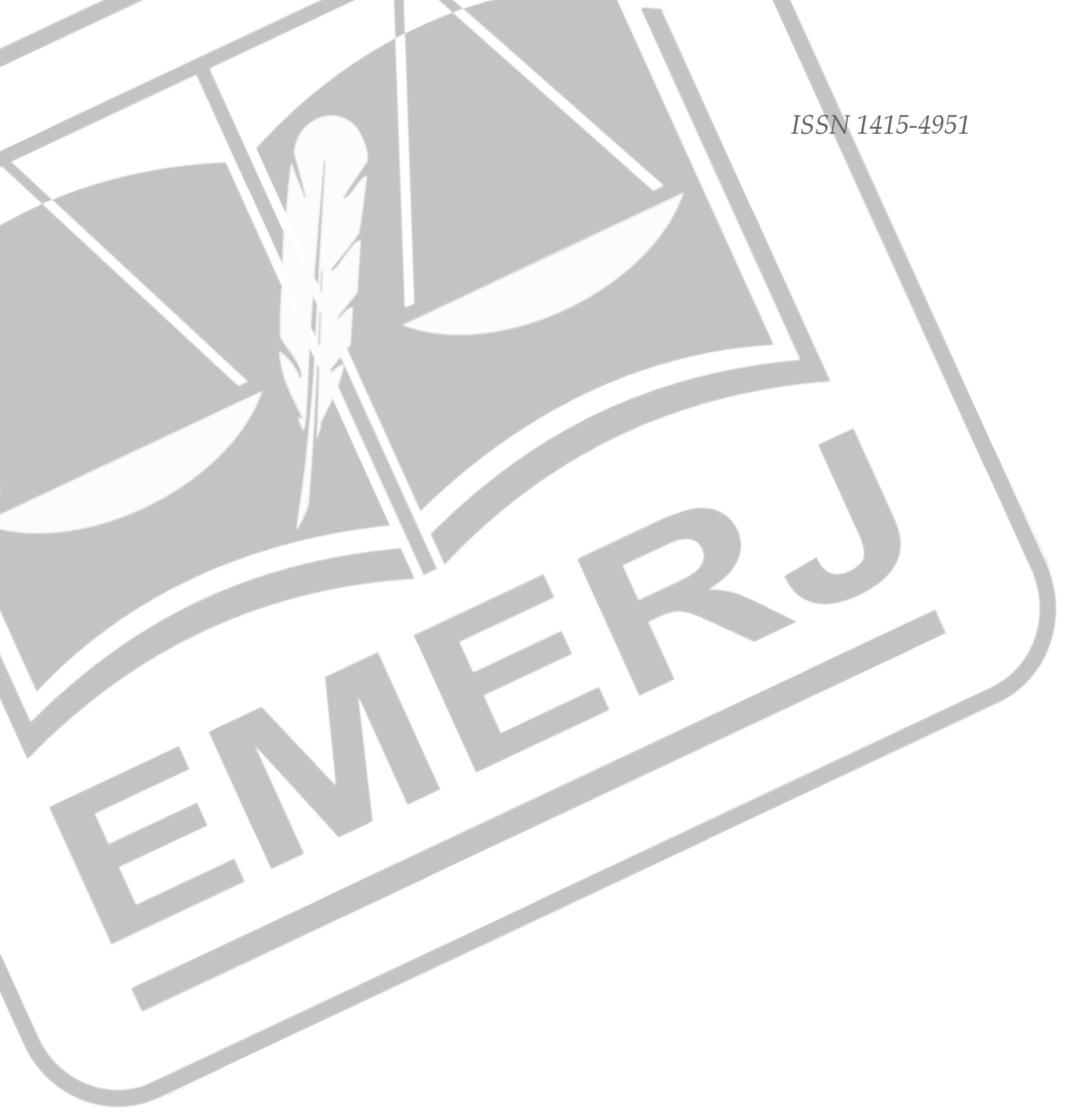


ISSN 1415-4951



# Revista da EMERJ

*Setembro/Dezembro*  
*V. 22 - n. 3 - Ano 2020*

*Rio de Janeiro*

# Repatriação de Ativos Clandestinos e Anistia Criminal: Reflexões Sobre o Princípio da Razoabilidade e a Efetividade da Tutela Penal da Ordem Econômico-Tributária

**Vlamir Costa Magalhães**

*Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduado em Regulação Pública e Direito Público Econômico pela Universidade de Coimbra/EMARF. Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.*

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A emergência do Direito Penal Constitucional. 3. Bem jurídico e Direito Penal Econômico-Tributário: a função social do Direito Penal. 4. A liberdade de conformação do legislador na era do Direito Penal Constitucional. 5. O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, a teoria dos deveres de proteção e o princípio da proibição de proteção penal deficiente. 6. A versão penal do princípio da vedação ao retrocesso social. 7. A anistia criminal na lei de repatriação de ativos clandestinos: uma irrazoabilidade inconstitucional. 8. Conclusão.

## PALAVRAS-CHAVE

Repatriação de ativos - Direito Penal Constitucional

## KEYWORDS

Repatriation of assets - Constitutional Criminal Law

## RESUMO

O presente estudo aborda, sob a ótica do princípio da razoabilidade, a (in)constitucionalidade da anistia criminal disposta pela lei que disciplina a repatriação de ativos clandestinos.

## ABSTRACT

The present paper approaches the (in) constitutionality of the criminal amnesty established by the law that regulates the repatriation of clandestine assets.

## 1. INTRODUÇÃO

“Estamos convencidos de que a incriminação da fraude fiscal constitui, num país como o nosso importante elemento de uma séria política tributária. Esse tipo de ilícito, entre nós, não ofende o mínimo ético e o cidadão não tem consciência de que o cumprimento da obrigação tributária constitui dever cívico, cuja transgressão ofende gravemente a economia pública, e, pois, interesses fundamentais da comunidade. A violação desse dever pode apresentar-se como simples atitude passiva de descumprimento da obrigação tributária, fato adequadamente sancionado através de medidas de natureza administrativa (multa). Todavia, pode apresentar maior gravidade, quando o descumprimento da obrigação tributária se realiza através do engano e da fraude, com o emprego de meios tendentes a induzir em erro a autoridade, iludindo o pagamento do tributo. Em tais casos é imperativa a sanção penal, que existe em muitos países, de longa data.”<sup>1</sup>

---

1 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *O novo direito penal tributário e econômico*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/pareceres/85-artigos-e-pareceres.html>>. Acesso em: 04/12/2015.

A Lei n. 13.254/2016 (com a redação dada pela Lei n. 13.428/2017) disciplinou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT). Trata-se de programa de incentivo à repatriação de ativos que tem, como contrapartida fixada pelo artigo 5º do aludido diploma legal, a exclusão da punibilidade dos delitos cometidos em decorrência da remessa e manutenção clandestina de tais divisas no exterior.

Dentre os crimes que, em tese, tiveram a punibilidade temporariamente excluída<sup>2</sup>, encontram-se: os delitos contra a ordem tributária (artigo 1º, I, II e V e artigo 2º, ambos da Lei n. 8.137/1990), o crime de evasão de divisas (artigo 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986) e o crime de lavagem de ativos (artigo 1º da Lei n. 9.613/1998).

O presente estudo analisa a (i)legitimidade constitucional da exclusão da punibilidade dos crimes contra a ordem econômico-tributária à luz do princípio da razoabilidade e de sua vertente de vedação à proteção penal deficiente de direitos fundamentais.

## 2. A EMERGÊNCIA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

No tocante aos direitos fundamentais, o Direito Penal tem assumido duas funções de suma relevância. Se, por um lado, seus instrumentos sancionatórios representam restrições mais severas, em comparação com as punições previstas em outros ramos do ordenamento jurídico, por outro lado, o Direito Penal se apresenta, em determinadas circunstâncias, como a mais eficaz ferramenta de que dispõe o Estado para a proteção efetiva dos valores fundamentais mais prezados pela coletividade.

