

JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

JOURNAL OF CRIMINAL SCIENCES

Vol. 1 • n. 1 • ago / 2018

EQUIPE EDITORIAL

Editora-chefe: Marina Pinhão Coelho Araújo

Editoras-assistentes: Ana Carolina Carlos de Oliveira, Helena Regina Lobo da Costa e Heloisa Estellita

Editores-executivos: Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Alaor Leite (Ludwig-Maximilians Universität – Alemanha), Antonio Martins (Universidade de Coimbra – Portugal)
Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – Santa Cruz/BA), Fábio Roberto D'Ávila (PUCRS – Porto Alegre/
RS), Frederico Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG), Luis Greco (Universidade Ludwig Maximilians – Alemanha),
Rodrigo Sánchez Rios (PUCPR – Curitiba/PR), Thiago Bottino (FGV – Rio de Janeiro/RJ).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG)

Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt – Alemanha)

Guilherme Brenner Lucchesi (UNICURITIBA – Curitiba/PR)

Keity Saboya (Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Natal/RN)

Maria Eduarda Vier Klein (UNISINOS – São Leopoldo/RS)

Maria Luiza Gorga (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP)

Mariel Luísa Sevald (UNISINOS – São Leopoldo/RS)

Miguel Tedesco Wedy (Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)

Renato De Mello Jorge Silveira (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP)

Walter Barbosa Bittar (PUCPR – Curitiba/PR)

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente:

Cristiano Avila Maronna

1º Vice-Presidente:

Thiago Bottino

2ª Vice-Presidenta:

Eleonora Rangel Nacif

1º Secretário:

Renato Stanziola Vieira

2º Secretário:

Roberto Corcioli Filho

1º Tesoureiro:

Edson Luis Baldan

2º Tesoureiro:

Bruno Shimizu

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carla Cilene Gomes

Assessora da Presidência

Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Presidente

Andre Pires de Andrade Kehdi

Membros

Carlos Alberto Pires Mendes

Helios Alejandro Nogués Moyano

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Sérgio Salomão Shecaira

Ouvidor

Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-chefes dos departamentos

Amicus Curiae

Maurício Stegmann Dieter

Atualização do vocabulário

básico controlado

Roberto Portugal de Biazzi

Biblioteca

Renato Watanabe de Moraes

Boletim

Fernando Gardinali Caetano Dias

Comunicação

Gabriel de Freitas Queiroz

Concessão de bolsas de estudos e desenvolvimento acadêmico

Thayná Yaredy

Convênios

João Paulo Martinelli

Cooperação jurídica internacional

Maria Helena Rolim

Cursos

Yuri Felix

Estudos e projetos legislativos

Luis Guilherme Mendes de Paiva

Estudos sobre Habeas Corpus

Alberto Zacharias Toron

Infância e Juventude

Mariana Chies Santiago Santos

Iniciação Científica

Natália Macedo Sanzovo

Jornal de Ciências Criminais

Marina Pinhão Coelho Araújo

Justiça e Segurança Pública

Dina Alves

Mesas de Estudos e Debates

Maurides de Melo Ribeiro

Monografias

Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas

Juliana de Oliveira Carlos

Política Nacional de Drogas

Luis Carlos Valois

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Revista Liberdades

Christiano Fragoso

Sistema Prisional

Paulo Cesar Malvezzi

22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais

– Ibccrim

Frederico Normanha de Almeida

24º Seminário Internacional

Silvio Luiz Almeida

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos Sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos

César Mortari Barreira

Grupo de Estudos Sobre Escolas Penais

Natália Macedo Sanzovo

Departamento Ibccrim Coimbra

Presidente

Rafael Serra de Oliveira

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral

Luciana Zaffalon

Equipe

Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro

Supervisão

Roberto Seracinskis

Equipe

Andrea Pereira dos Santos

Alexandre Soledade de Oliveira

Camila dos Santos Silva

Eliane Yanikian

Nadir Fernandes Almeida Silva

Priscila Nicastró

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão

Carolina Diniz

Equipe

Gabriel Elias

Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca

Supervisão

Helena Curvello

Equipe

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão

Cristina Uchôa

Equipe

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão

Allyne Andrade

Equipe

Andreza Martiniano da Silva

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão

Willians Meneses

Equipe

Rafael Vieira

Taynara Lira

SUMÁRIO

Autodenúncia ao invés de pagamento do tributo como condição para extinção da punibilidade nos crimes tributários. Análise a partir do bem jurídico protegido

Self-denunciation instead of payment of the tax as a condition for extinguishing punishment in tax crimes. Analysis from the perspective of the protected “legal good”

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO E RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA 7

Culpabilidade e liberdade em direito penal: uma análise crítica da perspectiva de Figueiredo Dias

Culpability and freedom in criminal law: a critical analysis of the perspective of Figueiredo Dias

BRUNO TADEU BUONICORE 23

O princípio da não autoincriminação: análise do ponto de vista testemunhal

The principle of non-self-incrimination: analysis from the witness’s point of view

MARIA LUIZA GORGA 33

Direito Penal do risco e crimes de perigo abstrato

Criminal Law of risk and crimes of abstract danger

MIGUEL TEDESCO WEDY, MARIA EDUARDA VIER KLEIN E MARIEL LUÍSA SEVALD 43

O encerramento do procedimento administrativo e a questão da punibilidade da tentativa nos crimes contra a ordem tributária

The closure of the administrative procedure and the question of the punishability of the attempted crime in case of tax crimes

WALTER BARBOSA BITTAR 59

Ne bis in idem em tempos de multiplicidades de sanções e de agências de controle punitivo

Ne bis in idem in times of multiple sanctions and punitive control agencies

KEITY SABOYA 71

Acertando por acaso: uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da Ministra Rosa Weber na APN 470

Getting it right by chance: an analysis of willful blindness as basis for conviction of money laundering in the opinion by Justice Rosa Weber in APN-470

GUILHERME BRENNER LUCCHESI 93

EDITORIAL

Planejar e trilhar novos caminhos demandam tempo. O caminho do Jornal de Ciências Criminais (JCC) está sendo planejado e trilhado há algum tempo. As novas possibilidades tecnológicas, a diminuição das fronteiras para o conhecimento e a produção dogmática orientada a problemas formam o mote para a maturação e estruturação do Jornal.

Desde a escolha do nome, até os parâmetros de publicação e desenvolvimento, tudo foi meticulosamente discutido e avaliado pela equipe de publicações do IBCCRIM nos últimos anos.

Na linha editorial, a concretude dos problemas bem como a racionalidade da justiça penal e processual penal ocupam o lugar central das discussões. Discutir dogmática em conexão com a realidade, à luz de questões concretas, da jurisprudência nacional e da internacional é o principal objetivo deste novo periódico que ora apresentamos à comunidade jurídica.

A dogmática consequente poderá recolocar ambas lado a lado, na construção de discurso racional e efetivo, capaz de produzir segurança jurídica.

Coordenação do Jornal de Ciências Criminais

AUTODENÚNCIA AO INVÉS DE PAGAMENTO DO TRIBUTO COMO CONDIÇÃO PARA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS. ANÁLISE A PARTIR DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO

SELF-DENUNCIATION INSTEAD OF PAYMENT OF THE TAX AS A CONDITION FOR EXTINGUISHING PUNISHMENT IN TAX CRIMES. ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE PROTECTED “LEGAL GOOD”

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO

Professora de Direito Penal da Universidade Federal de Uberlândia.
Pós-doutora e mestre em Direito Penal pela Universidade de Bonn.
Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.
beatrizcamargo@ufu.br

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

Professor Titular de Direito Penal da Universidade de São Paulo.
Pós-doutor pela Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.
Advogado.
renatomjs@hotmail.com

RESUMO: Ao longo das últimas décadas, o Brasil optou por um caminho cada vez mais flexível no que se refere às regras de extinção da punibilidade nos crimes tributários. O atual arcabouço jurídico nessa matéria é produto de inúmeras reformas que refletem a falta de uma política criminal coerente e um cenário de disputa sobre o desenho institucional mais adequado para esses casos. O presente artigo se propõe a analisar o estado da questão, tendo como objetivo investigar sobre a real necessidade de reforma do modelo de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo adotado em nosso país. A investigação será conduzida por reflexões acerca do bem jurídico protegido pelos delitos tributários, concluindo-se, ao final, em favor da adoção de um modelo de autodenúncia colaborativa.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes tributários. Bem jurídico. Extinção da punibilidade. Pagamento do tributo. Autodenúncia. Política fiscal. Política criminal.

ABSTRACT: Over the last few decades, Brazil has opted for an increasingly flexible path regarding the possibility of extinguishing punishment in tax crimes. The current legal framework in this area is the product of numerous reforms that reflect the lack of a coherent criminal policy and a scenario of dispute over the institutional design most appropriate for these cases. The present article proposes to analyze the state of the question, aiming to investigate the real need to reform the model of extinguishment of punishment by the payment of the tax adopted in our country. The investigation will be guided by reflections about the “legal good” protected by tax offenses, and it is concluded, in the end, in favor of the adoption of a model of collaborative and spontaneous confession of crimes.

KEYWORDS: tax crimes – “legal good” – extinction of punishability – payment of tax – spontaneous confession of crimes – fiscal policy – criminal policy.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 O bem jurídico protegido nos crimes tributários – 2.1 Ofensa ao patrimônio público – 2.2 Proteção da eficácia das normas tributárias – 2.3 Salvaguarda dos procedimentos arrecadatórios – 2.4 Preservação contra a corrupção do sistema tributário – 3 Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no Brasil – 3.1 Arcabouço normativo tradicional: instabilidade, insegurança, ausência de sistematicidade – 3.2 A lei de repatriação de ativos: novo paradigma de interação entre a política fiscal e a política criminal no país? – 4 Autodenúncia x recolhimento de tributos – 4.1 Desenho institucional – 4.2 Legitimação: equilíbrio entre a política fiscal e a política criminal na proteção do bem jurídico – 5 Conclusão – 6 Referências

1. Introdução

Ao longo das últimas décadas, o Brasil optou por um caminho cada vez mais flexível no que diz respeito à possibilidade de extinção da punibilidade nos crimes tributários. Trata-se de uma evolução legislativa marcada por casuísmos e ginásticas interpretativas com a finalidade de fazer sentido a uma ingerência cada vez maior da lógica arrecadatória do poder executivo na sistemática criminal adotada para a regulamentação dos delitos de natureza fiscal.

Sem exagero, é possível dizer que o “caos tributário” que caracteriza o sistema de produção normativa de natureza tributária no Brasil¹ se estende na mesma medida ao conjunto de regras que definem a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Essa evolução no Brasil é responsável por uma enorme instabilidade no sistema de responsabilização criminal, gerando insegurança quanto aos reais efeitos de normas e súmulas sobre a matéria. Devido à falta de sistematicidade e coerência com os propósitos da tutela penal sobre a ordem tributária, a referida evolução marca, igualmente, uma relação conflituosa entre a esfera administrativa fiscal e a esfera criminal na persecução de tais delitos.

Nesse contexto, o presente estudo se propõe a oferecer uma reflexão sobre a atual situação da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no Brasil (item 3) e apontar alternativas no sentido de encontrar maior coerência no tratamento dado à matéria em nosso país (item 4). Ponto de partida desta investigação é a premissa de que o Direito Penal protege de bens jurídicos de forma mediata através da pena. Tal perspectiva, se abre espaço para ponderações de caráter político-fiscal na definição dos interesses político-criminais, já que compreende a pena como apenas um dentre outros instrumentos possíveis para a proteção de bens fundamentais em determinada sociedade, por outro lado ela impõe limites ao acolhimento de lógicas externas ao Direito Penal, a fim de resguardar o mínimo de racionalidade em sua intervenção protetiva. Nesse tocante, qualquer discussão sobre o tema depende de uma definição anterior a respeito do bem jurídico protegido pelos crimes contra a ordem tributária (item 2).

A análise que se desenvolverá tem em vista os delitos de natureza tributária em seu conjunto, isto é, incluindo-se os diversos delitos que envolvem a lesão fraudulenta do fisco no pagamento de tributos. A apreciação que se segue não ignora, portanto, as especificidades de cada tipo delitivo em particular, muito

¹ Nesse sentido, chama-se atenção para o fato de que o Brasil já ocupou o último lugar em uma pesquisa de eficiência do sistema tributário realizada, pelo Fórum Econômico Mundial para medir o desempenho de 102 países – a respeito, veja-se ROTHMANN, Gerd Willi. *So geht's im Internationalen Steuerrecht Brasiliens (zu)*. 2. Aufl. São Paulo: Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha de São Paulo, 2012. p. 2. Também disponível em: Disponível em: <http://www.ahkbrasil.com/pdf_public/Internationales%20Steuerrecht%20Brasilien_2012.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2018.

embora considere existir a possibilidade de agrupá-los entre si, mediante considerações que ultrapassam a simples referência abstrata à ideia de proteção da ordem tributária².

Dessa forma, o conceito de crimes tributários deve incluir o delito de apropriação indébita previdenciária nas variadas modalidades previstas no art. 168-A do Código Penal, na medida em que, pela natureza dos interesses afetados e modo de execução, a apropriação indébita previdenciária se aproxima muito mais dos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8137/90 do que dos crimes contra o patrimônio, onde se localiza atualmente no Código Penal. Tanto é assim, que, conforme observa Salvador Netto, ao crime previdenciário se aplicam as regulamentações referentes ao parcelamento da dívida tributária. Além disso, a persecução criminal nestes casos é condicionada ao término do processo administrativo-fiscal, de maneira idêntica ao que ocorre nos crimes contra a ordem tributária³. Razões semelhantes se percebem, ademais, no tocante aos crimes de contrabando (*caput* do art. 334 do CP)⁴ e de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP)⁵, que também serão abordados sob a ótica da proteção tributária.

