny (*apud* GOMES. 2002. p. 497), de que “as relações jurídicas devem ser certas, insuscetíveis de dúvidas e controvérsias, encerrando-se a incerteza em determinado lapso de tempo”.

Outro viés da inderrogabilidade enquanto elemento de certeza das relações jurídicas é a necessidade de aplicação da pena diante da ocorrência do delito, desde que presentes todos os requisitos necessários a essa aplicação. Neste sentido, surge o argumento de que a pena deve, obrigatoriamente, ser aplicada sempre que for constatada a prática de conduta contrária ao direito, e ofendido o objeto jurídico protegido pela norma.

É nesse ponto que o direito penal destoa dos demais ramos do direito, em virtude da impossibilidade de dissociar-se da consideração de valores morais, ou ainda de buscar positivar tais valores. Por este motivo, a sanção penal passa a surgir como uma necessidade diante da prática da conduta delituosa, submetida a um sistema autônomo de requisitos de aplicabilidade, onde a lei deve buscar não só prever as hipóteses de aplicação, mas também as hipóteses de exceção dessa obrigatoriedade.

8.2 A inderrogabilidade das normas tributárias

Em virtude da relação das normas em debate com o direito tributário, deve-se observar se as normas tributárias são, também, passíveis de inderrogabilidade. O que resta claro, uma vez que se trata de normas de direito público, é que o direito tributário, assim como o econômico, é dotado de inderrogabilidade. É o que leciona

José Nabantino Ramos (1977. p. 100), ao indicar que as normas de direito econômico e tributário não podem ser derogadas a critério das partes, devido ao seu caráter de dispositivos de Direito Público.

O direito tributário, no seu caráter sancionador, também não foge à inderrogabilidade, uma vez que acompanha a sistemática do direito administrativo, onde a inderrogabilidade surge como característica da competência, conforme lecionam Celso Antônio Bandeira de Mello (2003. p. 104) e Hely Lopes Meirelles (2006).

Ainda que não fossem as normas tributárias dotadas de inderrogabilidade, deveriam obedecer ao princípio quando associadas às normas penais, posto que as normas em debate no presente trabalho são, essencialmente, incriminadoras, portanto abarcadas pela principiologia da pena.

Da mesma forma, ainda que as escusas absolutórias constantes nos dispositivos penais tributários apresentados nesta pesquisa fossem capazes de impedir a aplicação da pena, não seria correto considerar que tais hipóteses - já classificadas como causas *sui generis* relacionadas ao arrependimento posterior -, implicariam na exclusão da responsabilidade penal. Essas disposições remetem ao dispositivo do Art. 138 do Código Tributário Nacional³¹, que trata exclusivamente da responsabilidade tributária, e não pode ser estendida à responsabilidade penal. Corrobora com a hipótese o fato de as situações serem indicadas nos dispositivos penais tributários como causas de extinção de punibilidade (Art. 337-A §1º e Art. 168-A §2º do Código Penal, bem como Art. 15 §3º da Lei 9.964/2000) e suspensão da pretensão punitiva (Art. 15 *caput* da Lei 9.964/2000).

Sendo assim, não se pode considerar que a denúncia espontânea exclui a responsabilidade penal. sobre isso discorre Rui Stoco (2001. p. 648):

“Isto significa que a denúncia espontânea da infração a lei tributária, acompanhada do pagamento do tributo e acréscimos exclui somente a responsabilidade tributária do agente ou contribuinte e nada mais, cabendo concluir que o preceito encontra-se em plena vigência e integralmente eficaz para o fim colimado pelo legislador. Não fora tudo isso cabe obtemperar que, ainda que possível fosse aceitar a tese de que o art. 138 do CTN tem o alcance tão mais dilargado do que realmente ocorre e, então, estaria inaplicável porque revogado.”

³¹ **Art. 138** - A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Por este motivo, a aplicação das causas de exclusão de punibilidade nos crimes tributários, ainda que não ofenda a inderrogabilidade do sistema tributário, pode vir a criar efeitos na integridade do princípio na esfera penal. No entanto, é sabido que existem exceções ao princípio na sistemática penal. Cumpre, então, analisá-las.

8.3 As exceções relativas a inderrogabilidade.

Ainda que a inderrogabilidade da pena seja protegida através da sua aplicação rápida e efetiva, satisfazendo assim as necessidades tanto de prevenção especial quanto de prevenção geral estipuladas no ordenamento pátrio, existem hipóteses em que a sua aplicação pode ser excetuada. Por isso, não é incomum que o sistema legal, valorizando os princípios da intervenção mínima e da dignidade da pessoa humana – o que faz com correção -, eventualmente olvide as necessidades sociais de prevenção geral, mitigando o critério de obrigatoriedade de aplicação de sanções.

Isto não significa, necessariamente, uma fragilização da inderrogabilidade penal que, como leciona Mirabete (2000. p. 51), pode ser “suavizada em várias situações, conforme a lei Penal. São os casos da suspensão condicional da pena, do livramento condicional, do perdão judicial, da extinção da punibilidade etc”.

Essa suavização decorre de situações em que as necessidades da prevenção especial são sobrepostas às da prevenção geral, como quando a aplicação da sanção penal representa um óbice à ressocialização do apenado, ao inverso de um incentivo. Da mesma forma, se observa em situações em que não se reúnem as condições objetivas de culpabilidade, em outras em que o agente é inimputável ou não se extrai do fato delituoso a antijuridicidade. Em último caso, a flexibilização ainda torna-se possível em situações em que tanto a prevenção especial quanto a geral perdem a efetividade, em virtude de decurso de considerável lapso temporal desde a ocorrência do delito.

Entretanto, por mais austera que pareça essa flexibilização, ela pode vir a apresentar riscos para a própria validade da norma, como adverte Edgard Magalhães Noronha (1963. p. 275):

“a inevitabilidade Penal tem sofrido restrições impostas pela finalidade da prevenção especial, ditando medidas como o livramento condicional, o *sursis*, o perdão judicial, a graça e o indulto. Devem esses institutos, principalmente

os últimos, ser aplicados com parcimônia e critério, para não se consagrar como norma a impunidade”

A noção de impunidade deriva da compreensão de que a não aplicação da pena implica em inexistência de crime, e a absorção da flexibilização pela opinião pública pode convergir para a conclusão de que o comando legal contido na norma quedou-se infringido sem punição. Sob esse prisma, a atuação sistematizada do poder público em prescindir da aplicação da pena poderia passar ao administrado a impressão de que o respeito à norma carece de elemento coercitivo e que, portanto, deixa de ser imperativo.