Nesse aspecto, as reflexões contemporâneas sobre os problemas vivenciados no âmbito criminal têm sido iluminadas por relevantes aportes advindos de outras searas da ciência jurídica,

---

2 O conceito de anistia penal remete a uma espécie de esquecimento do crime por vontade do legislador, podendo o benefício ser condicionado (a condutas praticadas em determinados lapsos temporais, por exemplo) ou não. Já a noção de abolição do crime (*abolitio criminis*) é sinônimo de descriminalização ou revogação integral, por força de lei, de uma determinada figura delitiva. Nesse sentido: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 659 e 663. Tendo em vista a melhor adequação ao tema em análise, o presente estudo emprega a expressão anistia para designar a exclusão da punibilidade criminal atrelada à adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), na forma do artigo 5º da Lei n. 13.254/2016.

em especial do Direito Constitucional. Com efeito, percebe-se que o Estado vem se desprendendo da posição de adversário das liberdades, tornando-se, ao revés, um instrumento imprescindível de sua concretização. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais deixam de ser exercidos apenas contra o Estado e passam a ser efetivados por meio dele.<sup>3</sup>

Com efeito, a função estatal inerente à promoção de direitos fundamentais não é cumprida apenas por meio da organização institucional, mas induz igualmente à exigência de que a proteção de interesses constitucionais envolva a criação e manutenção eficaz de sistemas sancionatórios, isso com o fim de garantir a legítima expectativa de exercício equilibrado e igualitário das liberdades econômicas por todos os membros da sociedade.<sup>4</sup>

Modernamente, já não é possível desatrelar o Direito Penal do modelo de Estado constitucionalmente assumido, sendo certo que todos as discussões pertinentes à questão criminal devem manter estreita conexão com o Direito Constitucional e a teoria geral do Estado.<sup>5</sup> Nesse ponto, a locução constitucionalização do Direito preconiza a projeção dos interesses constitucionalmente consagrados sobre todos os ramos do ordenamento jurídico, configurando um autêntico reflexo do hodierno movimento de revalorização do princípio da supremacia da Constituição.<sup>6</sup>

3 ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 49/50.

4 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 287.

5 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT, 2007, p. 14.

6 O ponto de partida da discussão em torno do fenômeno da constitucionalização do Direito se deu na Alemanha, sendo esclarecedora a lição de Luís Roberto Barroso a respeito: "Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958." BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355. O fato citado diz respeito a Erich Lüth que, na condição de presidente do clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, Alemanha, incitava o boicote ao filme intitulado "O amante imortal", dirigido por Veit Harlan e que teria conteúdo aparentemente antisemita, o que justificava a ligação deste cineasta com o regime nazista. A

Com efeito, o mecanismo da filtragem constitucional, instrumento hermenêutico que alcançou notável relevância na vigente era do Direito Penal Constitucional, consiste na imposição de releitura e de readaptação da ordem jurídico-normativa sob o filtro axiológico composto pelos valores, expressa ou implicitamente, albergados na Constituição.<sup>7</sup> Assim sendo, a Constituição deve ser contemplada como a primeira manifestação da política criminal do Estado e, portanto, dela deve partir toda a planificação normativa de índole penal.<sup>8</sup>

Diante desse novo cenário, a Constituição figura como pauta a ser observada pelo legislador penal em dois aspectos: (1) como limite ao *jus puniendi*, ou seja, como parâmetro de proibição de determinadas criminalizações e (2) como critério determinador da proteção jurídico-penal a determinados interesses, valores e bens de notória relevância.<sup>9</sup> Dessarte, o Direito

---

produtora e a distribuidora do filme obtiveram, em primeiro grau de jurisdição, decisão favorável na qual se determinou a cessação de tal conduta. O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, fixando que o direito fundamental à liberdade de pensamento e expressão deveria fundamentar a interpretação das normas do Código Civil acerca de responsabilidade patrimonial e não o inverso. *Ibid.*, p. 355.

7 Sobre o tema, eis a impressão de Paulo Ricardo Schier: “Utiliza-se a expressão ‘Filtragem Constitucional’ em virtude de que ela denota a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim, os seus procedimentos e valores, deve passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. A expressão, ademais, foi utilizada pela primeira vez no Brasil, com este sentido, pelo Prof. Dr. Clemerson Merlin Clève [...]”. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104. As premissas decorrentes deste movimento são condensadas nos seguintes termos: “(i) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição – primado da interpretação conforme; (ii) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional e (iii) salvo quando não são exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela (...)”. *Ibid.*, p. 146.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1999, p. 135. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt discorre sobre o tema: “Enquanto o Poder Legislativo não elaborar as necessárias e indispensáveis readaptações, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, efetuar as correções (adaptações) das leis, utilizando-se para tal dos modernos mecanismos hermenêuticos, como a interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) e a declaração da inconstitucionalidade das leis incompatíveis com a Constituição [...]”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56.

9 Eis a percepção de Luciano Feldens acerca do assunto: “[...] importa ressaltar que as conexões entre a Constituição e o Direito Penal não se reduzem ao estabelecimento, por aquela, de limitações ao direito de punir. Para além de estabelecer-se como limite material ao *jus puniendi*, a Constituição figura como fonte valorativa e mesmo como fundamento normativo do Direito Penal incriminador; é dizer, funciona não apenas para proibir, senão também para legitimar, e eventualmente impor, em situações determinadas ou determináveis, a proteção jurídico-penal de bens jurídicos, notadamente quando conectados à categoria dos bens ou interesses investidos de nota da fundamentalidade.” FELDENS, Luciano. A conformação

Penal Constitucional apresenta-se como proposta de releitura do sistema punitivo estatal, tanto em termos dogmáticos, quanto em termos de política criminal, o que abrange, com igual vigor, o processo de elaboração, reforma e aplicação concreta das normas penais.<sup>10</sup>

### 3. BEM JURÍDICO E DIREITO PENAL ECONÔMICO-TRIBU-TÁRIO: A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL

Poucos temas ocupam mais espaço na literatura penal atual do que a teorização em torno da ideia de bem jurídico. De um modo geral, pode-se afirmar que o conteúdo das incriminações têm, ou, ao menos, devem ter, relação direta com o modelo de Estado no qual se insere o Direito Penal. Daí o porquê de ser íntima a correlação existente entre a concepção de Estado e a teoria do Direito Penal, sobretudo no tocante à formulação da política criminal.

Em termos evolutivos, o Direito Penal liberal, também chamado de tradicional ou clássico, formado sob a inspiração do Iluminismo, entre a segunda metade do século XVIII e a primeira do século XIX, configurou um sistema normativo voltado, basicamente, para a tutela de interesses privados típicos da burguesia, então emergente, em face de ataques das camadas sociais miseráveis e das arbitrariedades do próprio Estado Absolutista.

No entanto, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, configurou-se uma espécie de ajuste de contas entre o direito, a economia, a política e a sociedade<sup>11</sup>, haja vista que os textos

---

constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 854.

10 Especificamente sobre o efeito das mudanças do modelo estatal sobre a atuação judicial no campo penal, vale a reprodução do desenho evolutivo a seguir traçado: "Do Estado de Direito *tout court* (clássico, liberal, legalista e formalista) passamos a um Estado constitucional e democrático de Direito. A principal consequência desta transformação tinha que (naturalmente) repercutir na posição do juiz dentro do Estado de Direito: da concepção puramente 'formalista' de juiz (juiz legalista), que não podia outra coisa senão pronunciar as palavras da lei ("la bouche qui prononce les paroles de la loi"), chega-se ao protagonismo dos juízes, que manejando os valores e princípios constitucionais que deve alcançar o sentido do justo em cada caso concreto, justificando sua decisão com critérios de razoabilidade (ou ponderação ou proporcionalidade)". GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal*. V. I: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

11 STRECK, Maria Luíza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 20.

de constituições dirigentes, segundo a expressão cunhada por Canotilho<sup>12</sup>, transformaram-se em *locus* do novo perfil do Estado e do Direito, preocupados agora não apenas com a proteção do indivíduo, mas também com o resguardo da comunidade a partir da contemplação de novas gerações ou dimensões<sup>13</sup> de direitos fundamentais.