2. O bem jurídico protegido nos crimes tributários

O bem jurídico protegido nos crimes tributários constitui tema que mereceria maior atenção por parte da dogmática brasileira. No cenário nacional, a doutrina atribui uma função ao bem jurídico tutelado cuja relevância não é de se desprezar: o bem jurídico seria responsável por definir a estrutura dos delitos tributários como crimes de natureza formal ou material, sendo, além disso, decisivo para a incidência ou não das regras do concurso de crimes, nos termos dos arts. 69 a 70 do Código Penal⁶.

A seguir serão apresentadas algumas linhas de argumentação acerca do bem jurídico protegido nos crimes tributários, as quais, a nosso ver, merecem destaque no propósito de satisfazer uma reflexão mais ampla sobre os elementos que devem compor ponderações de caráter político-criminal sobre a punição dessas condutas.

2.1 Ofensa ao patrimônio público

Uma forma de compreender a criminalização de lesões fraudulentas ao dever de pagar tributos consiste em enxergar nos crimes tributários uma forma de ofensa ao patrimônio público. Nessa hipótese, os crimes tributários adquirem a natureza de delitos patrimoniais⁷.

² Visão semelhante sobre o conceito de delitos tributários defende SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 76.

³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Comentários ao art. 168-A. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 536.

⁴ Sobretudo após a reforma de 2014, conforme observam ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; REALE JÚNIOR, Miguel. Comentários ao art. 334. In: REALE JÚNIOR, idem, p. 987.

⁵ Veja-se a argumentação em SOUZA, Luciano Anderson de. Comentários ao art. 334. In: REALE JÚNIOR, op. cit., p. 996 e ss.

⁶ Nesse sentido, veja a discussão completa em MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 330, 333 e ss.

⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte especial*, tomo II. Lima: Grijley, p. 602.

Desde essa perspectiva, entende a doutrina que a efetiva proteção do patrimônio público passaria por dois aspectos distintos. Assim, sob uma ótica material, alguns autores argumentam que os delitos tributários protegeriam o patrimônio público ao assegurarem a própria pretensão tributária do Estado, isto é, o interesse público de recebimento integral e pontual dos tributos⁸. Em contrapartida, uma noção mais procedimental irá defender que tais delitos objetivam a garantia das condições de cobrança dos valores tributários pelo Estado, permitindo o recebimento desses valores a partir do correto cumprimento dos deveres acessórios ao fisco por parte do contribuinte⁹.

A despeito de sua plausibilidade, a visão que considera o caráter meramente patrimonial dos crimes tributários padece de algumas dificuldades no que diz respeito à justificativa para a atual configuração e mesmo para a existência desses delitos.

Assim, seria de se indagar a razão para a criação de delitos fiscais uma vez que, no que tange ao patrimônio, o desvio fraudulento de valores tributários poderia muito bem ser enquadrado nas figuras do estelionato e da apropriação indébita, nos termos dos artigos 171 e 168 do Código Penal. As fraudes cometidas poderiam ser abarcadas também pelos dos crimes comuns de falsidade que eventualmente estejam envolvidos nessas práticas lesivas.

Nesse sentido, fica obscurecida a justificativa para a diferença de pena que existe entre os referidos crimes comuns contra o patrimônio e os crimes tributários. A título de comparação, ao passo que o estelionato (art. 171, CP) recebe pena de reclusão de 1 a 5 anos e a apropriação indébita simples (art. 168, CP) uma pena de 1 a 4 anos, os crimes do art. 1º da Lei 8137/90 e do art. 168-A, CP, são punidos de forma mais severa, com a restrição de liberdade de 2 a 5 anos.

Ademais, a compreensão patrimonialista dos delitos tributários não consegue explicar a disparidade no que diz respeito às chances de extinção da punibilidade quando se comparam os crimes tributários com os demais crimes patrimoniais. É no mínimo curiosa a razão de saber por que não basta também para o furto a devolução do bem subtraído junto do pagamento de uma multa para compensar a pretensão punitiva do Estado.

Por fim, é questionável a suposição de que o patrimônio afetado pela frustração da pretensão de recebimento integral e pontual dos tributos constitui lesão apta a justificar a intervenção penal. Afinal, também os contratantes na esfera civil se veem lesados em suas pretensões pecuniárias perante o inadimplemento de seus devedores e nem por isso cogita-se punir criminalmente essas condutas. A prisão civil por dívida é expressamente vedada em nosso ordenamento jurídico nos termos do art. 5º, LXVII da Constituição Federal¹⁰.

⁸ Cf. SEER, Roman. *Steuerverfahrens und Steuerstrafrecht*. In: TIPKE, Klaus; LANG, Joachim (Org.). *Steuerrecht*. Köln: Schmidt, 2010, § 23 nm. 1; ROTHMANN, Gerd Willi. A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. In: *Revista dos Tribunais*, n. 718, p. 538, 1995.

⁹ Cf. ROTHMANN, *ibidem*, p. 538.

¹⁰ Nesse sentido, SOUSA, Susana Maria Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 278.

2.2 Proteção da eficácia das normas tributárias

Em oposição ao viés patrimonialista, parte da doutrina vê a finalidade dos crimes tributários na proteção da ordem jurídica tributária, sendo esta concebida como o conjunto de normas referentes ao estabelecimento e à cobrança dos tributos. Nessa linha de argumentação, os delitos fiscais protegeriam a eficácia da ordem tributária, isto é, a vigência das normas relativas ao exercício do poder de tributar.

Trata-se de uma perspectiva que apresenta uma função crítica importante. Isso porque, de acordo com Brito Machado, a ordem jurídica tributária consistiria não apenas no complexo de normas que estabelecem o exercício estatal do poder de tributar, mas deveria englobar, igualmente, as normas que impõem uma limitação a esse poder. Dessa sorte, tal visão permitiria incluir no rol dos crimes tributários delitos como o excesso de exação (art. 316, § 1º, CP). Ademais, ela explicaria a existência de um único crime em situações nas quais se verifica uma multiplicidade de tributos afetados pela conduta praticada¹¹.

No entanto, a tese de proteção da eficácia das normas tributárias parece esbarrar na consideração de que cada subsistema jurídico possui meios próprios para resguardar a eficácia de suas normas, o que desafia a afirmação de que o Direito Penal seria recurso necessário para tanto. Nesse tocante, a própria legislação tributária estabelece penalidades ao descumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias, como o perdimento de bens previsto nos art. 105 do Dec.-lei 37/66 e art. 23, §1º do Dec.-lei 1.455/76.

Essa concepção do bem jurídico tutelado pelos crimes tributários peca, ainda, porque deixa em aberto a razão pela qual o sistema tributário careceria de proteção especial se comparado a outros subsistemas, como, por exemplo, o Direito Civil.

Ademais, toma-se pelo todo uma proteção que em realidade ocorre apenas de maneira fragmentada, já que os crimes contra a ordem tributária não asseguram a eficácia de todas as normas tributárias. Assim como a proteção criminal contra o furto ou a proibição da bigamia não resguardam a eficácia de todas as normas que dispõem sobre o patrimônio ou sobre as relações familiares no Direito Civil, a criminalização de condutas lesivas à ordem jurídica tributária não tutela o poder estatal de tributar e os interesses de arrecadação em sua totalidade.

2.3 Salvaguarda dos procedimentos arrecadatários

Uma terceira hipótese explicativa considera que o bem jurídico tutelado pelos crimes de natureza fiscal consistiria nos procedimentos de arrecadação de receitas¹². Sob essa perspectiva, o objeto de proteção penal se volta aos deveres de colaboração, veracidade e transparência do indivíduo perante a autoridade fiscal no que diz respeito à cobrança dos tributos¹³. Dessa forma, os crimes tributários consistiriam em verdadeiro mecanismo de pressão para que os cidadãos venham a cumprir com sua obrigação de pagar os tributos estabelecidos pela lei¹⁴.

¹¹ MACHADO, op. cit., p. 328-333.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2001. p. 218.

¹³ SOUSA, op. cit., p. 281.

¹⁴ GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 599.

Dita perspectiva enfrenta dificuldades semelhantes às apontadas anteriormente. Nesse sentido, ela se mostra pouco convincente na medida em que não permite compreender o que há de especificamente importante na salvaguarda dos procedimentos específicos de arrecadação do fisco em comparação com outras atividades da Administração Pública.

A tese de que os crimes tributários visam a salvaguarda de procedimentos arrecadatórios tampouco reflete a dimensão lesiva necessária para justificar a intervenção específica do Direito Penal, o que se mostra premente ao se considerar que a atividade arrecadatória do Estado já é resguardada por outros meios. Assim, dentre os mecanismos estabelecidos para a proteção dos procedimentos arrecadatórios do fisco, a própria Administração já dispõe da possibilidade de aferição de multas em caso de desvio no pagamento de tributos, além da execução das dívidas tributárias e acessórias. Da mesma maneira, o Direito Penal já prevê a punição das condutas de apropriação, falsidade e corrupção, teoricamente aplicáveis na hipótese de fraude no recolhimento dos valores a serem arrecadados.

Problemática, por fim, é a própria concepção, derivada dessa linha argumentativa, de que os delitos tributários constituem simples atos de desobediência administrativa, o que significaria, em última instância, que o Direito Penal nada mais é do que um mero apêndice do Direito Administrativo Tributário¹⁵.

2.4 Preservação contra a corrupção do sistema tributário

Uma tese alternativa, que permite certa confluência entre as concepções anteriores, é aquela que compreende a importância do erário público não em vista de seu caráter patrimonial simplesmente, mas tendo-se em conta a importância dos tributos numa dada sociedade.

Partindo dessa premissa, alguns setores da doutrina enfatizam a relevância social de se garantir a realização de uma política financeira e fiscal justa do Estado, voltada para o bem comum¹⁶. Sob esse viés, as condutas que afetam a possibilidade de implementação dessa política estatal por meio do boicote à arrecadação constituiriam práticas que atingem “toda uma política econômica social que incide sobre a poupança, o investimento, a distribuição de renda nacional, etc.”¹⁷.

A importância desse raciocínio consiste sobretudo em compreender que os crimes tributários afetam não o Estado enquanto titular de um patrimônio determinado, mas, sim, o próprio interesse público, de toda a sociedade, no sistema de arrecadação dos tributos. Isso, na exata medida em que os cidadãos constituem um Estado com a finalidade de proporcionar e garantir liberdade, justiça e igualdade para todos¹⁸.

¹⁵ Id. *ibid.*, p. 601 e s.

¹⁶ Nesse sentido, PIMENTEL, Manoel Pedro, *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 122; PRADO, Luiz Regis, *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 270; cf., ainda, BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 218 e s.

¹⁷ Id. *ibid.*, p. 219.

¹⁸ DIAS, Fabio Freitas. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias: uma análise à luz da concepção de estado social e democrático de direito. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2006. p. 137 e ss.

Antes de qualquer coisa, portanto, os crimes tributários afetam a própria manutenção do Estado e da sociedade, a qual só é possível na medida em que seus cidadãos contribuam financeiramente para a existência do maquinário público. Tal interesse, por sua vez, deve ser entendido em sentido formal, isto é, independentemente da concordância individual com o destino dos gastos públicos, os quais irão compreender não apenas as tarefas em relação às quais possa haver relativo consenso, como a garantia de saúde e educação para a população, mas também destinações questionáveis do dinheiro público, como o “auxílio-paletó” pago a parlamentares, por exemplo.

Em contrapartida, é preciso ter em mente que embora alguns autores façam referência aos danos sociais concretos causados pelo desvio no pagamento de tributos, como a privação a muitas pessoas de “alimentação, remédios e saneamento básico”¹⁹, em realidade não é esse o tipo de dano que está em jogo nos casos de desvio fraudulento no pagamento dos tributos. Ao menos, não diretamente, pois o que se visa proteger é uma condição anterior e essencial para que a própria discussão sobre a alocação de tais recursos possa ser feita.

Com efeito, para que uma organização estatal subsista é preciso haver um sistema tributário que estabeleça mecanismos de cobrança a fim de arrecadar os montantes necessários para a realização das políticas definidas pela sociedade. Seria, no entanto, um equívoco enxergar o bem jurídico dos crimes tributários como sendo a realização da política fiscal do Estado ou, em sentido semelhante, na própria ordem fiscal ou econômica do país²⁰. Primeiramente, porque essa compreensão não se mostra capaz de explicar o caráter *fraudulento* das lesões envolvidas, já que as políticas fiscal e econômica são atingidas pela simples ausência de pagamento nos tributos, ou seja, condutas que poderiam configurar o mero inadimplemento de dívidas tributárias. Em segundo lugar, o problema dessa perspectiva é que o caráter lesivo das condutas apenas se explicaria na forma de acumulação, uma vez que, isoladamente consideradas, as pequenas quantias de sonegação jamais seriam capazes de atingir a ordem ou a política fiscal de um país.

Em razão disso, se mostra também insuficiente a ideia de que os crimes tributários visam coibir a figura do *free rider*, que pega carona sem pagar pela viagem, ou seja, o sujeito que se beneficia duplamente com a existência do sistema tributário ao auferir as vantagens da organização social sem contribuir na mesma medida que os cumpridores dos deveres tributários²¹. A limitação dessa proposta reside particularmente no fato de que não apenas eventuais criminosos, como também os próprios devedores podem vir a perceber vantagens sobre os demais pagadores. Logo, é forçoso concluir que não é qualquer *free rider* que merece ser objeto das criminalizações tributárias. Em realidade, deveriam sê-lo apenas aqueles caronas que se servem de meios fraudulentos para se beneficiarem.

Dessa sorte, parece fundamental a consideração de que os crimes tributários objetivam proteger a viabilidade econômica da organização social não contra quaisquer condutas que afetem o sistema tributário

¹⁹ Assim a decisão analisada por BITENCOURT, Cezar Roberto; SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 16.