É o que observam Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1977. p. 27):

“igualmente na hipótese de extinção da punibilidade, não deixa de existir o crime: o que se dá, por motivos de conveniência ou critérios político-criminais, ligados a acontecimentos ulteriores ao crime, é uma renúncia do Estado ao já adquirido *jus puniendi* no caso concreto (*Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch*, como dizem os autores alemães), rompendo-se o binômio crime-pena, na expressão de Carnelutti. O crime persiste, quer como fato (pois *factum infectum fieri nequit*), quer como entidade jurídica.”

O que se questiona, então, é se a lei pode prescindir da aplicação da pena, e em que situações poderia fazê-lo sem ofender a sua inderrogabilidade. Naturalmente, a flexibilização não só é possível quando necessária, nas situações em que a aplicação da pena poderia vir a contrariar os próprios objetivos da reprimenda. Isto se observa nas situações em que, nas palavras de Von Liszt (1932), a lei pode construir uma “ponte de ouro” para a retirada do agente que já se tornara passível de pena, por considerações de política criminal³².

Nessas situações, a ausência de aplicação da reprimenda não fere o *jus puniendi*, uma vez que se encontra inserida no sistema como hipótese de exceção, taxativamente elencada, aplicada a despeito do reconhecimento da existência do crime. Mesmo porque a inderrogabilidade não deve confundir-se com rigor. Na verdade, nada impede que as situações de exceção sirvam como elemento garantidor da eficácia da norma, enquanto elemento viabilizador da satisfação da função da pena. Sobre isso reflete Magalhães Noronha (1963. p. 227), ao escrever que “a punição deve ser certa, pois sua eficácia depende mais da certeza que da severidade. De que vale uma pena severa, se é problemática sua aplicação?”.

³² Tradução livre: *Wohl aber kann die Gesetzgebung aus kriminalpolitischen grund dem bereits straffällig gewordenem täter eine goldene Brücke zum Rücksuge.*

Essa eficácia foi traduzida pela doutrina como princípio da necessidade concreta da pena, com base nos escritos de mestres como Claus Roxin (1986), Luis Flávio Gomes (2001. P. 10-12) e André Luis Callegari (2005. p. 91).

Nesse sentido, é importante considerar que a flexibilização na aplicação da pena parece ser benéfica quando consoante com os fundamentos de exceção trazidos pela norma, aplicados quando da análise individualizada do delito. Esses elementos, que Karl Binding (1916. p. 232) conceituou como “elementos objetivos estranhos ao delito” (*dem delikt ganz fremden*), geralmente atuam na análise dos fundamentos da necessidade da pena, em situações específicas em que a não aplicação da reprimenda viabiliza justamente o cumprimento da função da mesma.

No entanto, não é o que se observa quando o elemento de exceção consta da própria norma, e aplica-se indiscriminadamente a todas as situações abstratamente descritas na proibição legal. Nesta situação, a exceção corre o risco de vir a significar a invalidade da norma em si, apresentando riscos à sua inderrogabilidade. É o que o presente trabalho busca demonstrar.

9 EFEITOS PARA A INDERROGABILIDADE PENAL

Conforme anteriormente observado, existe um conflito evidente entre a inderroabilidade das normas penais tributárias e as causas genéricas de exclusão de punibilidade estudadas no presente trabalho. Esse conflito deriva da previsão de dispositivos sancionadores elaborados em conformidade com a sistemática penal, sobre os quais incidem causas de exclusão estranhas ao direito penal, derivadas dos conceitos de responsabilidade tributária.

A simbiose penal-tributária, ao buscar a máxima efetividade dos dispositivos relativos ao subsistema tributário, garantindo assim a efetividade da arrecadação, acaba por ameaçar a inderroabilidade das normas penais, gerando uma compreensão errônea de que as obrigações derivadas das ramificações do direito envolvidas são contornáveis.

Nesse aspecto, a flexibilização das normas penais tributárias atinge os próprios fundamentos da inderroabilidade, fragilizando a caracterização da pena através do binômio obrigatoriedade-celeridade. O legislador, ao buscar a máxima efetividade da finalidade arrecadatória da simbiose penal-tributária, acaba por sobrepor a obrigatoriedade do tributo à necessidade da pena, assim como privilegia a celeridade da arrecadação em detrimento da expiação penal.

Tais construções se apresentam de tal forma ameaçadoras que se tornam capazes de, inclusive, produzir efeitos negativos no sistema jurídico como um todo, conforme observa Hugo de Brito Machado (2003):

“Pior do que a rapidez das mudanças, porém, é a falta de respeito dos elaboradores dessas normas à lógica e aos conceitos jurídicos. Legislam como se o Direito não fosse um sistema, tornando extremamente difícil, quase impossível, o trabalho da doutrina de explicar as normas à luz da teoria jurídica.”

O desrespeito do legislador aos regulamentos e conceitos jurídicos na elaboração de normas heterotópicas não só produz os efeitos pretendidos na edição de normas inovadoras, mas também efeitos nas ramificações do direito que se fundem em tais dispositivos, muitas das vezes negativos.

Em virtude de tais fatos, ainda que a flexibilização dos dispositivos penais tributários viabilize uma maior efetividade dos objetivos do subsistema arrecadatório de recursos públicos, dela derivam graves consequências para a esfera penal, sobretudo no que tange à inderroabilidade de suas normas e na credibilidade do subsistema incriminador.

9.1 A imposição da celeridade na arrecadação em detrimento da inderrogabilidade da pena.

A celeridade é um elemento relevante da inderrogabilidade penal, conforme já apresentado no presente trabalho. No entanto, não se deve confundir com uma busca indiscriminada de velocidade na aplicação das sanções como efetividade das normas penais. O que se espera é que a pena seja aplicada em um lapso temporal capaz de viabilizar a sua absorção em conjunto com a compreensão da ocorrência do delito.

Para tanto, indispensável considerar que a previsão de um crime pela legislação penal demanda uma expectativa de sanção relativa à prática do aludido crime, especificamente no âmbito penal, motivo pelo qual a expiação pela conduta criminosa através de sanções estranhas à sistemática penal não é capaz de produzir efeitos.

No entanto, os critérios de necessidade da sanção penal destoam dos critérios relativos ao subsistema tributário, que visam efetivar a arrecadação. Ainda que aplicados em simbiose com dispositivos do direito penal, os institutos tributários tem por objetivo a celeridade da arrecadação, utilizando a ameaça da sanção penal como elemento de reforço para a obrigatoriedade do adimplemento de tributos.

Na verdade, a sistemática tributária apenas toma emprestado o elemento coercitivo da norma penal, com o objetivo de abreviar a arrecadação de tributos. Sob a justificativa de buscar a efetivação das normas em um ambiente social em corrente desenvolvimento – em que a realidade jurídica encontra dificuldades em acompanhar o dinamismo dos fenômenos sociais -, a simbiose penal-tributária adentra em uma “busca de tempo onde a anamnese é o antípoda”, como definiu o filósofo francês Jean-françois Lyotard (1990. p. 10), considerando a celeridade da arrecadação como o único fator relevante no sentido da norma e desconsiderando, conseqüentemente, as implicações decorrentes da utilização instrumentalista da sanção penal.