Foi então que, a partir de meados da década de 1970, a noção de bem jurídico passou a abranger também, para além da proteção à liberdade e ao patrimônio individuais, a preservação de interesses titulados pela coletividade, tais como, por exemplo, o regular funcionamento da ordem econômica e o sistema de arrecadação tributária essencial ao custeio das atividades estatais exercidas em prol da coletividade.

Vale frisar que os valores enfatizados nessa nova perspectiva não constituem fruto de mera arbitrariedade<sup>14</sup> ou de criação artificial por parte do legislador<sup>15</sup>, mas são decorrências naturais da adequação do Direito Penal à sociedade contemporânea e ao Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição.

12 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 27.

13 A utilização da expressão “gerações” de direitos fundamentais propicia a falsa noção de sucessão de uma categoria por outra, motivo que torna preferível a expressão “dimensões” de direitos fundamentais de forma a melhor espelhar a concomitância da existência e o nivelamento da importância de todas as categorias de direitos fundamentais. Há quem se refira a “direitos humanos sequenciais”. Neste sentido: BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

14 Sobre o assunto, confira-se o dizer de João Marcello de Araujo Junior: “Nos Estados Democráticos de Direito os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. No Estado Democrático de Direito, a imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. A imagem do homem própria do Estado Democrático de Direito é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas: do homem em seu posto de trabalho, como trabalho dependente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais; do homem como consumidor; do homem em seu ambiente. Este o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos, que experimentam os Códigos Penais [...] Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos ‘naturais’ e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito mais ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a ordem econômica, que possui caráter supraindividual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. Esse bem jurídico, entretanto, não é arbitrário, pois decorre do tipo de Estado definido nas Constituições.” ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. O Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. N. 25. São Paulo: RT, janeiro-março/1999, p. 150/151.

15 MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios polítocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 10 e 48. No mesmo sentido: PEÑA CABRERA, Raul. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 48.

Conclui-se, portanto, em consonância com a moderna doutrina<sup>16</sup>, que o Direito Penal Econômico-Tributário tem por finalidade a proteção de bens jurídicos coletivos e fundamentais, tais como: a regularidade da arrecadação fiscal; a higidez da ordem normativa tributária; a equitativa distribuição do ônus de pagar tributos e – em derradeira, mas não menos importante perspectiva – o custeio da efetivação dos direitos sociais pelo Estado. Todos esses objetivos relacionam-se, direta ou indiretamente, com o valor constitucional da dignidade humana.

Nesse aspecto, na condição de fundamento da República Federativa do Brasil (cf. artigo 1º, III da CR/88), Luís Roberto Barroso<sup>17</sup> destaca a face comunitária da noção de dignidade humana, que se encontra profundamente relacionada com a temática abordada no presente estudo ao legitimar a constrição da liberdade individual em prol da proteção do dever de solidariedade social. É na esteira desse raciocínio e fundamentado, portanto, no sentido comunitário da dignidade humana, que o ordenamento penal econômico-tributário cumpre o que, na síntese de Claus Roxin<sup>18</sup>, é denominado de função social do Direito Penal.

16 Nesse sentido: MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20 e RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 50.

17 Vale transcrever a respectiva preleção: “O terceiro e último conteúdo - a dignidade como valor comunitário, também referida como dignidade como heteronomia - abriga o seu elemento social. O indivíduo em relação ao grupo. Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa. O que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados. Como intuitivo, o conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, dentre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade.” BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*, p. 27. Disponível em: <[www.luisrobertobarroso.com.br](http://www.luisrobertobarroso.com.br)>. Acesso em: 12/12/2015.

18 Eis o respectivo trecho: “Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.” ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16/17. No mesmo sentido, Greco define os bens jurídico-penais assim chamados universais como “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional”. GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal...* op. cit., p. 409.

#### 4. A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR NA ERA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Diante do vigente sistema constitucional, o legislador não tem em mãos um “cheque em branco” em matéria penal. Em outras palavras: o Estado Democrático de Direito não confere liberdade absoluta ao Poder Legislativo para criminalizar ou descriminalizar condutas e temas ao sabor de interesses políticos ou econômicos, – reconheça-se – nem sempre republicanos ou publicáveis nos tempos atuais. Portanto, o legislador está sujeito a balizas constitucionais ora expressas, ora implícitas, o que se traduz em limitações não apenas de índole formal (quanto ao processo de criação normativa), mas também de caráter material (no que diz respeito ao conteúdo normativo propriamente dito).

A doutrina penalista mais conservadora costuma enxergar apenas a função restritiva das normas constitucionais sobre a atividade do legislador penal, ou seja, vislumbram-se **tão** somente os focos de proibição de criminalização. Nesse prisma, são tidas como proscritas, por exemplo, a criação de tipos penais que confrontem liberdades textualmente garantidas<sup>19</sup>, bem como medidas que estabeleçam discriminação arbitrária ou fixem um padrão obrigatório de comportamento moral<sup>20</sup>, sexual, filosófico, político ou religioso. Até aqui, inexistente novidade relevante a comentar.

Porém, noutro giro, discute-se se a Constituição de 1988 impõe ao legislador deveres de incriminação em alguns temas

---

19 A título de exemplo histórico a ser rechaçado, cabe menção ao artigo 402 do Código Penal de 1890 (Decreto n. 847), que criminalizou a prática pública da capoeira no Brasil, o que se deu apenas dois anos após a abolição da escravidão com a edição da Lei Áurea, em 1888. Confira-se o trecho do aludido dispositivo: “Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...). Pena – de prisão celular por dois a seis meses.” Cf. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 320.

20 Um exemplo esdrúxulo de incriminação de comportamento apenas moralmente reprochado se deu ainda na fase imperial da história do Brasil, quando o Livro V, Título LXXXV, das Ordenações Filipinas criminalizou a prática da fofoca ao tratar “dos mexeriqueiros” em dispositivo que continha a seguinte redação: “Por se evitarem os inconvenientes, que dos mexericos nascem, mandamos, que se alguma pessoa disser á outra, que outrem disse mal delle, haja a mesma pena, assi civil, como crime, que mereceria, se elle mesmo lhe dissesse aquellas palavras, que diz, que o outro terceiro delle disse, posto que queira provar que o outro o disse.” PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 152.

específicos. Sobre o tema, embora não haja no texto constitucional a definição de tipos penais, o que obviamente importaria em deturpação da função específica que cabe ao constituinte, não há como deixar de reconhecer algumas cláusulas de criminalização presentes na Carta Magna em vigor. Nesse aspecto, atenta contra o princípio da supremacia constitucional o entendimento de que claros mandamentos de criminalização não teriam, na prática, caráter imperativo, eis que estariam vinculados a meros fatores históricos pontuais ou reclamos sociais momentâneos. Há, inclusive, quem afirme que as determinações expressas de criminalização refletem apenas “recados políticos”<sup>21</sup>, cuja inobservância não teria qualquer consequência.<sup>22</sup>

Tal postura equivocada acaba sendo chancelada pela letargia jurisprudencial quanto ao exercício do controle de constitucionalidade sobre normas legais de cunho penal, o que é retratado nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt<sup>23</sup>:

“O desprezo pelo controle de constitucionalidade – direto ou difuso – na seara criminal, no sistema brasileiro, beira as raias da imoralidade, na medida em que tem sido sistematicamente omitido, quando não sonogado desarrazoadamente pelo Judiciário, de primeiro e de segundo grau, postura inadmissível em um Estado Democrático de Direito. No controle direto, quem tem legitimidade para a propositura das ADIns não tem ‘interesse’ em fazê-lo, e, no controle difuso, o clamor da doutrina não faz eco nos tribunais, que, nesse particular, fazem ouvidos moucos.”