²⁰ SOUSA, op. cit., p. 267-277.

²¹ Essa é a tese defendida por SOUSA, idem, p. 300.

ou o erário público, e sim somente contra os ataques mais lesivos, que por sua vez são aqueles caracterizados como fraudulentos²².

Os crimes tributários oferecem, portanto, uma proteção contra a corrupção da ordem tributária através da proibição de fraudes praticadas contra os seus mecanismos de cobrança. Esse aspecto deve ser frisado, pois o elemento da fraude adquire relevância à medida que a sua prática deteriora as próprias bases de funcionamento do sistema tributário.

A importância da repressão a essas condutas para resguardar as condições de funcionamento do sistema tributário e, em última instância, do próprio Estado, se demonstra mediante a consideração de que, num contexto em que o dever de pagar tributos é facilmente fraudado por todos, ninguém desejará ser o único “tolo” a cumprir com seus deveres. Em contrapartida, perante um devedor que fielmente declara sua dívida, já se sabe desde o início o que fazer para resguardar o patrimônio público.

Logo, os crimes tributários são melhor compreendidos como delitos que têm por objetivo viabilizar lisura e equidade na contribuição financeira dos cidadãos para a existência do Estado e para a manutenção de suas políticas públicas, o que é feito através da garantia da ausência de fraudes no sistema tributário estabelecido pelos próprios membros da comunidade político-jurídica. Criminalizam-se condutas fraudulentas que atingem pressupostos importantes para a existência do Estado e a gestão da máquina pública, bem como a execução das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento social.

Sob esse prisma é possível explicar a configuração de crimes tributários que pertençam tanto à lógica de resultado, com a efetiva redução ou supressão do pagamento do tributo devido, como, ainda, à lógica da criminalização abstrata na ordem dos delitos de falsidade, cada qual com dimensão distinta no que tange à gravidade do injusto. Do mesmo modo, a concepção de que os crimes tributários visam coibir uma erosão das condições de existência da ordem tributária permite que a discussão sobre o bem jurídico protegido adquira uma função crítica na interpretação dos referidos dispositivos penais, a fim de se afastar a interpretação literal de crimes como a apropriação indébita previdenciária, eis que não existe justificativa para a tipificação penal da mera dívida tributária.

Por fim, somente considerando o delito tributário como um desrespeito ao dever de lealdade no que tange à contribuição financeira exigida para a manutenção do Estado e de suas atividades é que outros efeitos negativos secundários da sonegação fiscal são capazes de oferecer razões adicionais para a punição dessas condutas. Dentre tais efeitos são mencionados a deterioração dos setores que deixam de receber os recursos destinados pela arrecadação, a lesão imediata de terceiros, como os empregados que são tolhidos no acesso aos serviços da seguridade social²³, a lesão das empresas que se tornam menos competitivas devido aos gastos tributários, além da lesão dos contribuintes que efetivamente pagam impostos, uma vez que a sonegação pressiona para cima o valor final a ser estabelecido para os tributos²⁴.

²² Acerca da dimensão fraudulenta dos crimes tributários, vide a discussão desenvolvida por SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal tributário: reforço administrativo ou autêntica tutela criminal?* In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Org.). *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 39 e ss.

²³ MACHADO, op. cit., p. 328.

²⁴ Cf. BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO, op. cit., p. 219; SEER, op. cit., n. 20

3. Extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no Brasil

3.1 Arcabouço normativo tradicional: instabilidade, insegurança, ausência de sistematicidade

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no Direito Penal parece ser o aspecto mais sintomático do desequilíbrio atualmente existente entre a lógica arrecadatória do fisco e a racionalidade punitiva do Direito Penal no Brasil.

Até os dias de hoje, um grande número de leis disciplinou a matéria, em geral de maneira esparsa e muitas vezes sem maior consenso acerca do âmbito de incidência de cada uma das mudanças introduzidas.

A história legislativa da extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento do tributo inclui dispositivos tanto na legislação penal especial como no Código Penal, passando por programas de recuperação fiscal do governo, reformas introduzidas por uma lei que define o valor do salário mínimo²⁵, até chegar na mais recente lei de repatriação fiscal²⁶.

Ainda na década de 1960, a Lei 4357/1964 já previa a possibilidade de extinção da punição do agente pelo pagamento do tributo. A legislação, que equiparava a omissão do recolhimento de tributos descontados de terceiros ao crime de apropriação indébita do art. 168 do Código Penal, era bastante flexível no tocante aos requisitos que apresentava. Assim, admitia como hipótese de extinção da punibilidade não apenas o caso de pagamento antes da decisão de primeira instância no procedimento fiscal, como ainda permitia a extinção da punibilidade caso se verificasse que o agente dispunha de crédito superior em comparação ao montante que havia deixado de repassar ao fisco (art. 11, §§ 1º e 2º)²⁷.

Posteriormente, a Lei 4729/1965 instituiu a figura do crime de sonegação fiscal, oportunidade em que adotou regime mais restrito para a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. Naquela ocasião,

²⁵ Lei 12.382, de 25 de fevereiro de 2011.

²⁶ Trata-se da previsão do art. 5º, §1º, da Lei 13.254, de 13 de janeiro de 2016, alterada pela Lei 13.428, de 30 de março de 2017.

²⁷ O desenho da referida regulamentação se justifica mediante a configuração da conduta típica, que praticamente caracteriza o atraso no repasse dos valores devidos ao fisco, conforme se apreende da redação do art. 11 da Lei 4357/64: *Art 11. Inclui-se entre os fatos constitutivos do crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, o não recolhimento, dentro de 90 (noventa) dias do término dos prazos legais:*

a) das importâncias do Imposto de Renda, seus adicionais e empréstimos compulsórios, descontados pelas fontes pagadoras de rendimentos;

b) do valor do Imposto de Consumo indevidamente creditado nos livros de registro de matérias-primas (modelos 21 e 21-A do Regulamento do Imposto de Consumo) e deduzido de recolhimentos quinzenais, referente a notas fiscais que não correspondam a uma efetiva operação de compra e venda ou que tenham sido emitidas em nome de firma ou sociedade inexistente ou fictícia;

c) do valor do Imposto do Selo recebido de terceiros pelos estabelecimentos sujeitos ao regime de verba especial.

§ 1º O fato deixa de ser punível, se o contribuinte ou fonte retentora, recolher os débitos previstos neste artigo antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal.

§ 2º Extingue-se a punibilidade de crime de que trata este artigo, pela existência, à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante a Fazenda Nacional, autarquias federais e sociedade de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhido, executados os créditos restituíveis nos termos da Lei nº 4.155, de 28 de novembro de 1962.

§ 3º Nos casos previstos neste artigo, a ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.

a exclusão da punição pelo crime de sonegação fiscal ocorreria desde que houvesse o recolhimento do tributo em momento prévio à ação fiscal (art. 2º). Pouco tempo depois, o Decreto-Lei 157/1967 alarga o marco temporal para extinção da punibilidade ao dispor sobre os estímulos fiscais para a capitalização de empresas. Com o referido decreto, o pagamento poderia ser feito mesmo após o início da ação fiscal²⁸.

Passadas duas décadas sem mudanças substanciais, o processo de produção legislativa nessa matéria é, então, retomado a partir dos anos 90 e passa a ser intensificado de forma exponencial. Nesse processo, é possível perceber movimentos contrapostos no sentido de ampliação e retração das condições e do marco temporal estipulado para a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo²⁹.

No ano de 1990 há um primeiro alargamento do prazo para a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. A Lei 8137/1990, que estabeleceu os crimes contra a ordem tributária, definiu o marco final como sendo o momento anterior ao recebimento da denúncia na esfera criminal. O dispositivo da Lei 8137/1990 não se aplicava aos crimes da antiga lei de sonegação fiscal, o que resultava em dois marcos temporais distintos para o pagamento³⁰. Porém, apenas um ano depois, em 1991, são revogados os dispositivos que permitiam a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, tanto da lei de sonegação fiscal como dos crimes contra a ordem tributária, sendo suprimida, assim, essa possibilidade do ordenamento jurídico brasileiro³¹.

A ausência de previsão legal para extinguir a punição relativamente aos delitos de natureza tributária perdurou até 1995 com o advento da Lei 9249/1995, uma lei para regulamentação do imposto de renda que restaurou a hipótese anterior, permitindo, novamente, a extinção da punibilidade por tais delitos através do pagamento do tributo, desde que efetuado antes do recebimento da denúncia (art. 34 da Lei 9249/1995)³².

A partir disso, a década dos anos 2000 inaugurou uma série de medidas e reformas que desafiaram qualquer tentativa de sistematização racional sobre a matéria, a começar pelas sucessivas edições do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) e do Programa para parcelamento de débitos tributários (PAES). Ao seguirem interesses estratégicos do governo federal na arrecadação de tributos, as referidas regulamentações passaram a dispor sobre as condições para a extinção da punibilidade nos crimes tributários, fazendo, por vezes, diferenciações quanto ao tipo de tributo envolvido, os tipos de crime, os sujeitos contemplados e os períodos de dívida abarcados³³. Tais distinções, por violarem o princípio da isonomia na esfera criminal, são repelidas pela doutrina no que respeita à possibilidade de se efetuar o

²⁸ O art. 18, *caput*, do Decreto-Lei 157/1967 continha a seguinte redação:

Art. 18. Nos casos de que trata a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-lei nº 62, de 21 de novembro de 1966, ou deste Decreto-lei, ou, não estando julgado o respectivo processo depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade da primeira instância.

²⁹ Veja-se a evolução legislativa detalhada por SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão...* p. 85 e ss.; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 276 e s.

³⁰ Cf. o art. 14 da Lei 8137/1990 em sua redação original.

³¹ Trata-se da Lei 8383/1991, no seu art. 98.

³² O dispositivo em questão se refere aos crimes da Lei 8.137/1990 e da Lei 4.729/1965.

³³ Compare-se o disposto em leis relativamente próximas que versam sobre o parcelamento de dívidas tributárias junto à Receita Federal, tais como a Lei 10522/2002, no art. 14, a Lei 9964/2000, no art. 15, e a Lei 10.684/2003, no art. 9º.

parcelamento para o pagamento do tributo devido, o que gera um movimento de ampliação da hipótese no sentido de abarcar a todos os agentes, todas as espécies de tributo e os delitos de natureza fiscal que não foram inicialmente contemplados pela legislação em apreço³⁴.

Depois, outra quebra sistemática é instituída com a criação dos crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP) e de supressão ou redução de contribuição previdenciária (art. 337-A, CP), de maneira que, ainda nos anos 2000, se estabelecem três regimes distintos para a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, quais sejam: (i) o pagamento antes do recebimento da denúncia, para os crimes contra a ordem tributária (art. 34 da Lei 9249/1995); (ii) o pagamento antes do início da ação fiscal para crime do art. 168-A, CP; (iii) e a ausência de necessidade do pagamento do tributo, bastando a confissão do agente, desde que em momento anterior à ação fiscal relativamente ao delito previsto no art. 337-A, CP³⁵.

Essa disparidade deu ensejo à defesa de aplicação analógica desses dispositivos entre si, como, por exemplo, a noção de que o pagamento posterior ao início da ação fiscal, nos termos do art. 34 da Lei 9249/1995, deveria extinguir a punibilidade de ambos os delitos do Código Penal, isto é, a apropriação indébita previdenciária (art. 168-A) e a redução ou supressão do tributo (art. 337-A). Ademais, passou-se a defender que a confissão espontânea antes da ação fiscal que caracteriza a situação do crime do art. 337-A, CP deveria se aplicar igualmente ao caso da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, CP)³⁶.

Atualmente, vige para os crimes da Lei 8.137/1990 e dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal o estabelecido pela Lei 12382/2011³⁷, que definiu como referência para a formalização do pedido de parcelamento do tributo sonegado o momento prévio ao recebimento da denúncia criminal. Em meio a esse emaranhado normativo, advoga-se, por fim, o reconhecimento do instituto da extinção da punibilidade também para o crime de descaminho (art. 334, CP)³⁸.

3.2 A Lei de Repatriação de Ativos: novo paradigma de interação entre a política fiscal e a política criminal no país?

Mais recentemente, o governo federal se empenhou na edição de medidas arrecadatórias que inauguram um modelo mais integrado no sentido de utilizar o Direito Penal como meio de obter recursos mantidos no exterior ou repatriados de forma irregular por domiciliados no país. Trata-se da Lei de Repatriação de Ativos, editada em 2016 e modificada no ano de 2017 pela Lei 13.428, que ampliou o período abarcado pelas benesses da lei.

³⁴ Nesse sentido, vide a crítica desenvolvida por QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Extinção da punibilidade e suspensão da pretensão punitiva nos crimes contra a ordem tributária: os efeitos penais do pagamento e do parcelamento. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Org.). *Direito penal tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 146-148; PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Análise do Caso Concreto: Lei nº 10.522/2002 e a impossibilidade de parcelar débitos de IRRF. In: TANGERINO; GARCIA, idem, p. 311 e s.

³⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Exclusão...* p. 88 e s.

³⁶ Veja-se SCHMIDT, ibidem, p. 111 e ss.

³⁷ A Lei 12382/2011 estabeleceu uma reforma na Lei 9430/1996, introduzindo a referida disposição com a criação do § 2º no art. 83 da Lei 9430/1996.

³⁸ Nesse sentido, ROSENTHAL, Sérgio. *A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no descaminho*. São Paulo: Nacional, 1999. p. 33 e ss.; ARAÚJO, op. cit., p. 987; GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2015. p. 1130. Acerca de posicionamentos contrários na jurisprudência, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2143, 2153-2155.