Ocorre que o efeito causado pela coerção penal na arrecadação de impostos é observado inversamente sob o prisma da inderrogabilidade. Ainda que do ponto de vista do direito positivo exista uma relação de simbiose entre os dois subsistemas de direito público, o que se observa é a existência de uma relação parasitária onde, conforme explica Luciano Santos Lopes (2011. p. 249), “a intenção é claramente

arrecadatória. Isto implica em sérias consequências danosas ao devido processo legal e à noção de composição isonômica e justa da questão penal para as ofensas aos mais variados bens jurídico-penais tutelados.”

A relação é parasitária porque, ao tempo em que confere maior força aos dispositivos tributários incorporados nas normas heterotópicas, enfraquece a sistemática penal como um todo, que se baseia sobremaneira nos critérios de certeza e celeridade da pena, conjugados a um sistema próprio e peculiar de definição de parâmetros de aplicação de sanções, que não encontra equivalência na sistemática tributária. Sobre essa peculiaridade do direito penal se manifestou Rui Barbosa (1949. p. 58):

“As leis penais não se prestam à dança macabra dos poetas, às variações caprichosas dos *‘dilettanti’*, ou às misturas fraudulentas dos farmacopolas. As fórmulas do processo são inteiriças e rígidas como a lâmina da espada. Não admitem analogias, amplificações, ou tropos.”

Em busca da celeridade de satisfação dos objetivos da arrecadação, o legislador deveria observar certa parcimônia ao utilizar a isenção da aplicabilidade da reprimenda, sob o risco de se fragilizar toda a sistemática penal, diante da disseminação do sentimento de impunidade o que, infelizmente, não faz.

Em virtude dessa omissão, cria situações em que a demanda por punição decorrente da previsão de sanção relativa à norma penal - ainda que de caráter heterotópico -, não encontra na esfera penal justificativa para que o poder público prescindia do *jus puniendi*, em virtude das causas *sui generis* de exclusão de punibilidade já expostas nesta pesquisa, gerando uma incoerência nociva para o sistema. O resultado lógico dessa incoerência é o enfraquecimento da noção de obrigatoriedade das normas penais.

9.2 A fragilização da noção de obrigatoriedade da norma penal.

O fenômeno decorrente da simbiose penal-tributária, em que as normas heterotópicas parecem satisfazer seu sentido quando do adimplemento das obrigações relativas ao subsistema arrecadatório, é capaz de causar profundos efeitos no sistema penal.

Isto porque a utilização da norma penal meramente como elemento reafirmador do valor de normas estranhas ao microsistema coloca em cheque a

inderrogabilidade das sanções penais, pois, como disse Otto Von Gierke (1883. In: HUNGRIA e FRAGOSO. 1977. p. 68), “o fundamento da regra ignorantia juris nocet é menos a ficção do conhecimento geral da lei do que o raciocínio de que na lei é apenas expresso o que já existe ou deve existir na consciência jurídica de cada indivíduo”.

Quando o legislador utiliza a ameaça da reprimenda para induzir o agente ao adimplemento da obrigação tributária, sem se importar se este o faz *virtutis amore* ou *formidine poenae*, para depois perdoá-lo da expiação pela prática da conduta criminosa, claramente fomenta a arrecadação. No entanto, pode vir a causar outros problemas, muito mais graves que o mero inadimplemento de tributos.

O primeiro deles se observa em uma deturpação do próprio sentido da lei, uma vez que o estratagema fortalece a afirmação dessas causas *sui generis* de exclusão em detrimento da sistemática legal – sobretudo a Penal -, criando um ambiente de supervalorização das normas escritas em detrimento dos princípios jurídicos, em evidente contraste com o brocardo milenar do Digesto Justiniano (MADEIRA. 2009), onde o jurisconsulto Celso preconizou: “saber as leis não é ter-lhe em mente as palavras, mas conhecer-lhes a força e intenção³³”.

Em segundo lugar por viabilizar, através da flexibilização dos critérios de aplicação da sanção, a fragilização do sentimento de certeza da pena, possibilitando assim a absorção de uma ideia de confusão entre o direito penal e outras ramificações do direito, em que “o direito penal assume a função de reforço na gestão ordinária da Administração, formatando-se verdadeira acessoriedade administrativa junto ao âmbito penal” (SILVEIRA. 2006. p. 143).

Por último, e mais importante, por amplificar o efeito negativo que o panpenalismo causa na sistemática penal, somando à pluralidade de condutas incriminadas a inefetividade das penas relativas aos ilícitos tributários, incapazes de cumprir sua função enquanto sanções penais. Nesse sentido se manifestou Francesco Carnelutti (2001. p. 41), comparando o inflacionamento penal ao financeiro:

“Mas sobre o que não posso silenciar é que os inconvenientes da inflação legislativa não são menores do que os devidos à inflação monetária; são, como todos sabem, os inconvenientes da desvalorização. Por infelicidade, da mesma forma que nossa lira (moeda italiana), também nossas leis valem hoje menos do que as de outro tempo. Por um lado, a produção das leis, como a produção das mercadorias em série, resolve-se em uma decadência

³³ Tradução livre: *Scire leges non est verba earum, sed vim as potestatem tenere.*

no cuidado em sua construção. Mas o mais grave está em que, ao crescerem de número, não conseguem preencher sua função.”

A fragilização da noção de obrigatoriedade da sanção penal, assim como os efeitos das situações de exceção da sua aplicação mediante dispositivos estranhos à sistemática incriminadora, provoca efeitos funestos tanto na inderrogabilidade da pena quanto da norma tributária. O caráter permissivo das normas penais tributárias - que indica uma preocupação em efetivar o cumprimento das obrigações decorrentes do dever de recolher tributos sem, contudo, utilizar a sanção penal em todos os aspectos -, termina por causar efeitos prejudiciais nos dois subsistemas jurídicos.

9.3 A absorção da ideia de inaplicabilidade da sanção como permissão para o descumprimento deliberado da obrigação legal.

A aplicação generalizada de causas de exclusão de culpabilidade nos crimes tributários acaba por difundir a compreensão de que a norma penal derivada da simbiose penal-tributária carece de aplicabilidade. Da mesma forma, fragiliza o sentido das próprias obrigações tributárias, uma vez que a coerção ao adimplemento de tais obrigações através da ameaça de sanção penal pode vir a anular o poder coercitivo das normas estritamente ligadas àquela ramificação do direito.

As normas ora em estudo apresentam sanções penais impostas a obrigações tributárias que, no entanto, permitem ao Estado a desoneração da obrigatoriedade de aplicação do *jus puniendi* por força de excludentes relativas à responsabilidade tributária, conforme anteriormente exposto no presente trabalho, criando um ambiente em que ambos os subsistemas envolvidos apresentam obstáculos para a vigência das normas isoladamente inerentes as ramificações relacionadas.