---

21 Nesse sentido: PASCHOAL, Janáina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 113.

22 Há quem reconheça a existência de expressos mandados constitucionais de penalização e, no entanto, afirme que seu descumprimento é irremediável, ou seja, não possibilita a tomada de qualquer medida. Nesse sentido, do qual, aliás, discorda-se, confira-se: FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 212.

23 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

## 5. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE-PROPORCIONALIDADE, A TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO PENAL DEFICIENTE

O princípio da razoabilidade, também nominado de princípio da proporcionalidade<sup>24</sup>, originou-se no âmbito do Direito Administrativo, ao tempo do florescimento do jusnaturalismo, com a função de limitação do poder de polícia e de coibição de medidas excessivamente restritivas de direitos fundamentais. Na Europa, o postulado foi utilizado, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, em obras germânicas relativas ao campo constitucional, o que se deu com o fim de fundamentar a reinterpretação da ordem jurídica com foco na preservação de direitos fundamentais.<sup>25</sup>

No Direito brasileiro, uma parcela da doutrina o vislumbra como princípio constitucional não escrito, enquanto outra corrente, por inspiração do direito norte-americano, concebe a ideia como decorrência do devido processo legal.<sup>26</sup> Na síntese de Sarmiento<sup>27</sup>, o referido postulado exige que os atos estatais devem, sob pena de invalidade: (1) ser aptos para os fins a que se destinam; (2) ser o menos gravosos possível e (3) causar benefícios superiores às desvantagens que proporcionam.

A seu turno, a teoria dos deveres de proteção consiste em construção doutrinária e jurisprudencial recentemente havida no âmbito do Direito Constitucional, sendo dotada, porém, de notórios e importantes repercussões no Direito Penal. Destacase, nesse ponto, o reconhecimento da dupla face da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, que constituem, a um só tempo, fonte de faculdades individuais (aspecto subjetivo) e base legitimadora de toda a ordem jurídica (aspecto objetivo).<sup>28</sup>

24 Em que pese não haver consenso absoluto, as expressões razoabilidade e proporcionalidade abrigam conceitos próximos (racionalidade, justiça etc.), razão pela qual podem ser consideradas intercambiáveis. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...* op. cit., p. 258.

25 TOLEDO, Suzana Barros de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 214.

26 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 235/236.

27 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 90.

28 Acerca do surgimento da tese sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em terras germânicas

Como decorrência lógica dessa premissa, recaem sobre o Estado os assim chamados imperativos de tutela, ou seja, deveres indeclináveis de agir para evitar violação de interesses fundamentais. As pontuais obrigações de incriminação expressas no texto constitucional (ex.: artigo 5º, XLIII) nada mais são senão uma claras manifestações da teoria dos deveres estatais de proteção pertinentes ao campo penal<sup>29</sup>, o que se verifica sem prejuízo do dever de proteção de outros bens jurídicos de índole constitucional que, mesmo tácitos, por sua essencialidade à garantia da preservação da dignidade humana e da vida pacífica em sociedade, gozam de igual e indeclinável merecimento de tutela por meio do Direito Penal.

A tipificação de delitos e a fixação de penas proporcionais constituem mecanismos – ainda que subsidiários – de proteção a direitos fundamentais. Sendo assim, a análise pelo Poder Legislativo quanto à criação ou revogação de tipos penais, bem como

---

cas, confira-se o dizer de Robert Alexy: “Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 524/525. Sobre o assunto, vale conferir a explanação de Ingo Wolfgang Sarlet: “Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competência negativas. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, neste sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica. É justamente com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que a doutrina alemã entendeu que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento (*nachbesserungspflichten*) da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 343/344.

29 Eis a explanação doutrinária sobre a lógica da teoria dos deveres de proteção e o mandamento de proteção penal eficiente a direitos fundamentais: “O Estado, enquanto detentor do monopólio da força, veda ao particular a prática da autodefesa. Como contraparte, obriga-se a zelar pela proteção dos membros da sociedade contra as ameaças e violações advindas de outros membros. Nessa esteira, o dever de proteção torna-se uma ‘contraprestação’ do Estado em relação ao cidadão que confiou sua liberdade em troca de segurança. [...] Inicialmente, o princípio da proporcionalidade era utilizado apenas contra os excessos praticados pelo Estado (proibição de excesso), mas, diante dos mandamentos constitucionais de Estado Democrático, passa a ser obrigatório reconhecê-lo em mais extenso sentido, devendo abranger o dever de proteção eficiente (vedação da proteção deficiente) por parte do Estado no tocante às agressões advindas de terceiros contra direitos fundamentais. Estes terceiros podem ser particulares, outros Estados, mesmo pessoas jurídicas de direito privado, como empresas.” GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 165.

quanto à estipulação de causas de extinção da punibilidade, deve ocorrer à luz do duplo viés do princípio de razoabilidade, ou seja, abrangendo a vedação de eventual excesso criminalizante, mas, com igual vigor, a vedação de descriminalizações que venham a resultar na insuficiência da proteção estatal disposta em favor de determinados interesses essenciais.<sup>30</sup> Nesse preciso tom, mesmo reconhecendo a liberdade de conformação do legislador, tanto o Supremo Tribunal Federal<sup>31</sup> quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>32</sup> reconhecem que o princípio da proporcionalidade serve de duplo limite para a atividade legislativa em matéria penal, abrangendo, nesse ponto, a tutela dos valores fundamentais supraindividuais.<sup>33</sup>

Nesse prisma, o Estado viola a Constituição tanto ao se omitir na elaboração de normas penais protetivas de interesses relevantes para a coletividade, quanto ao revogar a proteção normativa já estabelecida em favor de bens socialmente titulados, o que pode ocorrer na seara criminal por meio da não tipificação de condutas lesivas ou atentatórias a tais valores, pela brandura do

30 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crime organizado e proteção de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49/74.

31 Confira-se o trecho da respectiva ementa: “[...] Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente [...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 104.410/Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 06/03/2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 31/07/2017.

32 Assim restou decidido nos casos *Ximenes Lopes vs. Brasil* e *Garibaldi vs. Brasil*, julgados, respectivamente, em 04/07/2006 e 23/09/2009. Dados disponíveis em: <[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)>. Acesso em: 31/07/2017.

33 Sobre o tema: GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 202.

sancionamento imposto e pela revogação ou suspensão da eficácia dos respectivos tipos penais. Em tais hipóteses, em coerência com as primordiais finalidades do Direito Penal Econômico-Tributário (conforme os bens jurídicos que protege<sup>34</sup>), a violação ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá em detrimento da sua vertente de proibição de proteção penal deficiente.<sup>35</sup>

Cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 (nos termos dos §§ 4º e 5º, do artigo 173)<sup>36</sup> determinou que o Estado reprima o abuso do poder econômico e as infrações cometidas em face da ordem econômico-financeira, sendo este um forte indicativo da irrenunciabilidade da tutela corporificada pelo Direito Penal Econômico-Tributário.<sup>37</sup>

Ainda que o constituinte não tivesse sido tão claro, reconhece-se a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização, o que se configurou a partir de construção jurisprudencial firmada por decisão da Corte Constitucional da Ale-

---

34 No exato dizer de Streck: “[...] a ideia de proibição de proteção deficiente invocará sempre, e inevitavelmente, o conceito de bem jurídico, pois será na necessidade do dever de proteção constitucional que o legislador ficará obrigado a atuar de forma positiva. [...] Portanto, bem jurídico já não é, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a simples proteção contra os poderes estatais; bem jurídico também é/será o modo de proteção através do Estado.” STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição...* op. cit., p. 106.

35 Sobre o tema, eis a lição de Luis Roberto Barroso: “A tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência. [...] Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência.” BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...* op. cit., p. 381.