Para o propósito de avaliar o equilíbrio entre os interesses fiscais e político-criminais em matéria tributária, a referida legislação merece análise, inicialmente, porque estende o momento para a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, que passa a ser aceito mesmo depois de recebida a denúncia, desde que seja feito antes da decisão de mérito no processo criminal (art. 5º, §1º da Lei 13.254/2016).

Note-se não haver aqui uma nova regra que possa ser incluída no arcabouço legislativo geral sobre a matéria, uma vez que a regulamentação em apreço estabelece verdadeira situação de anistia penal ao restringir a hipótese de extinção da punibilidade aos crimes praticados somente até a data estipulada para a adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – no caso, dia 30 de junho de 2016, nos termos do art. 2º da Lei 13.428/2017.

Em que pese o potencial desestabilizador que possa vir a representar eventual adoção de reedição sistemática dessas medidas no futuro, é uma segunda peculiaridade da Lei de Repatriação que chama atenção especial para o problema de interação entre a política fiscal e a política criminal do Estado brasileiro. Isso porque o instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo está integrado a um conjunto de delitos que deixam de ser puníveis para os indivíduos que adiram ao regime de regularização tributária.

Nos termos do art. 5º da Lei 13.254/2016, o cumprimento das condições impostas pelo programa de repatriação de ativos implica a perda do direito de persecução criminal não apenas em face aos crimes de sonegação de tributos e contribuições sociais (arts. 1º e 2º, I, II e V, da Lei 8.137/90; art. 1º da Lei 4.729/65; art. 337-A do CP), como, ainda, em razão dos crimes de falsidade (arts. 297-299 e art. 304 do CP), evasão de divisas e manutenção de depósito não declarado no exterior (art. 22 da Lei 7.492/86), além da lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98)³⁹.

Assim, o que a Lei de Repatriação permite é que a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, por meio da regularização tributária, seja acompanhada da extinção da punibilidade de uma série de outros delitos cuja potencial punição inibiria uma autodenúncia espontânea por parte do agente.

Nesse tocante, a Lei de Repatriação oferece um contraponto importante em relação a estratégias acusatórias dos órgãos de persecução penal que atrelam, por exemplo, os tipos de associação criminosa aos crimes tributários no intuito de mover adiante a persecução criminal apesar do pagamento do tributo, o que não deixa de representar uma forma de contornar o benefício oferecido pelo instituto da extinção da punibilidade nos termos do art. 34 da Lei 9249/1995⁴⁰.

Por fim, vale a pena ressaltar o fato de que a própria noção de integrar a temática da lesão à ordem tributária com a lesão à ordem financeira oferece uma mudança de paradigma quando se compara ao tratamento isolado da questão tributária, como sempre foi feito. Ao invés de lidar exclusivamente com o problema tributário, favorece-se a busca de instrumentos que maximizem as possibilidades de arrecadação pelo fisco ao estimular o interesse do particular em cooperar com a Administração Pública nesse sentido⁴¹.

Longe de demonstrar simples atropelo da política criminal pela política fiscal, esse movimento parece oferecer, em realidade, um elemento de segurança jurídica que não deve ser desprezado, através do qual

³⁹ É o que foi determinado nos termos do art. 5, § 1º da Lei 13.254/16.

⁴⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 293 e s.

⁴¹ Nesse sentido, *idem*, *ibidem*, p. 295.

se oferece maior confiança ao particular que decide confessar às autoridades brasileiras os ilícitos praticados por ele.

4. Autodenúncia x recolhimento de tributos

4.1 Desenho institucional

Como se viu, o conjunto de regras que definem a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes de natureza tributária carece de maior sistematicidade e coerência em nosso país.

Em relação ao instituto brasileiro, algumas críticas substanciais são endereçadas à sua formatação atual. Sobretudo, questiona-se a verdadeira lógica por trás dos critérios estabelecidos na lei. No discurso público, alega-se a sensação de impunidade perante o fato de que o cálculo custo-benefício entre o correto pagamento do tributo e a sua sonegação criminosa pende sempre em favor do crime, economicamente mais vantajoso para o agente na medida em que, uma vez descoberto, pode ele se adiantar na compensação do tributo devido sem qualquer risco de prisão⁴².

Nesse tocante, cumpre refletir sobre a possibilidade de desenhos institucionais alternativos, que eventualmente permitam uma relação mais equilibrada entre os interesses arrecadatários do fisco e uma racionalidade punitiva que se mostre minimamente aceitável para os crimes de natureza tributária.

Assim, cabe observar que os critérios previstos no ordenamento brasileiro para extinção da punibilidade se distanciam bastante da lógica adotada por outros países⁴³. Talvez o exemplo mais significativo a esse respeito seja a experiência alemã, que prevê a hipótese de extinção da punibilidade pela autodenúncia do agente nos termos do § 371 do Código Tributário Nacional alemão, a “*Abgabenordnung*”⁴⁴.

Diferentemente da opção legislativa no Brasil, o modelo para extinção da punibilidade na Alemanha se aproxima mais do que seria um acordo de leniência, no qual é preciso colaborar com as autoridades para o esclarecimento dos crimes praticados. Nesse sentido, a validade da autodenúncia é condicionada ao critério da espontaneidade, em relação à qual se entende ser necessário o desconhecimento dos fatos revelados por parte das autoridades fiscais, embora não se exija a completa ignorância de indícios relevantes por parte dos órgãos de fiscalização ou de persecução criminal⁴⁵.

⁴² Por esta razão, soa até otimista o diagnóstico realizado por BUONICORE, Bruno Tadeu; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Crimes tributários e criminologia: uma análise da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 71, p. 31 e s., dez./jan. 2012;. quando afirmam que a seleção dos sonegadores pelo sistema penal oferece a aparência de igualdade, com o efeito consequente de reforçar a legitimidade do Direito Penal. A nosso ver, a percepção desses casos não chega à maioria da população, circulando apenas entre os indivíduos, mais diretamente com o tratamento punitivo dessas práticas. Estes, porém, possuem plena ciência da desigualdade da resposta existente para um crime de apropriação indébita previdenciária em comparação com um furto, por exemplo.

⁴³ A esse respeito, RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 143 e s.

⁴⁴ Uma discussão sobre esse dispositivo é feita por RIOS, *ibidem*, p. 138 e ss.

⁴⁵ SEER, *op. cit.*, n. 54-64; JÄGER, Markus. AO § 371 - Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung. In: KLEIN, Franz; ORLOPP, Gerd. *Abgabenordnung, einschließlich Steuerstrafrecht*. 10. Auflage. Beck: München, 2009, § 371 nm. 5, 18-20.

Em comparação com a regulação da leniência em nosso país, a regulamentação alemã oferece maior segurança na medida em que o § 371 explicita (de modo mais detalhado desde 2015) as situações em que a autodenúncia não é aceita no propósito de se abdicar completamente da pena. Dentre essas hipóteses cabe mencionar o recebimento de uma notificação da autoridade fiscal com a finalidade de executar investigações no estabelecimento, assim como a ciência, por parte do infrator, de que os fatos delitivos são objeto de ação fiscal ou criminal.

A esse respeito, o próprio art. 138 do Código Tributário Nacional brasileiro oferece parâmetros para a espontaneidade da autodenúncia no âmbito exclusivamente tributário. De maneira mais sucinta que o dispositivo alemão mencionado, estabelece o art. 138 do CTN no parágrafo único que não se considera espontânea a denúncia da infração fiscal quando tenha havido “qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração”⁴⁶.

Dessa forma, o que está por trás da ideia de autodenúncia é a necessidade de indicar os crimes e as informações criminalmente relevantes antes de sua (provável) descoberta pelas autoridades, estabelecendo-se, então, um comportamento colaborativo autêntico por parte do sonegador fiscal⁴⁷.

Deslocando-se o eixo para o modelo da autodenúncia, passa, então, a fazer sentido uma extensão do perdão judicial a outros crimes correlatos que estejam intimamente ligados com a sonegação do tributo, como os crimes de falsidade, a evasão de divisas e a associação criminosa, por exemplo. A partir disso, o paradigma oferecido pela Lei de Repatriação parece merecer atenção como parâmetro no intento de promover um redesenho da extinção da punibilidade pelos crimes tributários no Brasil.

4.2 Legitimação: equilíbrio entre a política fiscal e a política criminal na proteção do bem jurídico

O que se pôde perceber até aqui é que o modelo de extinção da punibilidade baseado na lógica de recolhimento do tributo se caracteriza duplamente por não oferecer nem estímulo para o cumprimento da norma penal que proíbe a sonegação, nem tampouco motivar o sonegador para que colabore com as autoridades na investigação dos crimes praticados por ele ou no âmbito de sua empresa. Com isso, o atual desenho da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no Brasil se notabiliza por um descompasso na composição entre a reabilitação do sonegador fiscal e a capacidade de detecção dos crimes tributários por parte das autoridades fiscais e criminais⁴⁸.

No entanto, não parece descabido indagar se essa assimetria em favor da política fiscal seria de todo indesejável. Afinal, em tempos de crise econômica, considerações de cunho dogmático não deveriam oferecer obstáculo para a redução do déficit fiscal no país. Em outras palavras: ganha-se alguma coisa com a reforma do modelo brasileiro de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo?

A pergunta merece por si só uma complexa pesquisa de caráter empírico, que se proponha a medir a eficiência do sistema penal-tributário no Brasil. Todavia, é fundamental perceber que uma medição dessa natureza será definida pelo modo como se enxerga a relação entre a pena e a proteção de bens jurídicos

⁴⁶ Questiona-se na doutrina tributária, contudo, a possibilidade de “interromper-se” a espontaneidade pela falta de prosseguimento com o procedimento administrativo fiscalizador. Cf. a respeito, SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 694 e s.

⁴⁷ Sobre o conceito de verdade autêntica como objeto de colaboração do criminoso com os órgãos de persecução penal, vide SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 309.

⁴⁸ A respeito da referida dinâmica, SILVEIRA; SAAD-DINIZ, op. cit., p. 305.

pelo Direito Penal. Além disso, qualquer ponderação sobre as vantagens e desvantagens do atual sistema penal-tributário depende, igualmente, de como se define o bem jurídico a ser protegido por esses delitos.

Nesse sentido, a relação entre o instituto da extinção da punibilidade e a proteção do bem jurídico nos crimes tributários pode ser vista sob duas óticas distintas. Sob uma perspectiva interna da racionalidade punitiva, parece forçoso reconhecer que, independentemente de uma definição acerca do bem jurídico tutelado por tais delitos, a própria eficácia das normas de comportamento penal acaba sendo comprometida a longo prazo por um modelo baseado no pagamento e não na autodenúncia colaborativa.

Ou seja: a possibilidade de pagamento do tributo como condição para extinção da punibilidade após a descoberta do crime por parte dos órgãos públicos competentes faz com que a proibição penal perca nesse caso qualquer suporte coercitivo para servir como orientação de conduta. Logo, quer se compreenda a pena no sentido da prevenção negativa, quer no sentido geral-positivo, fica patente o fato de que quaisquer intentos de prevenção acabam prejudicados pelo modelo atualmente adotado no Brasil.

Por outro lado, desde uma ótica externa à racionalidade punitiva, vale dizer, para além da necessidade de proteção da vigência da norma de comportamento através da pena, a avaliação sobre a vantagem ou a desvantagem do modelo brasileiro será relativa à compreensão que se tenha sobre o bem jurídico protegido nesses casos.

Dessa forma, haveria de se considerar de todo modo deletéria para o bem jurídico a possibilidade indiscriminada de extinção da punibilidade pelo recolhimento do tributo caso este seja compreendido como a salvaguarda dos procedimentos arrecadatórios⁴⁹ ou a preservação contra a corrupção do sistema tributário⁵⁰. Isso porque o mero pagamento dos valores devidos não é capaz de recompor o sistema de arrecadação perante as lesões sofridas, da mesma maneira que não reconstitui a erosão causada nas próprias condições de funcionamento do sistema.

Em contrapartida, o mesmo não se pode afirmar quando se parte da ideia de que os crimes tributários protegem bens jurídicos como a eficácia das normas tributárias⁵¹ ou o patrimônio público⁵². Sobretudo em relação às teorias patrimonialistas do bem jurídico nos crimes tributários, qualquer estímulo para o pagamento do tributo, ainda que se esteja diante de um processo criminal em vias de conclusão desfavorável ao agente, já se mostraria vantajoso por permitir uma recomposição mais célere do erário público. Com efeito, é questionável se essa tese se sustenta em uma perspectiva de longo prazo. Entretanto, apresentar essa dúvida já significa sair do viés patrimonial e admitir a necessidade de outra fundamentação para os delitos em apreço.

De qualquer modo, preocupações que se situam na ordem da prevenção de condutas lesivas através da pena levam à conclusão de que um sistema sustentável de proteção da ordem tributária deve se abster de anistias recorrentes, as quais deveriam se limitar a ocasiões excepcionais. Tal conclusão se justifica não apenas diante de ponderações pragmáticas a respeito da capacidade preventiva do sistema punitivo, como, ademais, em face da própria necessidade de legitimar um sistema especial de exclusão da punibilidade no Direito Penal, sobretudo no caso de lesões com importantes consequências sociais como os crimes que se situam no âmbito do Direito Penal Tributário.

⁴⁹ Veja-se o item 2.3 acima.

⁵⁰ Veja-se o item 2.4 acima.

⁵¹ Veja-se o item 2.2 acima.

⁵² Veja-se o item 2.1 acima.

Assim, se o desenho institucional brasileiro para extinção da punibilidade nos crimes tributários enfrenta problemas de legitimação, porque reduz o papel do sistema criminal a mero apêndice arrecadatório⁵³, um modelo de autodenúncia colaborativa viabiliza uma solução de equilíbrio entre as políticas fiscal e criminal em que se favorece a arrecadação do fisco ao mesmo tempo que se resguarda a integridade do sistema de contribuição tributária. Isso ocorre na exata medida em que a razão para se aceitar a autodenúncia consiste na demonstração de uma conduta de fidelidade ao direito por parte do indivíduo que reconhece e instrui as autoridades sobre a prática criminosa, permitindo, como efeito secundário, a compensação do dano fiscal⁵⁴.