Com isso, não seria exagero definir que o contribuinte tem o descumprimento da obrigação tributária como recurso, uma vez que os dispositivos penais relacionados a esta ramificação do direito encontram causas impeditivas dissociadas do ato de inadimplir a obrigação tributária, posteriores ao momento de execução dos crimes em debate e independentes dos elementos objetivos e subjetivos dos tipos penais em apreço.

Da mesma forma, os dispositivos legais e jurisprudenciais levantados na presente pesquisa, no sentido de que a confissão e o pagamento posterior dos

tributos excluem a punibilidade ou viabilizam a não aplicação da pena, assim como o não cabimento da ação penal antes do lançamento dos tributos cria obstáculos para a persecução penal, são capazes de eliminar o caráter intimidador da sanção penal enquanto previsão abstrata e, ao mesmo tempo, atingem o voluntarismo decorrente do processo de modernização e informatização do lançamento de tributos, completamente dependente da interação do contribuinte.

Fato é que o legislador, ao condicionar o adimplemento de obrigações tributárias a sanções penais cuja aplicação depende do prévio lançamento de tributos, e ainda cuja aplicabilidade deriva em uma negativa posterior de confissão e recolhimento de tais obrigações, põe em risco a estrutura de arrecadação instituída nas últimas décadas, que se funda na plena participação do contribuinte.

Isto porque o efeito mais provável do reforço do poder coercitivo das normas tributárias através de dispositivos legais repletos de obstáculos para a aplicação da sanção é a sedimentação da ideia de falibilidade da interseção entre as duas ramificações do direito. Esta percepção pode se traduzir aos olhos do contribuinte como uma incapacidade do Estado em fiscalizar o adimplemento das obrigações tributárias, e até mesmo de impelir o contribuinte ao cumprimento dessas obrigações.

Sob esse prisma, os contribuintes podem rejeitar sua participação no processo de lançamento e recolhimento de tributos, sobrepesando o risco do adimplemento posterior acrescido de juros com a probabilidade de não serem submetidos à ação fiscal, adotando como norma de procedimento o não lançamento dos impostos.

Sociologicamente Esse fenômeno foi observado e batizado por Émile Durkheim (2000. p. 322) como anomia, ou um estado de desregramento, “situação na qual a sociedade não desempenha o seu papel moderador, ou seja, não consegue orientar e limitar a atividade do indivíduo”, fazendo com que o mesmo se considere livre de determinados liames sociais, podendo adotar comportamentos contrários à ordem estabelecida.

Do ponto de vista jurídico, o fenômeno foi analisado por Robert Bierstedt (1970. p. 283), que concluiu que nas "situações sociais em que as normas estão

elas próprias, em conflito, o indivíduo encontra dificuldade em seus esforços para se conformar às exigências contraditórias³⁴.

O fenômeno foi também estudado por Robert Merton (1970. p. 175 e ss.) que, ao analisar as suas variáveis, lecionou que o indivíduo poderia reagir através de uma forma de adaptação conceituada como inovação (MERTON. 1970. p. 202), na qual o indivíduo opta por agir em desacordo com as normas, ainda que tenha interiorizado os objetivos sociais delas decorrentes.

Sendo assim, a utilização de um sistema sancionador derivado da interdependência entre subsistemas que tanto se complementam quanto se anulam pode inferir no contribuinte a percepção de que os dispositivos penais tributários não são capazes de garantir a satisfação de suas metas. Essa percepção subverte a intenção do legislador, sendo capaz de tornar o elemento coercitivo para o adimplemento de tributos em elemento permissivo e encorajador do inadimplemento. É o que observa Ana Lúcia Sabadell (2002. p. 83):

“O insucesso em atingir as metas devido à insuficiência dos meios institucionalizados pode produzir o que Merton denomina de anomia; manifestação de um comportamento no qual as ‘regras do jogo social’ são abandonadas ou contornadas. O indivíduo não respeita as regras de comportamento que indicam os meios de ação socialmente aceitos. Surge então o desvio, ou seja, o comportamento desviante.”

Paradoxalmente, o elemento empregado pelo legislador para buscar evitar desvios de comportamento se torna um fator de encorajamento para o desvio, representando uma ameaça para o subsistema tributário, ao mesmo tempo em que fragiliza o sistema penal, em virtude da ofensa à inderrogabilidade da pena.

O curioso é que a falência completa dos dispositivos heterotópicos em estudo parece ser evitada por um fator externo à coerção penal, ou mesmo a coerção legal. No seio social, o principal elemento desencorajador do inadimplemento das obrigações tributárias é justamente a modernização e informatização dos sistemas de arrecadação e o seu dinamismo que, nos últimos anos, vem sendo cada vez mais dissociados da morosidade e falibilidade dos demais ramos do direito.

Portanto, o subsistema criado a partir da interação entre direito penal e tributário parece não conter o poder coercitivo pretendido pelo legislador. Na verdade, conclui-se que a simbiose penal-tributária é, na verdade, uma relação parasitária em que o parasita, representado pelo direito tributário, passa a depender

³⁴ Tradução livre: *social situations in which standards are themselves in conflict, and the individual finds difficulty in their efforts to conform with the contradictory demands.*

do hospedeiro, no caso o direito penal. Como resultado, ambos os microsistemas sofrem aparentes prejuízos, os quais devem ser mensurados.

10 IMPLICAÇÕES DAS NORMAS APRESENTADAS NO SISTEMA PENAL

Neste ponto do trabalho, resta clara a conclusão de que as normas heterotópicas em estudo são capazes de produzir efeitos negativos nos dois subsistemas de direito considerados, a saber, o penal e o tributário.

Inicialmente, por enfraquecer a sistemática penal, uma vez que a ausência de aplicação de pena à hipótese de crime configurado gera no seio social o sentimento de impunidade. Afinal, a falibilidade do sistema penal resulta na interpretação de sua incapacidade de tutelar todas as situações nele previstas, o que gera sentimento de incerteza de aplicação da pena, debilitando o caráter desencorajador que a reprimenda procura passar ao potencial criminoso e à sociedade em geral.

Da mesma forma, a certeza do perdão da expiação pelo Estado enfraquece a própria sistemática tributária, uma vez que o cidadão passa a absorver a permissividade como uma garantia ao descumprimento da lei, podendo vir a protelar o adimplemento de obrigações derivadas daquele subsistema até a iminência de uma ação fiscal e, dependendo de sua absorção do texto legal, decidir por cumprir tais obrigações mesmo após a instauração dessa ação, em virtude da previsão do perdão judicial para hipóteses de arrependimento posterior.