36 Relembre-se que a Constituição de 1946 também teceu determinação semelhante em vão, eis que o legislador ordinário jamais cumpriu a referida ordem constitucional. Sobre o assunto, assim se manifesta Nilo Batista: “O caráter classista da legislação penal se manifesta também na omissão ou pachorra da elaboração legislativa de crimes que podem ser praticados pelos membros da classe dominante.” BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90.

37 Sobre o tema: GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: *Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 413. Esclareça-se que o princípio da proibição de proteção deficiente foi assim denominado por Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 107), nomenclatura que veio a ser posteriormente consagrada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. No mesmo sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 35.

manha, proferida em 25/02/1975, a qual declarou a inconstitucionalidade da lei de reforma do Código Penal (de 18/06/1974) em relação à descriminalização do aborto, ainda que praticado durante os três primeiros meses de gestação. Nessa ocasião, fixou-se a irrevogabilidade da punição ao aborto e, por conseguinte, o reconhecimento implícito da obrigatoriedade da manutenção da proteção penal sobre o direito à vida. Trata-se, portanto, de um imperativo de tutela baseado na dimensão objetiva dos direitos fundamentais (teoria dos deveres de proteção) e, em última análise, no princípio da razoabilidade sob a versão da proibição de proteção penal deficiente.

É importante fixar que o objeto de proteção do Direito Penal Econômico-Tributário é composto por uma determinada política econômica e fiscal.<sup>38</sup> Revela-se, por conseguinte, descabido restringir a finalidade da intervenção penal nessa seara à tutela do mero interesse arrecadatário.<sup>39</sup> Embora surgida como critério negativo de limitação do Direito Penal, a função de proteção de bens jurídicos tem se convertido em critério positivo<sup>40</sup>, ou seja, determinante de decisões criminalizadoras, o que se dá em absoluta conformidade com o ideal neoconstitucionalista. Consolida-se, dessarte, a legitimidade da incriminação da sonegação tributária e, pelas mesmas razões, a invalidade constitucional da descriminalização de condutas que violam a ordem econômico-

---

38 Sobre o tema, eis a apreciação de José Maria de Castro Panoeiro: “Desde a antiguidade, as teses do Direito Penal Econômico foram compreendidas como Direito Penal de tempos de crise e um Direito Penal relacionado à repressão dos abusos do poder econômico. Contudo, no panorama contemporâneo, não parece conveniente vincular esse ramo do Direito, tal como se procedeu no contexto nas Guerras Mundiais, do século passado e muito menos aos regimes totalitários, embora estes sejam dados históricos. Parece mais coerente situá-lo no âmbito das transformações socioculturais e ideológicas que propiciam nova fisionomia às sociedades e, por via de consequência, aos Estados.” PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

39 Sobre a referida interpretação restritiva da política criminal em torno da criminalidade fiscal, eis a impressão de Andrei Zenkner Smith: “Os anseios arrecadatários do Estado globalizante vislumbraram, no Direito Penal, um instrumento de *prima ratio* no combate à evasão fiscal. Conseqüentemente, interessa ao Estado muito mais recuperar os tributos sonegados do que, propriamente, prevenir-se sonegações futuras. Ora, se esta é a política criminal adotada, então resta claro que as justificativas fornecidas pela lei tributária para o ilícito fiscal, por também estruturarem-se a partir de finalidades primordialmente arrecadatárias, devem contaminar o ilícito penal equivalente.” SMITH, Andrei Zenkner. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 181/182.

40 Neste diapasão, eis o dizer de Fausto Martin de Sanctis: “O que classicamente se formulou para a limitação da ação do legislador mediante o sistema de proteção de bens jurídicos converteu-se agora em uma exigência para que penalize determinadas condutas [...]”. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Direito penal tributário...* op. cit., p. 22.

tributária<sup>41</sup>, principalmente da forma descontrolada e arbitrária como vem sendo feita.

Pode-se citar, como exemplo mais gritante de irrazoabilidade vigente nessa temática, a edição da Lei n. 10.684/2003, que permitiu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo em qualquer tempo, ou seja, mesmo após eventual condenação no âmbito criminal.<sup>42</sup> Trata-se de norma não apenas inconstitucional, mas imoral, eis que cria uma linha divisória entre criminosos miseráveis e os que podem pagar para se livrar da responsabilidade penal.

Fato é que o vigente tratamento privilegiado conferido à sonegação fiscal é injusto e anti-isonômico, além de contribuir para o descrédito das instituições de persecução penal e estimular o desprezo social por normas tributárias e criminais. No cenário atual, fomenta-se a crença de que o crime econômico-tributário compensa, fazendo do magistrado um caricato cobrador de tributos e, da denúncia, um mero carnê de cobrança.<sup>43</sup> Diante dessa lamentável realidade, pode-se afirmar que ludibriar autoridades e desdenhar da legislação fiscal continuam sendo um grande e lucrativo negócio no Brasil.

---

41 Neste sentido, confira-se a seguinte preleção: “No mundo moderno, observamos uma profunda modificação na maneira de pensar dos povos em relação à delinquência fiscal. Enquanto há alguns pares de anos o sonegador era considerado quase um herói, hoje a consciência social o reprova de maneira extraordinária. Os povos compreenderam que é muito mais eficiente lutar contra a sonegação do que adotar a cômoda política de combater o déficit público através da contenção de gastos. Especialmente em países como o Brasil, que vive em permanente estado de crise econômica. A danosidade da criminalidade fiscal é mais agudamente captada pelos agentes sociais. Destaque-se ainda que o desvalor ético da sonegação é percebido por todas as camadas sociais, e não apenas por aquelas menos poderosas.” ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995, p. 155.

42 Inicialmente, o art. 34 da Lei n. 9.249/95 permitiu a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária desde que pagamento do tributo ocorresse antes do recebimento da denúncia. Posteriormente, o art. 9º, parágrafo 2º da Lei n. 10.684/2003 estabeleceu que o pagamento ou parcelamento efetuados a qualquer tempo funcionariam, respectivamente, como causas de extinção e suspensão da pretensão punitiva. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tratou de alargar ainda mais a porta da impunidade ao permitir o afastamento do castigo penal mesmo que o pagamento se dê após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Vide a decisão proferida no HC n. 232.376, STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ: 15/06/2012). Tal aberração tem causado imensa perda de tempo e de recursos orçamentários, além de provocar a desmoralização institucional e o descrédito social em desfavor dos órgãos de persecução penal, em particular, do Poder Judiciário. Noutro giro, a infeliz mensagem que fica para a população é a de que os contribuintes que, por anos a fio, insistiram em burlar a ordem jurídica podem livrar-se da responsabilidade criminal desde que, literalmente, tenham condições de pagar por isso.

43 FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 199.

## 6. A VERSÃO PENAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A ampliação dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 (ex.: artigo 5º, §2º e 7º, *caput*) se deu com vistas à progressiva redução das desigualdades e à construção de uma sociedade livre e solidária, onde haja justiça social (conforme os artigos 3º, I e III, e 170, *caput* e incisos VII e VIII). Assim, ao instituir um Estado Social e Democrático de Direito, a Carta Magna reconheceu a jusfundamentalidade dos direitos sociais.<sup>44</sup>

Assim sendo, na perspectiva do princípio da vedação ao retrocesso social, implicitamente acolhido no vigente sistema constitucional<sup>45</sup>, a norma disciplinadora ou assecuratória de direitos sociais (prestações estatais em favor da coletividade) figura como um guarda de flanco.<sup>46</sup> Nessa linha, considerando-se que a consecução de tais deveres prestacionais do Estado dirigidos à sociedade têm, obviamente, um custo financeiro e que a regular arrecadação tributária tem por fim precípuo subsidiar o cumprimento das referidas obrigações estatais, é inafastável a conclusão de que as normas incriminadoras pertinentes ao Direito Penal Econômico-Tributário protegem, em última análise, os próprios direitos sociais fundamentais, sobretudo em tempos de recessão econômica e escassez generalizada de recursos públicos.