Essa inversão de parâmetros faz com que o pagamento da multa e dos tributos devidos seja interpretada agora como comprovação da fidelidade do sujeito ao ordenamento jurídico, já demonstrada em momento anterior pela via da colaboração para a descoberta dos crimes praticados, e não como causa de uma benesse que facilita uma arrecadação fiscal por vias outras que a necessária execução das dívidas tributárias.

Dessa sorte, a autodenúncia se apresenta como meio de reestabelecer a confiança quebrada por meio da fraude ao sistema tributário praticada pelo indivíduo, representando um arrependimento que permite alinhar a extinção da punibilidade com a finalidade da prevenção geral positiva da pena. Por outro lado, racionalidades penais de prevenção em sentido negativo são resguardadas quando se considera que a motivação da autodenúncia reside exatamente no medo do criminoso de ser descoberto pelos órgãos de persecução penal.

5. Conclusão

Uma breve avaliação sobre o atual conjunto de regras para extinção da punibilidade nos crimes tributários no Brasil indica a necessidade de reformulação no sentido de reequilibrar a relação tormentosa entre a lógica arrecadatória e a racionalidade punitiva que se estabeleceu nos últimos anos. Nesse tocante, dois aspectos ressaltaram na análise proposta pelo presente estudo: a ausência de coerência e sistematicidade na legislação existente, além das dificuldades de justificação que enfrentam os critérios definidos pela lei para a exclusão da punibilidade nesses casos.

Embora não pareça tão óbvia a constatação sobre essas dificuldades desde uma perspectiva segundo a qual os crimes tributários devem servir ao propósito de recompor o erário público ou proteger a vigência das normas tributárias, salta aos olhos a inconsistência do modelo brasileiro quando se toma em consideração a função preventiva da pena nesse contexto.

Em contrapartida, a proposta de reforma a fim de se adotar o modelo de autodenúncia, como é feito em outros países, oferece uma alternativa viável para substituir o mero pagamento de tributos e multas relativos a fraudes cuja existência já se fez conhecida para as autoridades. Em seu lugar, sugere-se a adoção de uma lógica colaborativa, que permite a descoberta de novos crimes e incrementa a capacidade investigativa dos órgãos de persecução penal e fiscal. Esse giro se mostra importante sobretudo diante do propósito de proteção expressado pela criminalização das fraudes contra o sistema tributário.

⁵³ Cf. a crítica de RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 144 e s. Constatação semelhante é feita por SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal...* op. cit., p. 34.

⁵⁴ Nesse sentido, SEER, op. cit., n. 55.

CULPABILIDADE E LIBERDADE EM DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA PERSPECTIVA DE FIGUEIREDO DIAS

CULPABILITY AND FREEDOM IN CRIMINAL LAW: A CRITICAL ANALYSIS OF THE PERSPECTIVE OF FIGUEIREDO DIAS

BRUNO TADEU BUONICORE

Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Frankfurt .
Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Pesquisador visitante junto ao Max-Planck- Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Instituto Max Planck para Direito Penal Estrangeiro e Internacional) – Alemanha.
Advogado. bruno.buonicore@gmail.com

RESUMO: O objeto do presente artigo é a perspectiva de Figueiredo Dias sobre a culpabilidade jurídico-penal e a liberdade individual que a fundamenta. O objetivo é traçar uma análise crítica de tal perspectiva, sustentando ao fim que a concepção ontológico-filosófica de Figueiredo Dias sobre a liberdade individual provoca uma tripla aporia para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Culpabilidade. Fundamentos. Liberdade. Figueiredo Dias.

ABSTRACT: The purpose of this article is Figueiredo Dias's perspective on the criminal-legal culpability and the individual freedom that underlies it. The objective is to draw a critical analysis of this perspective, holding to the end that the ontological-philosophical conception of Figueiredo Dias on individual freedom provokes a triple aporia for the foundation of criminal-legal culpability.

KEY-WORDS: Criminal Law; Culpability; Fundaments; Freedom; Figueiredo Dias

SUMÁRIO: I Introdução II Liberdade e culpabilidade em Figueiredo Dias II – A) Liberdade pessoal e culpabilidade pela personalidade II – B) A tripla aporia da proposta de Figueiredo Dias; III Breve conclusão

I. Introdução

O objeto do presente artigo é a perspectiva de Figueiredo Dias sobre a culpabilidade jurídico-penal e a liberdade individual que a fundamenta. O objetivo é traçar uma análise crítica de tal perspectiva, sustentando ao fim que a concepção ontológico-filosófica de Figueiredo Dias sobre a liberdade individual provoca uma tripla aporia para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. Assim como ocorre com a concepção finalista da liberdade da vontade de Welzel, o ontológico *poder-de-agir-de-outra-maneira*, a capacidade para o ilícito do agente (*poder-para-o-ilícito*) encontra uma barreira epistemológica intransponível na proposta ontológico-filosófica de Figueiredo Dias, não se deixando verificar empiricamente – *déficit de verificabilidade*. Além disso, a proposta de Figueiredo Dias desagua em uma perigosa noção de Direito Penal do autor e de instrumentalização funcional da liberdade individual.

Desse modo, pode-se dizer que a proposta enfraquece a culpabilidade jurídico-penal como centro normativo autônomo de legitimidade e limites da intervenção criminal no Estado Democrático de Direito, não superando a aporia finalista.

II. Liberdade e culpabilidade em Figueiredo Dias

O Professor Emérito da Universidade de Coimbra Figueiredo Dias oferece em sua Monografia *Liberdade, Culpa, Direito Penal* uma proposta original que, partindo de uma concepção ontológica, se propõe a analisar o eixo central que representa o objeto deste artigo: liberdade individual/culpabilidade. Os principais objetivos que motivam tal proposta do autor são: (1) o resgate da dimensão ética da culpabilidade; (2) a busca por uma alternativa para a liberdade da vontade que se afaste da concepção naturalista; (3) o desenvolvimento de um fundamento ontológico para a liberdade que, apesar de encontrar suas raízes na metafísica, atravesse o homem concreto; (4) o estabelecimento do conceito de *personalidade global* como mediador normativo entre o plano abstrato (metafísico) e o plano concreto (empírico); (5) a pressuposição de um conceito normativo de culpabilidade jurídico-penal que atenda às necessidades funcionais (político-criminais) e delas retire o seu norte e medida valorativa.¹

II A) Liberdade pessoal e culpabilidade pela personalidade

Munido do objetivo principal de resgatar o momento ético da culpabilidade, sem cair na aporia do finalismo de Welzel, Figueiredo Dias se questiona sobre em que medida seria possível fundamentar a dimensão ética da censura jurídico-penal, que não se separa da possibilidade da autodeterminação individual, em um plano diverso da liberdade da vontade – diverso do *poder-de-agir-de-outra-maneira*.² Figueiredo Dias reivindica uma resposta positiva para tal questionamento. Por meio da teoria da liberdade pessoal, o autor vai buscar a fundamentação ética da culpabilidade, sempre ligada à liberdade, em um plano ontológico-existencial.³ A liberdade da vontade welzeniana é substituída, nesse quadro teórico, pela liberdade pessoal do *ser total* que age, por meio de sua personalidade, no mundo concreto. Dessa maneira, a censura jurídico-penal deverá recair sobre um particular *dever ser* existencial ligado à personalidade do agente que fundamenta o fato.⁴

Segundo a doutrina da liberdade pessoal, a teoria da liberdade da vontade não supera as aporias próprias do conteúdo material da culpabilidade por estar presa a uma concepção de liberdade que encontra suas raízes no plano concreto.⁵ Na construção teórica de Figueiredo Dias, a liberdade que a culpabilidade pressupõe como fundamento não pode ser encontrada no plano da vontade concreta – que se liga

¹ Sobre a teoria de Figueiredo Dias, em suas linhas gerais, conferir: AMBOS, Kai. *Freiheit im Sein als Teil der Persönlichkeit und Grundlage strafrechtlicher Schuld*. Zur Schuldlehre von Jorge de Figueiredo Dias. GA 156, 2009. p. 561 ss.

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal parte geral: questões fundamentais à doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 522; Idem. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 237.

³ Idem, ibidem, p. 155-156.

⁴ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 517; Idem, *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 234 ss.

⁵ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 117; AMBOS, op. cit., p. 561 ss.

diretamente ao ilícito-típico no mundo. O problema da liberdade do homem se encontra nesse contexto para além da questão da liberdade da vontade. Não se trata de saber se o homem poderia ter agido de outra maneira na situação concreta, no plano de sua vontade; trata-se muito mais de reivindicar a liberdade pessoal do homem como *ser total* que age no mundo.⁶ A liberdade individual deve ser encarada como uma característica irrenunciável da existência humana; e seu desdobramento ético deve ser buscado em um plano antropológico-existencial.⁷ A base meta-dogmática que sustenta a teoria da liberdade pessoal de Figueiredo Dias é toda construída sobre o dualismo milenar entre realidade sensível (plano empírico) e realidade inteligível (plano metafísico-abstrato).⁸ A partir desse horizonte teórico, o autor defende que o fundamento material da censura jurídico-penal deve estar em uma dimensão que transcende a manifestação volitiva concreta, deve estar no *ser total* que age e que chama para si a responsabilidade pelo ilícito-típico.⁹

Para tanto, o autor dialoga com as construções filosóficas de Platão, Kant, Schopenhauer e Bergson.¹⁰ Da filosofia clássica de Platão, retira a ideia de autonomia da personalidade humana¹¹ e de capacidade de decisão livre pela própria existência.¹² Platão propôs uma nova via para o ser humano ao romper com a moral popular grega anterior. Se antes o responsável pelo desvalor das ações humanas era Zeus ou o destino, a partir da construção platônica do mito de *Er*,¹³ o homem passa a ser o responsável pelas escolhas livres que recaem sobre sua própria existência. Embora Figueiredo Dias tenha retirado da obra do filósofo clássico a capacidade do homem se decidir sobre si mesmo, bem como a noção de responsabilidade pelo que o ser humano é do ponto de vista da eticidade, os apontamentos de Platão não esclarecem as referências das decisões originárias do homem no mundo empírico, sendo insuficientes para o caminho dualista que Figueiredo Dias pretende traçar.¹⁴

O autor avança então para a filosofia de Kant.¹⁵ No paradigma filosófico de Kant, a contraposição entre a dimensão empírico-sensível e a dimensão inteligível-racional é muito clara. Ao mundo naturalístico contrapõe-se a razão pura, que é independente da experiência e que vai fundamentar a essência do homem.¹⁶ A partir dessa proposição filosófica, Figueiredo Dias apresenta o pensamento

⁶ As palavras de Figueiredo Dias: “(...) pois se o homem for, segundo a sua essência, livre, torna-se imediatamente pensável uma culpa como culpa da pessoa; e se o fato ilícito-típico puder ver-se, por seu lado, como fato de uma pessoa, torna-se imediatamente pensável que a culpa jurídico-penal seja dada, materialmente, como culpa da pessoa.” (FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 118.)

⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 517 e p. 524; FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 118.

⁸ AMBOS, op. cit., p. 562.

⁹ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 118-119.

¹⁰ AMBOS, op. cit., p. 562-563.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 119.

¹² AMBOS, op. cit., p. 562-563.

¹³ PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Círculo do Livro 1997. p. 356 ss.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 120-121.

¹⁵ AMBOS, op. cit., p. 562.

¹⁶ Sobre isso ver: PATON, Herbert James. *Kants Metaphysik der Erfahrung*. In: MALTER, Rudolf; KOPPER, Joachim (Org.). *Materialien zu – Kants Kritik der reinen Vernunft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1975. p. 134-172.

de Kant de que a liberdade residiria no mundo inteligível,¹⁷ em um espaço atemporal em que a essência conformadora do homem é a condição de todas as manifestações temporais no mundo sensível.¹⁸ Com base nessa construção, a ação, ainda que ligada a mecanismos de ordem natural, poderia ser objeto de censura, uma vez que sua atribuição recairia sobre a dimensão inteligível do autor – independente do plano natural.¹⁹

Ocorre que, nesse ponto, Figueiredo Dias reconhece os limites da teoria kantiana na formulação de um conceito material de culpabilidade jurídico-penal.²⁰ A liberdade, na teoria kantiana, encontra-se em um espaço metafísico estanque do mundo empírico, constatação que representa para Figueiredo Dias uma barreira para sua valoração jurídico-penal.²¹ O autor aponta que, ao reconduzir a responsabilidade do homem para o plano inteligível das exigências do imperativo categórico, a teoria da liberdade de Kant apresenta uma insuficiência, na medida em que um juízo de censura jurídico-penalmente relevante só pode encontrar sua razão de ser no homem concreto que age no mundo empírico.²² Para sustentar uma dimensão ética da liberdade ligada ao homem concreto, Figueiredo Dias anuncia o abandono da ideia kantiana de que o ser humano seria um cidadão de dois mundos estanques.²³ Assim, busca alinhar uma definitiva ponte de contato entre o mundo inteligível-abstrato e o mundo empírico-sensível.²⁴

De acordo com o autor, para que a liberdade inteligível, residente no mundo racional, possa apresentar um efeito empírico, no mundo sensível, seria preciso que ela estivesse enraizada no homem fático, na existência concreta. O caráter inteligível não deverá ser mais um elemento que está para além da ação empírica, anterior a ela e fora do tempo, mas uma realidade penetrante no existir histórico do homem.²⁵

Nessa operação em que o plano inteligível impregna o plano sensível com sua liberdade transcendental, tornando-se o seu fundamento, Figueiredo Dias vai buscar o desenvolvimento da teoria kantiana em Schopenhauer. Deste filósofo, o autor da doutrina da liberdade pessoal vai retirar a proposição de que o pensamento do *ser* é o motivo da ação, de modo que o anunciado efeito do mundo transcendental no mundo sensível seria fundamentado pela ideia de que a ação é a exteriorização empírica do *ser* inteligível.²⁶

Apesar de admitir que o acesso ao problema da liberdade humana apresenta-se de forma mais correta em Schopenhauer do que em Kant, Figueiredo Dias não se mostra ainda satisfeito. Embora compartilhe a ideia de que a ação é uma manifestação empírica da liberdade inteligível, que nasce na consciência

¹⁷ Sobre isso, ver: GUYER, Paul. *Kant and the experience of freedom*. New York: Cambridge Press, 1996. p. 27 ss.