Os efeitos dessa errônea interpretação podem ser funestos, sobrecarregando o fisco e mitigando a própria obrigatoriedade da contribuição tributária, uma vez que caberia ao cidadão aguardar o lançamento dos tributos pelos órgãos de fiscalização para, na iminência da ação fiscal, efetuar o adimplemento de suas obrigações. Esse tipo de conduta colocaria em cheque a sistemática de arrecadação vigente, amplamente fundada na cooperação do contribuinte.

Ainda nesse sentido, a pesquisa aponta para a desnecessidade da interação penal-tributária, uma vez que o principal elemento social de coerção ao adimplemento dos tributos vem sendo a existência de sistemas informatizados de integração de informações e cruzamentos de dados utilizados pelos órgãos de arrecadação e fiscalização, pouco relacionados ao rigor da legislação tributária.

Ocorre que, mediante a utilização de tais artifícios, o legislador põe em risco não só a inderrogabilidade da lei penal, como também a própria aplicabilidade da lei tributária, criando supedâneo para a instauração de uma situação exponencialmente mais grave que o mal que busca evitar, através da supervalorização da prevenção

geral, em um modelo que Raúl Cervini (2003. p. 107) batizou de “direito penal econômico promocional-funcionalista”.

Como o resultado da interação é capaz de causar profundos prejuízos na integridade do sistema penal, ainda que todos os objetivos oriundos do subsistema tributário sejam satisfeitos, resta claro que o direito penal suporta as mais graves consequências dessa relação de interação. Sendo assim, torna-se imperativo analisar as implicações da tendência e dos fatores até então observados na aludida ramificação do direito.

10.1 O enfraquecimento da identidade do subsistema penal.

Em toda pesquisa, não foi possível identificar um só elemento benéfico para a sistemática criminal derivado da interação penal-tributária. Ao contrário, se pode identificar uma relação parasitária onde o subsistema penal, na qualidade de hospedeiro, se torna cada vez mais enfraquecido pelo emprego utilitarista da pena, sobretudo em situações em que a sua aplicação é mitigada, fazendo com que a inderrogabilidade penal seja a principal ofendida pelo esvaziamento de sentido da reprimenda nas normas heterotópicas em estudo.

Tal observação não impede que o caráter intimidador da pena seja “emprestado” a ramos autônomos do Direito, fenômeno causado por uma “intemperança normativa dos poderes públicos agravada sob a pressão da mídia, de milhares de profissionais e de uma opinião pública impregnada de uma forte crença nas virtudes da lei”.³⁵ (GAUTHIER-LESCOUP. 2007. p. 113).

A problemática, portanto, deriva da fragilização da identidade das ramificações jurídicas, fenômeno que viabiliza não só uma incompreensão das ramificações do direito enquanto sistemas por parte dos destinatários das normas, mas também uma interferência cada vez menos regulamentada entre essas ramificações, capaz de atingir o caráter fragmentário das subdivisões do direito público como o penal e tributário:

“Falávamos de floresta. A jurídica é exuberante. Somente em nosso País, estima-se haver aproximadamente meio milhão de normas escritas, entre

³⁵ Tradução livre: *Les causes du phénomène sont connues. Sont généralement stigmatisées, la multiplication des sources du droit liée au développement du droit international et du droit communautaire ainsi que l' «intemperance normative » des pouvoirs publics aggravée sous la pression des médias, des milieux professionnels et d'une opinion publique toujours imprégnée d'une forte croyance en les vertus de la loi.*

leis, decretos e regulamentos federais, estaduais e municipais, número tão elevado para os padrões mundiais que dá ao nosso ordenamento a feição de uma enorme babel jurídica, em que podem viver, lado a lado, leis inconstitucionais, contraditórias ou supérfluas, resultando num enorme entulho jurídico que, vez por outra, infunde nos doutores da lei o desejo de uma grande faxina.” (COSTA NETO, 1999, p. 147).

Esta fragilização de identidade é funesta para o direito penal, pois atinge o seu caráter de *ultima ratio*, mitigando a sua subsidiaridade, sobretudo quando o direito tributário sancionador passa a ser aplicado em conjunto com o direito penal, gerando uma ideia de interdependência entre as ramificações do direito.

Resta configurado, ainda, o enfraquecimento da ideia de fragmentariedade da norma penal, uma vez que a produção exagerada de normas penais, em especial as de natureza heterotópicas, passa aos administrados uma noção de limitação das liberdades capaz de enfraquecer, inclusive, a identidade do próprio Estado Democrático de Direito.

Aplicado como mero elemento coercitivo de obrigação estranha ao universo criminal, o sistema penal perde a sua identidade como “parte do controle social que aparece como punitiva e institucionalizada” (LOPES. 2007. p.11). Se considerado ante os prováveis efeitos da flexibilização do *jus puniendi*, o direito penal utilizado como elemento de coerção ao adimplemento das normas tributárias pode apresentar consequências mais graves.

10.2 O direito penal tributário como elemento reafirmador de desigualdades sociais.

A aplicação dos dispositivos constantes nas normas penais tributárias, considerada em conjunto com as causas de exclusão de culpabilidade apresentadas no presente trabalho, é capaz de infundir no público geral a ideia de que o direito penal serve como elemento garantidor de desigualdades sociais, o que também fragiliza a ideia de inderrogabilidade das normas penais.

O direito penal, por essência, é relacionado às desigualdades sociais, sobretudo pelas variações decorrentes dos conceitos criminológicos como a anomia, já apresentada no presente trabalho, no sentido de que o desvio de conduta é um fenômeno mais comum nas esferas sociais menos favorecidas, em

geral pela dificuldade de absorção do sentido das normas por aqueles que são menos favorecidos pela ordem social.

A doutrina vem se manifestando sobre a “falsidade do discurso penal”, como obtempera Luciano Santos Lopes (2007. p. 12):

“Da mesma forma, percebe-se que, por trás de funções declaradas do sistema penal - de manutenção da paz social, ou da tutela de bens jurídicos eleitos socialmente -, existe uma função sua não declarada, qual seja a de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro. Consta-se, portanto, uma falsidade no discurso do controle penal.”

O autor, analisando disposições de Zaffaroni e Pierangeli, fala sobre uma “tendência seletiva no sistema penal, que cumpre uma função simbólica frente às camadas sociais marginalizadas em relação ao poder central. A sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é, essencialmente, simbólica” (LOPES. 2007. p. 12).

A pertinente colocação delimita o direito penal como um subsistema jurídico voltando para a manutenção da ordem social vigente a qual, inserida em uma sociedade capitalista, naturalmente se pauta pela divisão de classes. No entanto, ainda que visivelmente imperfeito, o subsistema encontra justificativa para a sua existência na ideia de manutenção de uma ordem igualitária nos moldes da sociedade atual, submetido às características desta sociedade. Desta forma, as desigualdades sociais podem ser consideradas dissociadas do direito penal, e o desvio de conduta analisado como um fenômeno estatisticamente recorrente entre os menos favorecidos, viabilizando o discurso de justificação na utilização do *jus puniendi* pelo Estado.