Há que se reconhecer que o recurso à incriminação para evitar o desacatamento de obrigações fiscais é legítimo e o abrandamento da repressão penal nessa quadra, seja por meio de malabarismos interpretativos, seja por inaceitáveis subterfúgios criados pelo legislador, enfraquece e põe em risco o próprio cumprimento das prestações estatais destinadas à coletividade e, em particular, aos estratos sociais mais miseráveis e carentes. Tais circunstâncias consolidam a face penal do princípio da vedação ao retrocesso social, que, portanto, tem o condão de tornar

44 DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 204/295.

45 FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 178.

46 MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*. In: A efetividade dos direitos sociais. GARCIA, Emerson (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 402.

inconstitucionais atos do Poder Público que retirem ou vulnerem a eficácia de normas (inclusive, penais) que garantam a observância de direitos fundamentais titulados pela coletividade.

É desprovida de fundamento eventual alegação de que a defesa da face penal do princípio da vedação ao retrocesso social engessaria a atividade legislativa. O repensar sobre o tamanho do Estado – abrangendo inclusive a intervenção penal para tutela do custeio de suas obrigações – continua sendo viável, desde que medidas substitutivas compensem, de forma comprovadamente efetiva ou equivalente, a norma revogada ou mitigada a fim de que não haja prejuízo, risco ou retrocesso na garantia de direitos sociais.

Por óbvio, o dinheiro público não nasce em árvores e o desfalque no pagamento de tributos provoca efeitos deletérios não somente sobre a continuidade dos serviços públicos, mas também acarreta a necessidade de elevação da carga tributária e a desigual distribuição do ônus fiscal.

Dessarte, sem a garantia de mecanismos equivalentes compensatórios, atos legislativos tendentes a retirar a proteção penal estabelecida em prol de direitos sociais e dos recursos imprescindíveis à sua respectiva observância são inconstitucionais e, por conseguinte, devem ser submetidos às consequências decorrentes dessa situação, entre elas: (1) a invalidação em sede de controle abstrato de constitucionalidade por meio de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a” CR/88) e (2) a não aplicação da lei revogadora ou mitigadora por parte dos órgãos jurisdicionais, no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

À vista do exposto, deve ser afirmada a inconstitucionalidade da extinção da punibilidade dos crimes fiscais com base no pagamento *a posteriori* do tributo, sobretudo se tal quitação se deu após o recebimento da denúncia. Ressalte-se, ainda sobre esse ponto, a incongruência decorrente da não aplicação do mesmo tratamento privilegiado para os delitos contra o patrimônio<sup>47</sup>,

<sup>47</sup> Vide o disposto no artigo 16 do Código Penal/1940, que disciplina o instituto do arrependimento posterior, aplicável aos crimes patrimoniais comuns. Trata-se de benesse bem menos indulgente se comparada à exclusão integral da punibilidade, que, farta e frequentemente, é ofertada pelo legislador brasileiro a delinquentes dotados de poderio econômico e político. Confira-se a respectiva redação do

que são ontologicamente similares. Outrossim, resta evidente a frustração do fim de prevenção geral, não sendo raros os casos em que contribuintes preferem incorrer na prática criminosa ante a certeza de que tal comportamento lhes trará mais vantagens que preocupações. Considere-se também a tendência de reprodução em massa do desdém pelas normas do Direito Penal Econômico-Tributário.

## 7. A ANISTIA CRIMINAL NA LEI DE REPATRIAÇÃO DE ATIVOS CLANDESTINOS: UMA IRRAZOABILIDADE INCONSTITUCIONAL

Desde o surgimento da ideia de conceder a anistia criminal para fomentar a repatriação de ativos clandestinamente enviados e mantidos no exterior, algumas motivações foram prontamente lançadas na defesa dessa tese. Afirmou-se, à época, que o Brasil estaria apenas acompanhando uma tendência mundial nesse sentido, além de se beneficiar com o expressivo ingresso de divisas em momento de crise.<sup>48</sup> Na mesma linha, houve quem asseverasse que a internalização de estimados 100 bilhões de dólares reaqueceria a economia brasileira, além de sanar a angústia de milhares de brasileiros que desejavam internalizar divisas enviadas ao exterior apenas pelo receio quanto à inflação e à instabilidade econômica do país.<sup>49</sup>

A despeito do esforço argumentativo, as justificativas apresentadas para a anistia criminal mencionada não convenciam e não convencem.

De início, a proposição de anistia criminal pressupunha, não se sabe com que base, que milhares de pessoas iriam regularizar sua situação financeira-fiscal. Ocorre que a expectativa de

---

aludido dispositivo legal: “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.”

48 Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Proposta para repatriação de dinheiro acompanha tendência mundial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/renato-silveira-repatriacao-dinheiro-a-companha-tendencia-mundial>>. Acesso em: 04/12/2015.

49 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. *Evasão de divisas: angústia e solução*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/08/1665062-evasao-de-divisas-angustia-e-solucao.shtml>>. Acesso em: 04/12/2015.

arrecadação e de eliminação da inadimplência mostrou-se frustrada não somente pela arrecadação de valor muito abaixo da estimativa retromencionada, mas também pela persistência de débitos tributários (por parte dos contribuintes-aderentes), que já atingiram, em 07/11/2016, montante superior a 4,1 bilhões de reais.<sup>50</sup> Portanto, a medida supostamente compensatória revelou-se muito aquém do otimismo exacerbado, muito comum em tais propostas descriminalizadoras<sup>51</sup>, o que realça a ilegitimidade constitucional da benevolência penal do legislador na hipótese.

Nem se pode alegar que o fracasso em termos de proteção ao interesse da coletividade não era previsível. Basta lembrar a péssima experiência decorrente dos múltiplos programas de parcelamento tributário que vêm sendo lançados pela União Federal ao longo dos últimos anos<sup>52</sup>, cuja barganha atrativa é sempre

50 Dados disponíveis em: <<http://istoe.com.br/arrecadacao-da-repatriacao-tem-inadimplencia-de-r-415-bi-informa-receita/>>. Acesso em: 21/07/2017.

51 Frise-se que, mesmo com a extensão do prazo inicial de adesão até 31/07/2017 e com igual oferta de anistia criminal, o programa de repatriação de ativos clandestinos voltou a frustrar as expectativas de arrecadação, atraindo apenas 1.915 pessoas (o que corresponde a 8% das adesões à versão inicial do programa). A estimativa inicial do governo acerca da nova oportunidade de regularização girava em torno da arrecadação de R\$ 12,7 bilhões, entre tributos e multas, sendo posteriormente minorada para R\$ 2,9 bilhões e, agora, nem mesmo esse valor será atingido, o que teria justificado a recente elevação de tributos sobre combustíveis. Cf. dados disponíveis em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/08/1906546-menos-de-2-mil-contribuintes-aderiram-a-segunda-repatriacao-diz-receita.shtml>>. Acesso em: 03/08/2017.