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 122.

¹⁹ Idem, *ibidem*. p. 123.

²⁰ Id., *ibid.* p. 126.

²¹ AMBOS, *op. cit.*, p. 562 ss.

²² FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 124-126.

²³ PATON, *op. cit.*, p. 134-172.

²⁴ Nas palavras do autor: “(...) uma liberdade real só se torna compreensível porque se viu no fenômeno da ação, no caráter empírico, um efeito do caráter inteligível e de sua liberdade.” (FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 124-126.)

²⁵ Id., *ibid.* p. 124-127.

²⁶ Id., *ibid.* p. 127-128; AMBOS, *op. cit.*, p. 563.

humana como reconhecimento de sua possibilidade de vontade, o autor chama a atenção para o fato de que em Schopenhauer a liberdade continua em um estágio pré-individual do *ser*, um espaço que fundamenta o empírico, mas permanece dele apartado.²⁷

Por essa razão, na concepção de Figueiredo Dias, a liberdade como trabalhada em Schopenhauer não se mostra apta, ainda, a fundamentar a culpabilidade jurídico-penal.²⁸ Em que pese parecer não haver dúvidas para o autor de que a liberdade encontra o seu fundamento na essência ontológica da existência humana,²⁹ sua investigação se orienta sempre no sentido de buscar um atravessamento dessa liberdade, vinda do plano inteligível, no homem concreto, possibilitando assim a procurada sustentação material da culpabilidade jurídico-penal.³⁰

Ainda no caminho de encontrar a fundamentação da liberdade pessoal, Figueiredo Dias recorre às determinações de Bergson. Tal autor concebe a liberdade humana como um fenômeno da *personalidade global*, da alma *toda-inteira*. A origem das ações empíricas estaria em nossa alma total, ao passo em que somos livres quando nossos atos emanam de nossa *personalidade global* e a refletem. É a partir da ideia nuclear de que existiria uma correspondência entre o fato (ilícito-típico) e a personalidade que Figueiredo Dias vai traçar as delimitações da doutrina da liberdade pessoal como fundamento da culpabilidade.³¹

Na busca por uma liberdade que encontre seu fundamento no plano ontológico (“o lugar da liberdade vem a cobrir-se com a mais radical e originária das realidades: o existir humano”),³² mas que seja capaz de se manifestar no mundo empírico, o conceito de *personalidade global* se torna protagonista na construção da teoria da liberdade pessoal.³³ Para que a essência da liberdade viesse a impregnar a concreta existência humana, deixando para trás a ideia de uma liberdade puramente inteligível, seria preciso abandonar a concepção de homem abstrato e fundamentar o atravessamento da liberdade ontológica no homem concreto, que é capaz de se realizar na existência empírica.³⁴ Uma teoria positiva da liberdade individual somente poderia ser construída a partir de uma fundamentação onto-antropológica, no sentido proposto por Figueiredo Dias de costurar uma ligação entre as duas dimensões trabalhadas.³⁵ É precisamente nesse ponto que entra a noção de *personalidade global*. A complexa personalidade do homem, ou *personalidade global*, seria para o autor o mediador necessário entre a dimensão ontológico-fundante e a dimensão empírico-fundamentada do homem que se realiza no mundo fático.³⁶

²⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 129-130.

²⁸ AMBOS, op. cit., p. 563 ss.

²⁹ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 136.

³⁰ AMBOS, op. cit. p. 561 ss; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade...* p. 135.

³¹ AMBOS, op. cit., p. 564; FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade ...* p. 132-133.

³² Id. *ibid.*, p. 136.

³³ Sobre a centralidade do conceito de personalidade, conferir: FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 143-147 e p. 164.

³⁴ Idem, *ibidem*. p. 146-147.

³⁵ Id., *ibid.* p. 139.

³⁶ AMBOS, op. cit., p. 566 ss.

A liberdade individual positiva estaria, portanto, na teoria da liberdade pessoal, na possibilidade de decisão do homem sobre si mesmo. A escolha de uma ação concreta no mundo empírico seria resultado de uma decisão prévia do homem sobre o seu próprio *ser* e sentido, na dimensão de sua essência.³⁷ Da opção fundamental, prévia, pelo seu próprio *ser* e sentido, surgiria a liberdade pessoal do homem concreto que age de determinada maneira porque ele é como é.³⁸ A liberdade ontológica se ligaria, assim, a uma decisão do homem sobre si para, então, manifestar-se posteriormente no fato. Desse modo, Figueiredo Dias cinde uma liberdade ontológica e uma liberdade concreta, sendo que o espaço existencial de ligação entre ambas é a *personalidade global* do homem.³⁹

Sendo assim, considerando que a liberdade do homem que se realiza no mundo empírico se liga à liberdade ontológica por meio de uma decisão fundamental do ser humano sobre sua própria essência,⁴⁰ a *personalidade global* configurar-se-ia como o substrato material que deriva dessa decisão e intermedeia a ação concreta.⁴¹ A partir disso, é sobre a *personalidade global* que deve recair a culpabilidade jurídico-penal. Na qualidade de elemento que liga a decisão sobre si mesmo ao fato, a personalidade do agente fundamenta o ilícito-típico e atrai para si a censura jurídico-penal. O desdobramento dogmático da doutrina da liberdade pessoal de Figueiredo Dias é claro no sentido de que culpabilidade é, materialmente, o ter que responder pela *personalidade global* que se realiza no ilícito-típico, ao passo em que *eu* determino a minha ação criminosa quando livremente me decido sobre mim mesmo.⁴² As raízes éticas dessa censura sobre a personalidade humana estão, para o autor, no *dever ser* ético-existencial do homem de se realizar, na condução de sua vida individual e comunitária, de uma maneira que promova o *ser-livre* próprio e o dos demais. A máxima possibilidade de realização do *ser-livre* é o fio condutor ético da doutrina da liberdade pessoal,⁴³ de modo que a censura se dá quando o homem não responde, na opção essencial de seu existir, ao seu dever de promover o *ser-livre* ao ponto de violar, ou pôr em perigo, bens jurídico-penalmente relevantes.⁴⁴ Trata-se claramente de um pressuposto ético que encontra fundamento muito mais no plano metafísico abstrato do que no plano social, comunicativo e/ou intersubjetivo.

Figueiredo Dias consagra a *personalidade global*, no sentido existencial proposto, como o objeto da censura jurídico-penal.⁴⁵ Ainda que admita que a censura jurídico-penal deva referir-se ao ilícito-típico (direito penal do fato), o autor desloca para a personalidade do agente, que fundamenta o fato, toda a carga de desvalor jurídico (direito penal do autor). Tanto é assim que Figueiredo Dias chega ao ponto radical de afirmar que o alvo da censura são os elementos desvaliosos da personalidade do agente,⁴⁶

³⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 146-147.

³⁸ Idem, *ibidem*. p. 147.

³⁹ AMBOS, *op. cit.*, p. 566 ss.

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 150.

⁴¹ Idem, *ibidem*. p. 164-165.

⁴² FIGUEIREDO DIAS. *Temas básicos...* p. 234 ss.

⁴³ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 158-160.

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 534.

⁴⁵ AMBOS, *op. cit.*, p. 566 ss.

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 524-525.

devendo o mesmo responder pela desconformação de sua personalidade com a personalidade suposta pela ordem jurídico-penal vigente:

Quando o agente pratica um ilícito-típico (...) se manifestam no fato qualidades pessoais jurídico-penalmente desvaliosas e, neste sentido, uma personalidade censurável. E é a medida da desconformação entre o valor da personalidade documentada no fato e a essência de valor da personalidade suposta pela ordem jurídico-penal que dá a medida da censura pessoal.⁴⁷

Para além da exposição do caminho percorrido por Figueiredo Dias na tentativa de superar as aporias do conteúdo material da culpabilidade, sobretudo no que tange à dimensão ética da liberdade humana e seu desdobramento no ilícito-típico, faz-se importante a apresentação, nesse momento, da perspectiva sustentada pelo autor no que diz respeito à posição da dogmática jurídico-penal no âmbito da ciência conjunta do Direito Penal. Embora Figueiredo Dias critique a funcionalização do conceito de culpabilidade, sustentando o resgate de seus elementos éticos, não é possível dizer que o autor tenha abandonado tal concepção, sendo mais adequado afirmar que a doutrina da liberdade pessoal representaria uma perspectiva funcional moderada do conceito de culpabilidade – uma concepção ontológica que flerta com a concepção funcionalista: “Em sua perspectiva prática, torna-se a doutrina da liberdade pessoal em certa medida uma concepção funcionalista da culpabilidade”.⁴⁸ Isso significa que, apesar da teoria da liberdade pessoal reivindicar o resgate de uma dimensão ética da censura jurídico-penal, Figueiredo Dias parece estar convencido de que a carga axiológica que deve orientar a intervenção criminal e, especificamente, o conteúdo material da culpabilidade, advém da política criminal:

Por isso também se pode assinalar à política criminal uma posição de autonomia e transcendência perante a dogmática e o sistema jurídico-penais, sendo ela competente para demarcar os limites últimos da punibilidade. A esta luz não mais faz sentido a manutenção do conceito de culpa se ele não for traçado em termos tais que respondam às exigências fundamentais da política criminal.⁴⁹

II B) A tripla aporia da proposta de Figueiredo Dias

Sustenta-se que a teoria da liberdade pessoal de Figueiredo Dias representa para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal uma tripla aporia que enfraquece o centro normativo do conceito como espaço dogmático de legitimidade e limites da intervenção criminal: (1) aporia da culpabilidade pela personalidade (direito penal do autor); (2) aporia da raiz transcendental da liberdade individual na escolha sobre o próprio *ser*; (3) aporia da funcionalização político-criminal do conceito. Pode-se dizer que as aporias de número 1 e 3 guardam uma relação com as concepções naturalista e funcionalista, de modo que é na aporia de número 2 que o *déficit de verificabilidade* próprio da concepção ontológica aparece de forma mais evidente.

A doutrina da liberdade pessoal confere à culpabilidade pela personalidade – às decisões sobre o próprio *ser* que se manifestam pela *personalidade global* no ilícito-típico concreto – um significado

⁴⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Liberdade...* p. 263. Ver também p. 184-185.

⁴⁸ Tradução nossa, in verbis: “In ihrer praktischen Umsetzung wird die Persönlichkeitslehre zum Teil einer gemäßigt funktionalen Schuldlehre (...)” (AMBOS, op. cit., p. 583.)

⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS. *Direito penal...* p. 237.

praticamente equivalente à culpabilidade pelo próprio caráter, que o autor tanto critica. Embora sustente Figueiredo Dias que sua concepção ético-existencial de personalidade se distancia de uma ideia psicológico-naturalística de caráter, ambos os conceitos não podem estar apartados, sobretudo porque o conceito difuso de personalidade utilizado por Figueiredo Dias continua a carregar uma carga de conteúdo normativo própria da apreciação do caráter, no sentido de que o agente deve conformar suas escolhas sobre si mesmo a certo padrão proposto pela ordem jurídico-penal. Ademais, como substrato humano resultante das escolhas do homem sobre si próprio, a categoria da *personalidade global*, para além do que ainda deve-se dizer, não se mostra apta a garantir uma segurança jurídica necessária para a delimitação da censura jurídico-penal, já que, em termos práticos, a personalidade humana pode ser tudo aquilo que nela deseja-se enxergar desde um ponto de vista normativo.⁵⁰

Além disso, não fica suficientemente claro na doutrina da liberdade pessoal qual é exatamente a relação causal entre a decisão fundamental do sujeito sobre o seu próprio *ser* e a realização do ilícito-típico. Fica evidente que a personalidade humana viria a fundamentar o fato delituoso, mas não de que forma a decisão prévia sobre si mesmo se manifestaria na ação criminosa. Fundamentalmente, a ideia de que o sujeito age de determinada maneira porque *ele é como é* não parece oferecer, necessariamente, postulados vinculantes em sua essência. Se Figueiredo Dias direciona a censura jurídico-penal para um momento prévio de decisão do agente sobre si, então necessária seria a clara explicitação da relação causal entre essa decisão prévia sobre o *ser* e a posterior ação ilícita-típica, que encontra sua ancoragem na personalidade.⁵¹ Fato é que ainda que Figueiredo Dias procure sempre sustentar a ideia de um direito penal do fato, em que a censura somente recai sobre a *personalidade global* porque esta fundamenta o ilícito-típico, entende-se que não é possível fundamentar uma proposta de culpabilidade pelo fato e pelo autor ao mesmo tempo,⁵² de modo que a doutrina da liberdade pessoal desagua em uma perigosa noção de direito penal do autor, que não se coaduna com o Estado Social e Democrático de Direito.