Mas o que concluir quando as desigualdades se tornam elementos do crime e, mais especificamente, elementos objetivos para a aplicação da pena? É o que ocorre quando o legislador prevê como causa de exclusão de punibilidade o adimplemento de tributos. De acordo com essa previsão, a imposição da pena é media aplicável àquele que não dispõe dos recursos financeiros para o adimplemento da obrigação tributária, enquanto o indivíduo que possui os recursos necessários para o adimplemento de tais obrigações é isento da reprimenda.

Diante dessa previsão legal, a consideração do direito penal enquanto elemento fomentador das desigualdades sociais transcende a esfera da sociologia e leva o debate até o direito positivo. Porque o legislador, ao relacionar a aplicação da

reprimenda ao adimplemento das obrigações tributárias, estabelece uma regra que beneficia os mais abastados em detrimento dos menos favorecidos.

E não há que se falar em proporcionalidade em virtude do montante devido e as condições financeiras dos contribuintes, posto que a capacidade penal não se confunde com a capacidade contributiva, muito menos os critérios de estipulação de tributos guardam relação com a proporcionalidade da pena.

O que resulta da aplicação do critério que positiva as desigualdades sociais como causas de exclusão de culpabilidade é um descrédito na norma penal por parte da população que, aliado à fragilização da ideia de inderrogabilidade, potencializa os danos causados pelos dispositivos em debate ao subsistema penal.

10.3 A necessidade de reafirmação do direito penal.

A utilização do direito penal como elemento de reforço de normas relativas aos demais subsistemas jurídicos, “colocando a restauração de direitos como centro único das atenções da justiça penal, ao contrário de autorizar um exercício democrático de jurisdição” (LOPES. 2011. p. 21), atinge também os pressupostos do direito penal.

Isto porque as normas heterotópicas que conjugam o direito penal aos demais ramos do direito, visando aumentar o poder de coercibilidade dos dispositivos oriundo dos demais subsistemas, acabam por afastar o direito penal dos seus reais objetivos. Nesse sentido, Antônio Luis Chaves de Camargo (2001. p. 122):

"Uma legislação simbólica, que tenha por objetivo somente a satisfação de necessidades de psicologia social, não pode compatibilizar-se com os princípios do Estado Democrático de Direito, muito menos com a dogmática moderna, e deveria ser reformulada pelo legislador brasileiro, porque, até o momento, apesar de toda a divulgação contida nos meios de comunicação, não conseguiu atingir seus objetivos, que se pautam, exclusivamente, no caráter intimidatório da sanção penal, totalmente afastado das novas teorias da pena."

No panorama atual, em que a falência das penas privativas de liberdade exige que o direito penal busque uma atuação em que promova o máximo tanto de efetividade quanto de liberdade, a parcimônia na utilização da pena como instrumento de coerção é medida imperativa.

Tal necessidade se agrava se forem consideradas as constantes necessidades de descriminalização de condutas levantadas nos debates

doutrinários, em que se discute a necessidade da utilização da ameaça da pena – sobremaneira a privativa de liberdade -, como elemento regulamentador de condutas de reduzido potencial ofensivo.

No entanto, o que se observa é uma ação contrária do legislador, voltada para a utilização da sanção penal como recurso, “admitindo novos candidatos no círculo de bens jurídicos; antecipando a fronteira entre o comportamento punível e não punível; reduzindo as exigências de censurabilidade; e flexibilizando os critérios de imputação” (OLIVEIRA. p. 4).

Desse dilema surge a necessidade de resgate da efetividade da sistemática penal, que passa, em um primeiro momento, da dissociação das demais ramificações do direito:

“Aquilo que puder ser adequadamente tratado por outros ramos do Direito, como o Direito Civil ou Administrativo, não deve ser objeto de tutela penal. A criminalização de condutas deve ser criteriosa, para garantir a eficácia das sanções penais e, assim, garantir o próprio sistema social.” (SMANIO. 2004)

A busca pela revalorização dos critérios inerentes ao subsistema penal deve ser o objetivo principal do legislador, evitando ao máximo a aplicação utilitarista do direito penal, e limitando a interação entre o sistema criminal e os demais ramos do direito somente àquelas situações em que o emprego do *jus puniendi* seja medida indispensável ao exercício do *imperium* estatal

O legislador deve buscar a efetividade do direito penal através da valorização da inderrogabilidade da pena, de forma a impedir a ingerência de dispositivos estranhos à sua estrutura, viabilizando assim a efetividade de todas as ramificações do direito.

11 CONCLUSÃO

Os argumentos apresentados neste trabalho demonstram que a influência do panpenalismo é um dos fenômenos mais relevantes das últimas décadas no sistema jurídico brasileiro. A tendência representa e expansão da aplicação de dispositivos penais nas diversas ramificações do direito público, chegando até mesmo a atingir subsistemas privados, com a finalidade de conferir maior coercibilidade às normas relativas a essas ramificações do Direito.

Em um ambiente em que o poder público a cada dia encontra maiores obstáculos em proporcionar os direitos sociais, obstáculos estes derivados das dificuldades encontradas por um serviço público extremamente burocratizado ante o dinamismo das alterações provocadas no seio social, o legislativo adotou o uso da sanção penal como elemento reafirmador do poder coercitivo das demais normas de direito público.

Este expediente convergiu-se em uma tendência do legislativo em buscar efetivar obrigações cuja exigibilidade foi fragilizada pelas falhas do poder executivo - sobretudo nas atividades de regulamentação e fiscalização de condutas relativas ao direito administrativo -, através da incriminação de condutas que, supostamente, teriam uma relação mais estreita com o bem-estar social.

A abrangência da influência panpenalista sobre as normas tributárias é um resultado natural desse processo, uma vez que a efetivação dos direitos sociais pelo poder público depende diretamente do custeio de programas sociais e do próprio orçamento do executivo, motivo pelo qual a arrecadação tornou-se o principal objetivo do direito público no Estado Democrático Social que se tornou o Brasil.

Em virtude do fato de o sistema de declaração e arrecadação de tributos no país ter sofrido constantes e incisivas evoluções nas últimas décadas - passando por um processo de modernização e informatização que derivou em um sistema dependente da cooperação do contribuinte -, tornou-se necessário criar mecanismos para buscar tanto uma participação mais efetiva do contribuinte quanto uma maior correção em seu comportamento, evitando assim quaisquer falhas no processo de arrecadação. Diante dessa necessidade, o legislador optou por implantar a tendência panpenalista também no direito tributário.

No que tange ao subsistema tributário, o fenômeno se traduz na utilização da coercibilidade da pena para a efetivação da obrigatoriedade de normas estranhas ao

subsistema penal, numa tentativa de garantir os interesses da arrecadação em detrimento da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal.