52 Referência às sucessivas edições do assim chamado REFIS, sigla que denominou o primeiro programa de parcelamento tributário, lançado em 2000. Eis o histórico das edições do REFIS: (1) REFIS 1 - Programa de Recuperação Fiscal instituído pela Lei n. 9.964/2000, que se destinava a promover a regularização dos créditos da União Federal, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000; (2) REFIS 2 - oficialmente chamado de "PAES", esse programa foi instituído pela Lei n. 10.684/2003 para estabelecer o parcelamento especial, em até 180 meses, para todos os débitos para com a Fazenda Nacional (SRF e PGFN), constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União Federal, vencidos até 28 de fevereiro de 2003; (3) REFIS 3 - oficialmente chamado de "PAEX", esse programa foi instituído pela Medida Provisória n. 303/2006, que estabeleceu o parcelamento de débitos em até 130 prestações mensais e sucessivas para os débitos de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003; (4) REFIS 4 - também apelidado de "REFIS da Crise" e "REFIS da Copa", esse programa foi instituído pela Lei n. 11.941/2009 (conversão da MP n. 449/2008), que permitia o parcelamento da dívidas tributárias federais vencidas até 30 de novembro de 2008. O prazo de adesão ao programa de parcelamento do "REFIS da Crise" foi reaberto até 31.12.2013 pelo artigo 17 da Lei 12.865/2013. Posteriormente, criaram-se mais 3 prazos de adesão ao longo do ano de 2014; (5) REFIS das Autarquias e Fundações - programa criado pelo artigo 65 da Lei n. 12.249/2010, que estipulou o parcelamento dos débitos administrados pelas autarquias e fundações públicas federais e os débitos de qualquer natureza, tributários ou não tributários, com a Procuradoria-Geral Federal; (6) REFIS dos Bancos - programa instituído pelo artigo 39 da Lei n. 12.865/2013, que tratou do parcelamento de débitos do PIS e COFINS em até 60 parcelas, com descontos de multa e juros e, por fim, (7) REFIS dos Lucros no Exterior - programa instituído pelo artigo 40 da Lei n. 12.865/2013, que tratou do parcelamento de débitos do IRPJ e CSLL de lucros oriundos no exterior, em até 120 parcelas, com descontos de multa e juros. Dados disponíveis em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/refis.html>>. Acesso em: 04.12.2015. Sustentando a

ofertada em termos de anistia penal, contribuindo-se, assim, para o agravamento da já comentada inefetividade da persecução dos crimes contra a ordem tributária.

Como já demonstrado, o histórico da relação entre o Direito Penal e o Direito Tributário-Financeiro no Brasil é permeado por sucessivos e infindáveis benefícios concedidos a indivíduos que violam, de forma, não raras vezes, contumaz, as obrigações legalmente dispostas, sem que as sempre esperadas contrapartidas arrecadatórias ou de alinhamento ao ordenamento jurídico se verifiquem.

Diante desse quadro, a anistia criminal inserida na regulamentação da repatriação de ativos – em suas duas versões legais já editadas e possíveis outras vindouras – parece não corresponder, ao contrário do que apregoa um parcela da doutrina<sup>53</sup>, ao seguimento dos primados da Análise Econômica do Direito (o chamado movimento *Law & Economics*), nos termos propostos por organismos internacionais ou pelo exemplo de outros países. A política de *sticks and carrots* (chicotes e cenouras, em tradução literal, ou castigo e estímulo) pressupõe que, em algum momento, o castigo (penal) seja ou tenha sido efetivo, o que não se verifica na realidade brasileira. A citada relação normativa é, historicamente, de mão única, ou seja, caracterizada por benesses legais que fluem, em termos pragmáticos, apenas para um lado, qual seja, o da imunização de criminosos econômico-tributários.

Se, de fato, foi o medo da instabilidade econômica que levou “milhares de cidadãos brasileiros angustiados”<sup>54</sup> a remeterem patrimônio para o exterior, o que os levaria a trazer de volta tais recursos no atual momento econômico do Brasil? Ou será que o mero afastamento da ameaça penal teria o condão de encorajar tais indivíduos a cumprir de deveres fiscais desprezados por anos a fio?

---

inconstitucionalidade da extinção da punibilidade de crimes fiscais pelo pagamento do tributo: STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição...* op. cit., p. 153.

53 Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômico e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 124.

54 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. *Evasão de divisas...* op. cit, p. 01.

Não se pode esquecer que o diploma legal em comento não obriga os contemplados pela anistia criminal a reinvestirem os recursos ocultados no mercado interno ou em qualquer atividade produtiva – e nem poderia fazê-lo de forma juridicamente válida. Bastará, portanto, a mera declaração espontânea da propriedade sobre o patrimônio, que, dessa forma, poderá permanecer aplicado até mesmo nos países assim chamados de “paraísos fiscais”. Portanto, o esperado reaquecimento da economia revelou-se como outra inverdade utilizada como argumento de manutenção da impunidade de criminosos do colarinho branco.

Noutro giro, a remessa de recursos para o exterior demanda profundo conhecimento acerca do mercado financeiro internacional, bem como a imprescindível colaboração de terceiros (profissionais e instituições), além de um patrimônio de alto valor e razões para ocultá-lo. Será que havia mesmo milhares de brasileiros nessa peculiaríssima condição a ponto de justificar a elaboração – diga-se: com invulgar rapidez – de uma lei para socorrê-los? Em sentido contrário, a atual situação político-econômica do Brasil permite bem enxergar que os sucessivos pacotes de bondades – tributárias e penais – têm atendido, isso sim, a megadevedores contumazes que logram influir nas mais altas esferas da República e legislar em causa própria.<sup>55</sup>

É importante frisar que não se ignora a utilidade do instituto da anistia criminal para a pacificação de algumas situações em determinados momentos históricos. No entanto, tal fenômeno deve ser amparado em amplo consenso social para que possa, legitimamente, afastar a força obrigatória da norma penal em prol de valores verdadeiramente mais relevantes, o que está longe de se verificar na hipótese.

Destaque-se, por fim, que, diante da redação do artigo 5º, § 1º, da Lei n. 13.254/2016, após aderir formalmente ao malsinado

---

55 À guisa de ilustração, cite-se o fato de que o atual relator da medida provisória que se encontra em apreciação no Congresso Nacional e que tratará de mais uma versão do REFIS, o Deputado Newton Cardoso Filho, tratou de ampliar, em prol de inadimplentes, o pacote de benesses que já constava no texto original, fazendo com que, se aprovado, fosse gerado um prejuízo aos cofres públicos da ordem de dez bilhões de reais. O dado inusitado dessa iniciativa fica por conta do fato de que o referido parlamentar-relator é sócio de empresas que devem à União Federal mais de cinquenta milhões de reais em tributos. Cf. dados disponíveis em: *Jornal O Globo*, p. 38, de 13/08/2017.

Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), o candidato a anistiado terá, ainda assim, bastante tempo (até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória) para pensar se vai mesmo abandonar a clandestinidade e cumprir suas obrigações fiscais ou se vai continuar apostando na prescrição ou em qualquer outra possível causa (quem sabe uma nova lei benevolente) que aniquile a possibilidade de punição criminal. Tais circunstâncias embasam a realidade de que a lei em comento neste estudo foi elaborada não para auxiliar cidadãos desejosos de reconciliação com o ordenamento jurídico, como se tentou argumentar, mas sim para privilegiar criminosos dotados de poder econômico e político, o que se dá de forma irrazoável e, por conseguinte, inconstitucional.

## CONCLUSÃO

“Entre nós o direito penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade [...]”<sup>56</sup>

Em que pese o fato de terem sido lançadas há décadas, as impressões de Frágoso sobre a criminalidade econômico-tributária permanecem, lamentavelmente, atualíssimas no Brasil.

Noutro giro, se, por tradição, a norma tributária é socialmente rejeitada<sup>57</sup>, por outro lado, o tributo vem se configurando, na ilustração de Ricardo Lobo Torres<sup>58</sup>, como o preço da li-

56 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*, p. 03. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em: 12/12/2015.

57 A altíssima carga tributária brasileira e os inúmeros episódios criminosos de desvios de recursos públicos contribuem, inegavelmente, para a referida rejeição, o que não afasta a razoabilidade do reconhecimento do dever de solidariedade inerente ao pagamento de tributos. Sobre o tema, vale a transcrição da preleção de Marcus Abraham: “Um dever em favor de si mesmo, como cidadão contribuinte e elemento integrante de uma coletividade que lhe oferece toda uma estrutura para conduzir sua vida e sobrevivência com harmonia, liberdade e satisfação. O dever de pagar tributos é o preço deste sistema.” ABRAHAM, Marcus. *O planejamento tributário e o direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59.