Ao deslocar a liberdade individual para um momento ontológico prévio, de escolha do sujeito sobre o seu próprio *ser*, Figueiredo Dias apenas altera o espaço de manifestação do *déficit de verificabilidade* próprio da perspectiva ontológica. Assim como o welzeniano *poder-de-agir-de-outra-maneira* – como uma realidade ontológico-metafísica – não pode ser verificado objetivamente, a capacidade existencial para se decidir sobre o próprio *ser* e sentido na formação da *personalidade global* também não pode – *poder-de-agir-de-outra-maneira* e *poder-de-se-decidir-de-outra-maneira-sobre-o-próprio-ser* são fenômenos que se equivalem em termos fundamentais de indeterminação, sendo separados muito mais por uma questão temporal do que propriamente por uma questão epistemológica. Isso significa que Figueiredo Dias não opera uma destranscendentalização da liberdade individual. Pelo contrário, a proposta ético-existencial de uma possibilidade de escolha do indivíduo sobre seu próprio *ser* apenas

⁵⁰ AMBOS, op. cit., p. 570 ss.

⁵¹ Conferir, nesse sentido, a crítica de Ambos a Figueiredo Dias: AMBOS, op. cit., p. 575 ss. Ambos afirma que Figueiredo Dias acaba por sustentar uma culpabilidade pela personalidade que não se afasta da culpabilidade pelo caráter, à qual o autor se opõe.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 527.

reforça o pressuposto metafísico como fundamento da liberdade, agravando com isso o *déficit de verificabilidade* e as consequências que decorrem de uma proposta que ignora totalmente as relações sociais concretas na formação da capacidade do indivíduo para o ilícito que a ordem jurídico-penal pressupõe como axioma.

As aporias de número 1 e 2, se somadas ao entendimento de que os valores que devem orientar a censura jurídico-penal advêm da política criminal, apontam para uma radical instrumentalização da liberdade individual em que teremos a seguinte equação: valores de política criminal (ligados à prevenção geral) que incidem diretamente sobre a personalidade do sujeito e que encontram como único fundamento uma liberdade individual transcendental inverificável. Em última análise, trata-se de fato de um direito penal do autor em que o indivíduo deve adequar as escolhas internas sobre seu próprio *ser* à uma ordem jurídico-penal orientada pelos interesses da política-criminal dominante.

Com a intenção de rebater eventuais críticas direcionadas à doutrina da liberdade pessoal, como é o caso aqui proposto, Figueiredo Dias, na conclusão de sua Monografia, aponta que os perigos de uma instrumentalização de sua perspectiva de culpabilidade são, em verdade, os perigos de uma determinada perspectiva de direito. Com isso, seu conceito seria forjado para um Estado Democrático de Direito, ao passo em que qualquer manipulação totalitária seria fruto de um abandono do Estado de Direito e não o resultado da precariedade de sua fundamentação. A história tem mostrado, entretanto, que o Estado de Direito é construído por uma luta diária, de modo que qualquer abertura que se dê por meio de um conceito passível de manipulação é, de fato, perigosa. Sobretudo no que diz respeito ao princípio da culpabilidade, é prudente não contar com a bondade dos bons. Ademais, como aponta Martins, o Estado Democrático de Direito não existe de forma pura, antes carrega sempre vetores totalitários para com os quais se deve estar atento.⁵³

III. Breve conclusão

Figueiredo Dias propõe o deslocamento do lugar da liberdade humana. Para o autor, a liberdade que a culpabilidade pressupõe não pode ser buscada na psicologia da vontade, no poder de escolha na situação empírica, mas na antropologia e ontologia filosóficas, que percebem a liberdade humana como um estado existencial irrenunciável, não como uma ação. A doutrina da liberdade pessoal propõe o resgate da dimensão ética da culpabilidade por meio de uma concepção ontológico-existencial de liberdade. A base filosófica que sustenta a teoria de Figueiredo Dias é construída sobre o dualismo entre realidade sensível e realidade inteligível. A personalidade é para Figueiredo Dias o elemento mediador entre a decisão fundamental do ser-pessoa sobre si mesmo e a realização de uma ação concreta no mundo. Por essa razão, o autor sustenta que a censura jurídico-penal tem como objeto os elementos desvaliosos da personalidade do agente. Para o autor, são os valores político-criminais que devem iluminar o conteúdo material da culpabilidade jurídico-penal.

Entende-se que se de um lado Figueiredo Dias não soluciona a aporia finalista, por estar a raiz da liberdade individual daquele que comete o ilícito-típico em um plano metafísico inverificável (liberdade

⁵³ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 105 ss.

ontológico-existencial do *ser total* que age no mundo), de outro nos conduz a doutrina da liberdade pessoal para uma perigosa noção de direito penal do autor e de submissão do significado da liberdade individual à política criminal e à prevenção geral funcionalistas. A tripla aporia da teoria de Figueiredo Dias aqui sustentada se resume da seguinte forma: (1) Aproximação de um direito penal do autor; (2) Falta de uma destranscendentalização do conceito de liberdade que represente, de fato, uma alternativa ao finalismo em nível epistemológico; (3) Funcionalização do conceito de culpabilidade, não representando a teoria da liberdade pessoal efetivamente uma alternativa ao projeto funcionalista no que diz respeito à relação entre política criminal e dogmática jurídico-penal.

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: ANÁLISE DO PONTO DE VISTA TESTEMUNHAL

THE PRINCIPLE OF NON-SELF-INCRIMINATION: ANALYSIS FROM THE WITNESS'S POINT OF VIEW

MARIA LUIZA GORGA

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

Advogada criminal. marialuiza@cgrcadvogados.com.br

RESUMO: O presente artigo busca, após a introdução da origem e do conceito do princípio do *nemo tenetur se detegere*, trocar a ótica de seu estudo para aquela do indivíduo chamado como testemunha e que, por qualquer razão, tenha ao mesmo tempo o interesse de guardar segredo de alguma informação que poderia lhe incriminar – seja no feito em que é testemunha, seja em outro procedimento. Assim, trata-se da posição dicotômica daquele que é testemunha, com todos os seus deveres, mas também possível investigado, com todos os seus direitos. Ao final, após breve incursão pela resolução da questão nas Cortes, busca-se concluir pela primazia do instituto, devendo este valer ainda quando o indivíduo não possui formalmente a condição de investigado ou acusado, por tratar-se de garantia de ordem superior e inafastável.

PALAVRAS-CHAVE: *Nemo tenetur se detegere*. Autoincriminação. Testemunha. Garantias processuais.

ABSTRACT: With the introduction of the origin and the concept of the *nemo tenetur* principle, this article seeks to change the perspective of its study to that of the individual who is called as a witness and that, for any reason, has the interest of keeping incriminatory information a secret – either in the procedure in which he is a witness, or in another one. Thus, it has the dichotomous position of witness, with all his duties, but also of possible suspect, with all its rights. In the end, after a brief foray into how the courts are treating the issue, we conclude by the primacy of the institute, which should still be valid even when the individual does not formally have the condition of being investigated or accused, being as it is a guarantee of superior order and thus unalienable.

KEYWORDS: *nemo tenetur se detegere*; self-incrimination; witness; procedural safeguards.

SUMÁRIO: 1 Introdução e conceituação 2 A testemunha que mente em favor próprio: exercício regular de direito, por consecução do direito de não autoincriminação? 3 Casos práticos: como o entendimento vem sendo aplicado? 4 Conclusão.

1. Introdução e conceituação

O cidadão tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. Essa noção, insculpida já há 30 anos em nosso ordenamento, chegou à boca do povo principalmente após as mudanças inseridas com a chamada Lei Seca – assim, até mesmo nos botequins a máxima jurídica pode ser ouvida (geralmente ao se “ensinar” o colega a não assoprar o bafômetro).

Deixando de lado os (de)méritos da popularização dessa garantia, fato é que sua importância é fundamental em um Estado de Direito.

Assim, a garantia à não autoincriminação, também conhecido pelo brocardo *nemo tenetur se detegere* (“não produzir provas contra si mesmo”), está prevista constitucionalmente dentre os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros, no art. 5º, inciso LXIII, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Além disso, o princípio também está consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, 2, g, “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 2, g, “De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”), e no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 55, 1, a, “Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada”), todos ratificados e já promulgados pelo Brasil, o que garante ao cidadão não apenas a proteção desta prerrogativa pelas Cortes internas, como também o recurso às Cortes externas, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A origem histórica do dispositivo encontra-se no direito anglo-saxão, podendo ser visto como uma reação a perseguições religiosas e políticas que pontuavam o cotidiano dos dissidentes ingleses¹ que eram submetidos a rigorosos procedimentos inquisitórios sem quaisquer garantias ao *fair trial* ou mesmo ao silêncio. Assim, na busca de se criar um procedimento que fornecesse um julgamento mais justo, o direito à não autoincriminação foi surgindo, cristalizando-se em sua forma mais bem-acabada – para o período – na quinta emenda da *Bill of Rights* americana no século XVIII.

Paralelamente, este direito também origina-se dos esforços de juristas do século XVIII em aprimorar o procedimento criminal², criando um modelo em que o julgamento era, mais do que uma oportunidade do réu se manifestar, uma oportunidade de a defesa testar a consistência da acusação – ou seja, partindo de uma presunção de inocência na qual a acusação deve ser provada como sólida e além da dúvida razoável –, o que culmina com o direito ao silêncio e à não autoincriminação como alguns dos corolários desse novo processo criminal.

Nessa linha, já no início do século XIX, mais precisamente em 1807, houve importante julgamento nas cortes americanas (*United States v. Burr*)³ entendendo que o princípio da não autoincriminação é uma exceção à regra de que todas as pessoas devem testemunhar em juízo. Nesse caso concreto, tratou-se de permitir que o secretário de Aaron Burr invocasse o privilégio para não depor contra seu empregador, que era acusado de traição, o que poderia indiretamente incriminá-lo.

No Brasil, o princípio passou a ser constitucionalmente previsto apenas na Constituição de 1988, mas ainda assim houve um transcurso de tempo de 15 anos entre sua previsão expressa e a adequação do Código de Processo Penal a esse princípio, já que até então a legislação processual continha dispositivo

¹ LEVY, Leonard Williams. *Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999. p. 44.

² MILLANI, Márcio Rached. *Direito à não autoincriminação*. Limites, conteúdo e aplicação. Uma visão jurisprudencial. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 14-15.

³ Disponível em: <http://www.famous-trials.com/burr/169-judgement>. Acesso em: 8 mar. 2018.

que permitia que o silêncio fosse interpretado em desfavor do réu. Essa adequação veio somente com a Lei n. 10.792/2003, que alterou o artigo 186 do *Códex* processual penal para prever que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

Nesse ínterim, dependeu-se sobretudo do protagonismo do Supremo Tribunal Federal para conciliar a norma processual com o princípio constitucional. Veja-se, a título de exemplo:

O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado.⁴

Ao se verificar o espírito do princípio, o que se tem é que, mais que uma garantia a um direito subjetivo fundamental, este constitui “uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade”,⁵ posto que significa que o órgão acusatório deve demonstrar, por seus próprios meios e de forma robusta, a autoria e a materialidade do delito que busca perseguir com a força estatal. Transfere-se assim todo o ônus da prova à acusação, libertando o acusado desse fardo – vê-se também aqui, portanto, a ligação umbilical com o princípio da presunção de inocência, já exposta acima ao tratarmos da sua origem histórica.

Mais ainda, dando maior corpo à sua importância fundamental, foi esse princípio o grande responsável pela eliminação do dogma da busca pela verdade real no processo penal⁶, protegendo o indivíduo de ser coagido – de forma física ou moral – a participar na busca da verdade dos fatos contra seus interesses.

Cabe, inclusive, ressaltar que o uso de tal prerrogativa pelo acusado, no bojo do processo, não pode servir a lhe agravar a pena, ainda quando se trate de comportamentos ativos do réu e que poderiam até mesmo ser criminalmente típicos como, por exemplo, falsificar seu próprio material grafotécnico.⁷

Por fim, e felizmente, embora no país a aplicação de muitos dos direitos fundamentais seja por vezes tortuosa nas instâncias inferiores do Poder Judiciário, a Corte Suprema possui firme posicionamento no sentido de garantir a ampla eficácia desse direito.

Vejamos, sobretudo nas palavras do ilustre ministro Celso de Mello:

O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação.

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, entre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do

⁴ STF, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello, j. 8.11.2000. Idem em HC 80.584, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 8 mar. 2001.

⁵ STF, HC 101.909, Rel. Min. Ayres Britto, j. 28.2.2012.

⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

⁷ STF, HC 83.960, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.6.2005.

evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). (...) A invocação da prerrogativa contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza eminentemente constitucional, a adoção de medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a *persecutio criminis* nem justifica, por igual motivo, a decretação de sua prisão cautelar. O exercício do direito ao silêncio, que se revela insuscetível de qualquer censura policial e/ou judicial, não pode ser desrespeitado nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal, porque a prática concreta dessa prerrogativa constitucional – além de não importar em confissão – jamais poderá ser interpretada em prejuízo da defesa.⁸

Percebe-se facilmente, portanto, que o conteúdo desse direito fundamental à não autoincriminação é amplo. De um lado, estende-se a garantia para além do preso, recebendo seu benefício todos aqueles que puderem ser incriminados por suas próprias palavras. De outro lado, implica não só garantir o silêncio ao indivíduo, mas também a faculdade de declarar ou produzir a versão que entender seja melhor para sua defesa. É, em verdade, reconhecido o direito à mentira em seu próprio favor, como bem coloca Guilherme de Souza Nucci:“(...) o direito de não se autoacusar implica, por óbvio, no direito de invocar todos os instrumentos lícitos para o desempenho da autodefesa. Dentre tais instrumentos, encontra-se o direito de mentir”.⁹

Frise-se, contudo, que esse “direito à mentira” não é ilimitado, já que a Corte Suprema entende que a apresentação de falsa identidade para ocultar maus antecedentes caracteriza o crime do art. 307 do Código Penal,¹⁰ bem como é crime de calúnia a imputação falsa de crimes a terceiros, já que o princípio é feito para a proteção do acusado em face do Estado, não se prestando como salvo conduto para a injusta incriminação de terceiros.