O legislador, ao utilizar a pena como instrumento de coerção, parece buscar a complementação de lacunas existentes entre as ramificações do sistema jurídico - sobretudo na esfera do direito público -, criando assim o que aparenta ser uma forma de cooperação entre ramos distintos do direito.

No entanto, olvida que a ordem jurídica não é, necessariamente, “uma *ratio scripta*, mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentando como tal, de modo necessário, contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal da unidade inferior e da adequação e, assim, com o pensamento sistemático” (CANARIS. 1996. p. 199). Ao agir dessa forma incorre na falha apontada pelo mestre alemão, no sentido de que a busca pela supressão de lacunas acaba por transformar a tendência generalizadora do direito em individualizadora, contrariando os objetivos do sistema legal enquanto fundamento de ordem social.

Ocorre que o legislador, ciente desse conflito, busca minimizar os efeitos da interação entre as normas heterotópicas estudadas nos subsistemas de direito público, criando mecanismos que tem por objetivo utilizar meramente o poder coercitivo da sanção penal, evitando a sua aplicação. O estratagema tem por objetivo priorizar a arrecadação, a qual resta frustrada quando da aplicação da sanção penal, posto que os recursos destinados ao adimplemento desse tipo de sanção tem destinação diversa dos tributos.

Agindo assim, cria um subsistema paralelo, identificado como uma simbiose penal-tributária, formado por um sistema de imputação fundado em dispositivos de direito tributário, aplicado a um mecanismo sancionador penal. Tal subsistema apresenta dispositivos *sui generis*, que tem como meio a utilização do *jus puniendi*, flexibilizado de acordo com a sua finalidade, que é a de efetivação da arrecadação de tributos.

Diante da necessidade de isentar o infrator de eventuais penalidades quando do adimplemento das obrigações tributárias, o subsistema paralelo discutido criou causas de exclusão de punibilidade, dissociadas dos fundamentos de direito penal, amparadas pelos princípios de responsabilidade tributária. Essas causas, dissidentes dos princípios da sistemática penal, acabam por atingir os objetivos

principais da pena e ferem uma de suas principais características: a inderrogabilidade.

Isto porque a aplicação indiscriminada das causas *sui generis* de exclusão de punibilidade que não guardam estreita relação com as causas inerentes ao sistema penal dificulta a absorção – tanto pelo infrator quanto pelo público em geral -, de que a conduta ilícita é efetivamente passível de punição, o que fragiliza tanto o caráter da sanção penal como instituto de direito penal quanto elemento de coerção ao adimplemento da obrigação tributária.

Ainda mais grave, a aplicação das excludentes de punibilidade baseadas puramente no adimplemento posterior das obrigações tributárias, reforça o argumento amplamente discutido na atualidade, de que o direito penal tem se apresentado como um instrumento de reafirmação ou de manutenção de desigualdades sociais.

Sendo assim, resta a conclusão de que a influencia panpenalista, observada sobre o subsistema tributário, cria uma relação parasitária entre o direito penal e o tributário, situação em que a sistemática penal se vê enfraquecida pelo esvaziamento de sentido da sanção penal, ao tempo em que o subsistema tributário torna-se dependente de um elemento externo de coerção.

Claramente, essa interação parasitária não atende aos objetivos e necessidades do sistema jurídico como um todo, uma vez que não só a inflação penal denota um enfraquecimento do sistema jurídico, como também a falibilidade dos dispositivos vigentes demanda uma reformulação na estrutura dos subsistemas.

Atualmente, essa necessidade de reformulação vem sendo observada em praticamente todas as ramificações do Direito brasileiro – o que se traduz no pleito de renovação dos diplomas jurídicos, a exemplo do código penal, “código florestal”, código de processo civil, entre outros -, criando assim um círculo vicioso em que a inflação legal gera a ideia de falibilidade dos subsistemas jurídicos, que demanda a edição de novos sistemas legais o que, por sua vez, intensifica a ideia de falibilidade.

Diante desse novo fenômeno, não resta alternativa ao legislador que não coadunar com opiniões críticas à influência panpenalista apresentadas nesta pesquisa, no sentido de que somente a efetivação das garantias fundamentais inerentes a cada um dos subsistemas legais, aliada à uma reformulação da estrutura do executivo e judiciário, são realmente capazes de viabilizar tanto a promoção e o

exercício dos direitos sociais, quanto a preservação dos subsistemas envolvidos no estudo.

Para tanto, é necessário que o legislador compreenda que a utilização da sanção penal como elemento de reforço ao adimplemento de obrigações estranhas à sistemática penal contraria não só os objetivos da arrecadação, como também a finalidade de promoção dos direitos individuais e sociais, quicá o próprio espírito das leis, assim como definiu Montesquieu (1748).

Da mesma forma, é preciso recordar que o caminho para a promoção da liberdade não pode perpassar a desnecessária limitação das liberdades, e que a repressão não deve ser considerada medida efetiva para a promoção do bem-estar social em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANGIONI, Mauro. **Le cause Che escludono l'illiceità obiettiva Penale**. Milão: Ed. Scientifico, 1930.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. São Paulo: Atlas, 1995.

ARENHART, Sérgio Cruz. A prisão civil como meio coercitivo. In: TESHEINER, José Maria Rosa (Coord.) et al. **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AZEVEDO, David Teixeira de. **A representação penal e os crimes tributários**. RT 739, p. 486 e ss., ano 86, mai. 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BARBOSA, Rui. **Obras completas**. Vol. XX, tomo IV. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949.

BATISTA, Nilo. "A violência do estado e os aparelhos policiais". In: **Discursos Sediciosos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 2, nº 4, 1997.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare Bonesana, **Dos delitos e das penas**. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

BIERSTEDT, Robert. **The Social Order**. New York: McGraw-Hill, 1970.

BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Uebertretungen. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Band I. Normen und Strafgesetze**. 2ª Auflage. Leipzig, 1916.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, vol. 1: parte geral**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004.

BORBA, Maurício. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <http://www.facsbr/revistajuridica/edição_agosto2005/discendente/disc_02.doc>. Acesso: 03 de março de 2012.

BRANDÃO, Salvador Cândido. **Direito penal tributário: extinção da punibilidade**. *Repertório IOB de jurisprudência*, n. 12, p. 433, 1993.

BRASIL. **Código Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Receita Federal do Brasil. **Histórico: 1997 a 2002 - O avanço tecnológico: segurança, rapidez e facilidade no preenchimento e na entrega da declaração**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/TextConcat/Default.asp?Pos=14&Div=Historico/80AnosIR/Livro/>>. Acesso em 21/08/2012.