58 TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação da Capacidade Contributiva e dos Direitos Fundamentais do Contri-

berdade. Historicamente, a consciência da sociedade brasileira não reconhecia a sonegação fiscal como ilícito, sendo a penalização vista como uma hipótese excepcional de prisão por dívida, o que se reflete, ainda hoje, na escassa imposição concreta de sanções penais – mais raramente ainda, penas privativas de liberdade – quanto aos crimes praticados em detrimento da ordem econômico-tributária.<sup>59</sup>

Ocorre que a secular complacência social com malfeitos envolvendo tributos ou o produto de seu pagamento (ex.: sonegação, desvio de recursos públicos e irresponsabilidade fiscal dos governantes) vêm sendo, se não erradicada, ao menos combatida na cultura brasileira, o que se dá no contexto de um amadurecimento, republicano e democrático, por meio do qual passa a ser reconhecida a importância do princípio da solidariedade social. Nesse ponto, a emergência da noção de cidadania fiscal fomenta uma maior participação de toda a sociedade nas discussões ligadas à justiça tributária, tanto em seu viés negativo (no tocante à limitação da carga fiscal), quanto em seu viés positivo (no tocante ao reconhecimento do dever fundamental de pagar tributos).<sup>60</sup>

A crítica sobre a intervenção penal para resguardo da ordem jurídico-tributária é frequentemente baseada na genérica afirmação de fracasso do Direito Penal na contenção da sonegação fiscal.<sup>61</sup> Entretanto, em que pese ter o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo<sup>62</sup>, o número de presos ou condenados por crimes econômico-tributários é tão insignificante que sequer é

---

buinte. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito Tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 432.

59 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: IBDT, 1976, p. 177.

60 ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53.

61 Mesmo ante sucessivos fracassos em termos de realidade empírica, uma parcela da doutrina insiste em defender a eficácia social da oferta legal de extinção da punibilidade de crimes econômico-tributários em troca da elevação da arrecadação fiscal. Sobre o tema, sustentando a legitimidade do equívoco retronarrado: MASI, Carlo Velho. *Criminalidade econômica e repatriação de capitais: um estudo à luz da política criminal brasileira*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 396.

62 Em junho de 2014, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça, divulgou o levantamento nacional de informações penitenciárias e revelou que o Brasil tinha um total de 607.731 pessoas presas, ocupando a quarta posição mundial em população carcerária, atrás apenas de EUA, China e Rússia. No entanto, o mesmo relatório demonstra que os crimes contra a ordem tributária e os crimes econômicos em geral sequer aparecem no referido registro estatístico dominado pelos tipos penais referentes ao tráfico de entorpecentes (27% dos presos), ao roubo (21%) e ao homicídio (17%). Dados disponíveis em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>>. Acesso em: 07/12/2015.

digno de registro nos dados estatísticos existentes. Logo, ao menos quanto à realidade pátria, mostra-se desprovida de fundamentação empírica qualquer conclusão sobre o fracasso do Direito Penal no combate à delinquência econômico-tributária.

Os crimes contra a ordem tributária permanecem sendo um faz de conta em nosso país. São tipos penais que existem apenas formalmente, eis que não são aplicados de forma concreta, o que impede qualquer análise séria sobre sua utilidade e eficácia.<sup>63</sup> Tais tipos penais necessitam, na verdade, de imunização frente ao boicote a que são sistematicamente submetidos, ora pelo legislador, ora pela jurisprudência. Uma vez efetivados em sua integralidade, aí sim uma conclusão digna de credibilidade poderá ser alcançada.

Aliás, modernos estudos têm defendido que a certeza do sancionamento penal produz considerável efeito dissuasório, sobretudo diante da criminalidade econômica, cujo perfil é sabidamente utilitarista e racional. Nesse aspecto, revela-se adequada a aplicação da chamada teoria dos “3 esses” (em referência à expressão “*short, shock and sharp*”<sup>64</sup>), que preconiza que, sem prejuízo do emprego de sanções pecuniárias e restritivas de direitos para infrações de pequena monta<sup>65</sup>, a pena privativa de liberdade mostra-se razoável e adequada no enfrentamento da delinquência econômica de grande porte, desde que a sanção citada seja qualificada pela curta duração, pela irredutibilidade (descabimento de medidas mitigadoras ou substitutivas) e, acima de tudo, pela inexorabilidade (certeza de sua aplicação).

Sobre o tema, mais uma vez, é inarredável reconhecer a subsistente atualidade do pensamento de Fragoso<sup>66</sup>:

---

63 Daí o descabimento da afirmação de que os crimes contra a ordem tributária têm “pouca utilidade prática”. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.

64 Sobre o tema, confira-se: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *O direito penal econômico*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. Número 25. São Paulo: RT, janeiro-março/1999, p. 143.

65 ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Crimes contra a ordem tributária*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 57.

66 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*, p. 04. Texto disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em 12/12/2015.

“Tem-se dito, com razão, que os homens de negócio temem particularmente a pena criminal e que, em relação a este tipo de delinquentes, a intimidação da pena seria muito mais eficiente, porque afeta a reputação, e, conseqüentemente, o crédito e a prosperidade dos negócios. A Criminologia Radical tem insistido na necessidade de dirigir o potencial repressivo do Estado precisamente contra os que integram a classe dominante, sendo beneficiários de uma ordem socioeconômica desigual, estabelecida exatamente para protegê-los.”

Por todo o exposto, crê-se que a anistia criminal concedida pelo artigo 5º da Lei n. 13.254/2016 viola o princípio constitucional implícito da razoabilidade-proporcionalidade porque: (1) afronta a vedação à proteção penal deficiente de direitos fundamentais e a vedação de retrocesso na proteção penal a interesses sociais; (2) contribui para a perpetuação da impunidade que privilegia delinquentes do colarinho branco; (3) desestimula cidadãos honestos quanto ao cumprimento de obrigações fiscais e, em última análise, (4) causa descrédito à atuação igualitária e efetiva da Justiça Criminal do Brasil.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *O planejamento tributário e o direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Crimes contra a ordem tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Crimes contra a ordem tributária*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 52/63.

ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995, p. 155.

\_\_\_\_\_. O direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7. N. 25. São Paulo: RT, janeiro-março/1999, p. 142/156.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Crime organizado e proteção de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. 39 p. Disponível em: <[www.luisroberto-barroso.com.br](http://www.luisroberto-barroso.com.br)>. Acesso em: 12/12/2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. V. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. *Evasão de divisas: angústia e solução*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/08/1665062-evasao-de-divisas-angustia-e-solucao.shtml>>. Acesso em: 04/12/2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Direito penal tributário: aspectos relevantes*. Campinas: Bookseller, 2005.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 199.

\_\_\_\_\_. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 831/856.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: RT, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *O novo direito penal tributário e econômico*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/pareceres/85-artigos-e-pareceres.html>>. Acesso em: 04/12/2015.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em: 12/12/2015.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Direito Penal*. V. I: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal*. In: *Novos Rumos do direito penal contemporâneo*. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. SCHMIDT, Andrei Zenkner Schmidt (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 401/426.

GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 151/172.

\_\_\_\_\_. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 173/206.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: *A efetividade dos direitos sociais*. GARCIA, Emerson (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MASI, Carlo Velho. *Criminalidade econômica e repatriação de capitais: um estudo à luz da política criminal brasileira*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios políticocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de código penal español de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 07/20.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: IBDT, 1976.

PANOEIRO, José Maria de Castro. *Política criminal e direito penal econômico: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PEÑA CABRERA, Raul. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 3. N. 11. São Paulo: RT, julho-setembro/1995, p. 36/49.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Proposta para repatriação de dinheiro acompanha tendência mundial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/renato-silveira-repatriacao-dinheiro-acompanha-tendencia-mundial>>. Acesso em: 04/12/2015.

\_\_\_\_\_; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 104.410/Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar

Mendes. DJ 06/03/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/07/2017.

TOLEDO, Suzana Barros de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação da Capacidade Contributiva e dos Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). *Direito Tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 430/456.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1999.