_____. **Subchefia para assuntos jurídicos do planalto**. Consulta de legislação. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>>. Acesso em 18/08/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 516/DF**, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, Dje-235 divulg. 03/12/2010 public. 06/12/2010, republicação: Dje-180 divulg. 19/09/2011 public. 20/09/2011 ement vol-02590-01 pp-00001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+516%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+516%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 14/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75945/DF**, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 02/12/1997, dj 13/02/1998 pp-00004 ement vol-01898-02 pp-00361. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+75945%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+75945%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 10/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 113418 MC/PB**, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 23/05/2012, publicado em processo eletrônico dje-103 28/05/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+113418%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 10/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar no recurso ordinário em habeas corpus 112941 MC/DF**, Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 13/04/2012, publicado em processo eletrônico Dje-076 divulg 18/04/2012 public 19/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+112941%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 14/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 660186/ RS**, Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 13/10/2011, publicado em Dje-200 divulg. 17/10/2011 public, 18/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+660186%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 14/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 24**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_29.pdf>. Acesso em: 10/05/2012.

BUSHATSKY, José. **Estrutura do direito penal**. 2ª Ed. São Paulo. 1970. 161.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves de. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. 1ª Ed. Livraria Cultural. São Paulo. 2001.

CANARIS, Claus-Wilhem **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARRARA, Francesco. **Un nuovo delitto, in: Opuscoli di diritto criminale vol. IV**. 3ª ed. Prato: 1889.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

CERVINI, Raúl. **Derecho Penal Económico - concepto y bien jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 43, abr./jun. 2003.

CHAVES, Christian Frau Obrador. **O Garantismo Penal e a opróbria Lei 8.072/90**. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=2691>. Acesso em 28 Jul. 2011.

COSTA NETO, Antônio Calvacanti. **Direito, mito e metáfora: os lírios não nascem da lei**. São Paulo: LTr, 1999.

DEMALTO, Jr. Roberto; DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DURKHEIM, Émile. **O suicídio: estudo de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo Penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. 3ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

_____. El derecho Penal mínimo. In: **Poder y Control**. Barcelona: PPU, 1986.

_____. **O direito como sistema de garantias**. In OLIVEIRA Jr., José Alcebíades (org.). *O novo direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2 ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20 ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, Parte Especial**. 16ª ed. Vol. 1 e 2, Rio De Janeiro: Forense, 2003.

FRANK, R.. **Das Strafrecht Gesetabuch für das deutschen Reich**. Tübingen: Mohr. 1931. §46. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Comentários ao Código Penal. Vol. I, tomo II. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GAUTHIER-LESCOUP, Laure. **Une résolution du parlement pour lutter contre l'inflation normative**. In : Revue du droit publique et de la science politique en France et à l'étranger, tome cent vingt-trois. N. 1 de 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no Direito Penal**. Boletim IBCCrim, v. 9, n. 107. São Paulo, 2001.

_____; BIANCHINI, Alice. **Crimes Tributários: Súmula Vinculante 24 do STF exige exaurimento da via administrativa**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 02 de junho de 2012.

_____; BIANCHI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002.

_____; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia**. 3 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução do direito civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte especial. v. II e III**. Niterói: Impetus, 2010.

_____. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

GIERKE, Otto Von. **Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt, 1883**. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Comentários ao Código Penal. Vol. I, tomo I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

HOUAISS, Antônio. **Pequeno dicionário enciclopédico Koogan Larousse**. Rio de Janeiro: Larousse do Brasil, 1979.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal. Vol. I, tomo I.** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Comentários ao Código Penal. Vol. I, tomo II.** 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo.** 2ª tiragem. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** 2 ed. Niterói: Luam, 1993.

LAND, Erich. **System der äußeren Strafbarkeitsbedingungen: Ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand.** In: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 229. Schletter, 1927.

LOPES, Luciano Santos. **A criminologia crítica: uma tentativa de intervenção (re)legitimadora no sistema penal.** In: *Revista do ICP – Instituto de Ciências Penais*, v. 2, Belo Horizonte, 2007.

_____. **As tradicionais teorias fundamentadoras da pena e as novas construções legitimadoras da reação criminal: a formação do conceito de justiça penal.** In: FERNANDES, Jean Carlos; NASSIF, Gustavo Costa (coord.). *Tópicos especiais de direito público e privado; direito, democracia e cidadania.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LYOTARD, Jean-François. **O Inumano: considerações sobre o tempo.** Tradução de Ana Cristina Seabra e Elisabete Alexandre. Lisboa: Estampa, 1990.

MACHADO, Hugo de Brito. **Inflação normativa.** 2003. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000024.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

MADEIRA, Hélcio Maciel Franca. **Digesto de Justiniano – Liber primus: introdução ao Direito Romano.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: RT, 2009.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Crimes contra a Ordem Tributária.** I ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006

MELO, José Eduardo Soares de. **Crimes contra a ordem tributária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Malheiros. São Paulo-SP, 15ª edição, 2003.

MERTON, Robert K. **Estrutura social e anomia**. In: *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTESQUIEU, Charles-Luis de. **O Espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: introdução e parte geral**. V. 1. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1963.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 4ª. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Individualização da Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A Expansão Penal e o Direito de Intervenção**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf>. Acesso em 15/06/2012.

PASTOR, Daniel R. **La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos**. Disponível em : <http://www.informerreservado.net/descargas/La_deriva_neopunitivista_de_organismos.pdf>. Acesso em 27 jul. 2011.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **O Direito Penal no paradigma do Estado Democrático de Direito: a defesa dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.iddh.org/index.php?option=com_content&task=view&id=85&Itemid=1>. Acesso em 25 Jul. 2011.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de Direito Penal: parte geral**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

RAMOS, José Nabantino. **Sistema Brasileiro de Direito Econômico**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1977.

REALE Jr., Miguel. Mens Legis Insana, corpo estranho. In: REALE Jr., Miguel et all. **Penas Restritivas de Direitos**. São Paulo: RT, 1999.

REES, Rosemary. **Poverty And Public Health. 1815-1949**. London: Heinemann, 2001.

ROXIN, Claus. **A proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.

RUBIN, Daniel Sperb. **Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>> . Acesso em: 4 nov. 2007.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

SALIM, Alexandre Aranalde. **Direto Penal do inimigo: análise de um paradigma contemporâneo de política criminal**. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=835>. Acesso em: 20 jul. 2011.

SARAIVA, F. R. dos Santos. **Dicionário latino-português**. Rio de Janeiro: Garnier, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. de: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O bem jurídico e a Constituição Federal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Vol 2. Buenos Aires: TEA, 1970.

VANNINI, Ottorino. **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**. Florença: Carlo Cya, 1947.

VON LISZT, Franz. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. Berlim, 1932.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. **The police and neighborhood safety: Broken Windows Theory**, 1982. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/>>. Acesso em 22 jul. 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 3 ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Vol. 14. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro; parte geral**. 2 ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.