Pois bem. Estabelecido o que é o princípio, e sendo pacífica sua aplicação aos acusados, como fica a posição da testemunha que possa, respondendo aos questionamentos do juízo, incriminar-se?

É o que veremos a seguir.

2. A Testemunha que mente em favor próprio: exercício regular de direito, por consecução do direito de não autoincriminação?

Conforme já exposto acima, o princípio tem limites no tocante à não incriminação de terceiros de forma sabidamente falsa. Nessa linha, considera-se certo também que não se admite a produção deliberada de provas falsas para a defesa dos acusados, pois assim incorre-se no delito de falso testemunho, claramente tipificado em nosso ordenamento, de forma a proteger a boa administração da Justiça.

Contudo, essa vedação ao falso testemunho não pode ocorrer em face da testemunha que, legitimamente, mente para não se incriminar, pois nesse caso adentra-se claramente o terreno do princípio da não autoincriminação, sendo que o status de testemunha fica em segundo lugar frente ao direito subjetivo de proteger-se contra as investidas punitivas estatais.

⁸ STF, HC 99.289, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.6.2009.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2012. p. 272.

¹⁰ STF, RG RE 640.139, Rel. Min. Dias Toffoli, 23.9.2011.

Decisão exemplar nesse sentido – que abrangeu inclusive o advogado da testemunha, que a orientou – foi proferida no Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo ministro Hamilton Carvalhido, no *Habeas Corpus* 47.125. No caso concreto, o acusado era advogado de réu que respondia pelo crime de uso de drogas, e mentiu sobre a aquisição do entorpecente, em processo envolvendo um traficante.

Entendeu-se, a nosso ver corretamente, que a conduta da testemunha que mente em juízo para não se incriminar, sem a finalidade especial de causar prejuízo a alguém ou à administração da justiça é atípica em razão do especial fim de agir em benefício próprio nos termos do permissivo constitucional.

É do acórdão:

(...) temendo a autoincriminação, a testemunha Clayton Sérgio Diniz afirmou, em Juízo, que não era usuário de drogas, falseando a verdade de que teria adquirido entorpecente de Rodrigo Itamar Kurokawa, o qual estava sendo acusado e fora condenado, por comércio clandestino de entorpecentes. Atípico, pois, o fato praticado pela testemunha, até porque, de qualquer modo, ausente, na luz da evidência, “o especial fim de causar prejuízo a alguém ou à simples Administração da Justiça” (Cezar Roberto Bitencourt, in *Código Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 1.137), faltando, consequentemente, justa causa à ação penal do partícipe Darley Barros Júnior.¹¹

Nesse mesmo sentido também já decidiu a ministra Laurita Vaz, no Recurso Especial 402.470. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONCESSÃO DA ORDEM. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALSO TESTEMUNHO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DEPOENTE DESOBRIGADO DE PRESTAR DECLARAÇÕES QUE POSSAM INCRIMINÁ-LO.

1. *In casu*, não há como reconhecer a prática do crime de falso testemunho, porquanto é atípica a conduta do depoente que em suas declarações se exime de auto-incriminar-se. Precedentes do STJ e do STF

2. Recurso desprovido.¹²

De fato, é bem sabido pelos causídicos que não se pode presumir que, por constar como testemunha, o indivíduo já estaria em posição “livre” da persecução judicial por fatos que sejam por si revelados. Realmente, não é inédito que alguém ouvido como testemunha se veja posteriormente na posição de réu, sendo processado pelos fatos que testemunhou e tendo suas palavras utilizadas contra si.¹³

Dessa maneira, acreditamos que, em qualquer que seja a hipótese, não é a posição de réu que confere ao indivíduo o direito à não autoincriminação, mas sim o conteúdo da pergunta que lhe é feita. Daí porque testemunhas têm, sim, o direito de não responder a perguntas que lhe possam incriminar.

A importância da hermenêutica do princípio é evidente em cotejo com os casos concretos, em que o indivíduo ouvido na qualidade de testemunha compromissada presta informações tidas por falsas, mas em seu interesse (e não em interesse dos réus). Ao assim agir, a testemunha não busca produzir prova no processo para beneficiar ou exculpar os réus, mas apenas procura defender-se da possível resposta estatal.

¹¹ STJ, HC 47125, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 02.05.2006.

¹² STJ, RESP 402.470, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20.11.2003.

¹³ Exemplo pode ser encontrado em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-testemunha-que-se-tornou-reu-relatos-de-um-caso-real/>. Acesso em: 11 mar. 2018.

Isso significa que o Ministério Público deve ter sensibilidade para com as testemunhas que arrola. Ao se colocar um indivíduo na delicada situação de testemunhar sobre fato que lhe poderia gerar consequências criminais, também o magistrado da causa deve atuar de forma comedida, refletindo que, ao fazer perguntas cuja resposta não seja exigível, não deve prosseguir com eventual processo de falso testemunho.

Por tudo que se viu, é inegável a existência de um direito ao silêncio e até mesmo à mentira (desde que não incorrendo, por exemplo, no crime de calúnia), vigente em todos os casos em que a resposta verdadeira possa resultar em autoincriminação,¹⁴ não se podendo exigir que o indivíduo tenha certeza de que estaria ou não se autoincriminando, bastando que sua conduta se motive de forma a evitar a incriminação.

Isso implica a conclusão óbvia de que o Estado não deve arrolar um indivíduo como testemunha quando tiver de depor apenas sobre fatos que potencialmente o incriminem, de modo que, se for trazido ao processo nessa qualidade, tem o direito de permanecer em silêncio, ou mesmo de criar versão para sua autodefesa, sendo irrelevante que o nome designado a ele seja formalmente “testemunha”, pois, em substância, não o é, situação que se afigura contrária aos interesses da economia processual, já que arrola-se uma testemunha sabidamente “inútil”.

Aury Lopes Jr. bem fala sobre o tema, ilustrando, inclusive, com dispositivo do Código de Processo Penal Italiano, que, muito embora não necessitasse, expõe que a testemunha que prestar declaração que pode lhe afetar a si mesma será informada pelo juiz de seus direitos. Vejamos:

Exemplo a ser seguido, encontramos no art. 63 do Codice di Procedura Penale da Itália:

(...)

Dessa forma, o que se pretende evitar é que alguém não submetido à investigação, ao declarar-se como testemunha, por exemplo, acabe por ter suas palavras utilizadas contra si mesmo. Se de sua declaração emergirem indícios de culpabilidade (sentido amplo), a autoridade que está realizando o ato (especialmente a policial, dada a tradicional resistência ao sistema de garantias) deve interrompê-lo, advertindo-o de que a partir dali poderá utilizar seu direito de silêncio, na medida em que suas palavras poderão dar origem a uma investigação contra si. Imprescindível, ainda, é a nomeação de defensor e a garantia de que poderá entrevistar-se reservadamente com ele antes de continuar a declarar (analogia com o art. 7º, III, da Lei n. 8.906).

O dito, nesse momento despido de garantias necessárias a quem é imputado, não pode valer contra o declarante e tampouco justificar medidas cautelares pessoais ou outras decisões que de qualquer forma lhe prejudiquem.¹⁵

Também nesse sentido é manifestação do Excelentíssimo ministro Celso de Mello, ao afirmar que:

(...) o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu esse direito também em favor de quem presta depoimento na condição de testemunha, advertindo, então, que ‘Não configura o crime de

¹⁴ “Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal” (STF, HC 68.929/SP, rel Min. Celso de Mello, j. 22.10.1991. Cf.: RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a autoincriminação à luz do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos. In: SANCHES CUNHA, Rogério; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009. p. 13).

¹⁵ LOPES JR., Aury, *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 640.

falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la' (RTJ 163/626, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei).¹⁶

Patente, portanto, que o direito à não autoincriminação, embora seja direcionado sobretudo ao acusado, abrange a todos aqueles que tomem contato com o procedimento investigatório ou judicial, abarcando o espírito protetor da norma a todos aqueles que necessitem escusar da verdade em favor próprio.

3. Casos práticos: como o entendimento vem sendo aplicado?

À luz do exposto acima, vejamos, então, como a questão vem sendo conduzida, utilizando-se como exemplo amostras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

APELAÇÃO – FALSO TESTEMUNHO – DEPOIMENTO COM O FITO DE AFASTAR AUTOACUSAÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDOTA – Ocorrência: Diante da garantia constitucional de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, a conduta dos apelantes que buscaram com suas narrativas afastar indícios do cometimento de um delito, não configura o crime previsto no art. 342, do Código Penal. Recursos providos.

(...)

Embora o culto magistrado a quo não tenha se referido expressamente à tese defensiva sobre a impossibilidade de se autoincriminar, deixou claro o entendimento de que a pessoa que se dispõe a depor em juízo como testemunha está sempre obrigada a dizer a verdade, sob pena de falso testemunho, ainda que disso decorra uma autoincriminação.

(...)

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIII, de forma expressa, assegura ao preso o direito de permanecer calado reconhecendo, assim, o princípio da proibição da autoincriminação que garante que ninguém seja obrigado a produzir prova contra si mesmo.

(...)

No presente caso, portanto, ainda que tenha feito afirmação falsa em processo criminal, segundo se depreende dos autos, atuaram no sentido de não produzirem contra si qualquer prova e, assim agindo, estavam sob o palio do princípio da não autoincriminação e, portanto, não se vê tipicidade em suas condutas.¹⁷

Apelação criminal – Falso testemunho – Alegação de atipicidade da conduta – Apelante que nega ter adquirido drogas de traficante – Direito a não se autoincriminar – Apelo provido para absolver o acusado nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.¹⁸

HABEAS CORPUS – Pacientes que, entendendo-se na condição de investigados, pretendem a concessão da ordem a fim de terem seus direitos constitucionais assegurados – Reconhecida a competência para processar e julgar a impetração, afastando-se a possibilidade de submissão do pleito ao Colendo Órgão Especial – No mais, não compete àquele que é chamado a prestar esclarecimento vestir-se de testemunha ou investigado, cabendo este ônus a autoridade competente – Impossibilidade do

¹⁶ STF, HC 94.082, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.11.2008.

¹⁷ TJSP, Apelação criminal n. 0000209-05.2006.8.26.0116, Rel. Des. J. Martins, j. 20.01.2011.

¹⁸ TJSP, Apelação criminal 990.09.043280-2, Rel. Des. Pedro Gagliardi, j. 22.09.2009.

acolhimento do pedido na forma em que apresentado na inicial, sob pena de obstrução da apuração dos delitos ora em questão – Concessão do direito de não se autoincriminarem, já garantido pela Constituição Federal – Ordem parcialmente concedida exclusivamente para este fim, revogando-se a liminar concedida.¹⁹

Cuida-se de direito fundamental, garantido pela Constituição Brasileira, que nenhuma pessoa está obrigada a efetuar prova contra a sua própria pessoa.

(...)

Esta afirmação encontra eco também quando se refere ao falso testemunho. Com efeito, não pode ser o depoente, mesmo compromissado, obrigado a efetuar declarações que o comprometam, que possam se traduzir em fato criminoso. Não se pode, em última hipótese, obrigá-lo a admitir que teria praticado fato que possa ser reconhecido como crime.

(...)

Fica, portanto, estabelecido que nenhum cidadão pode responder pelo crime de falso testemunho, caso, em seu depoimento, ele possa se autoincriminar.²⁰

*HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ATIPICIDADE. Garantia constitucional da não autoincriminação. Reconhecimento da atipicidade da conduta e, em consequência, da inexistência de justa causa para a ação penal. Precedentes. Embora o trancamento de inquérito policial seja medida excepcional, só concebido quando comprovada, inequivocamente, a desnecessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, verifica-se, *in casu* a possibilidade do pedido. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM CONCEDIDA.*

(...)

Veja-se que os pacientes foram convidados a depor, na condição de testemunhas, sendo obrigados a responder objetivamente sobre condutas que ensejaram o posterior oferecimento de denúncia contra eles. Portanto, naquela ocasião, ao negar, mesmo que falsamente, a ocorrência dos fatos, estavam eles utilizando-se do princípio constitucional do direito de não se autoacusar. Caso confirmassem, certamente estariam se autoincriminando, fato que não pode redundar no crime de falso testemunho. Desse modo, é evidente a falta de justa causa para a ação penal diante da atipicidade das condutas.

(...)

Contudo, é irrelevante, para efetiva observância e efeitos que decorrem do direito subjetivo à não autoincriminação, garantido pela Constituição Federal, segundo o qual ninguém pode ser compelido a se incriminar, ainda que seja ouvido na condição inicial de testemunha.²¹

REEXAME NECESSÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. 1. Considerando que os fatos apurados ocorreram no mesmo contexto fático, se o paciente for obrigado a responder todas as perguntas formuladas pela autoridade impetrada, sob pena de responsabilização criminal por crime de falso testemunho, poderá prejudicar sua própria defesa na ação penal e produzir prova contra si mesmo, o que não é admitido pelos princípios constitucionais. 2 O direito ao silêncio e o privilégio contra a

¹⁹ TJSP, HC 990.09.126625-6, ReL. Des. Ribeiro dos Santos, j. 07.07.2009.

²⁰ TJSP, Apelação Criminal n. 3000270-55.2013.8.26.0280, Rel. Des. Almeida Sampaio, j. 01.02.2016.

²¹ TJSP, HC 2016197-69.2018.8.26.0000, Rel. Des. Camargo Aranha Filho, j. 13.03.2018.

autoincriminação são aplicáveis a qualquer indiciado ou testemunha, consoante farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3 Remessa oficial improvida.²²

5. Direito da testemunha mentir para evitar autoincriminação. Inocorrência. A Constituição Federal assegura o direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII), que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8º, §2º, g) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, 3, “g”) institucionalizaram o princípio da “não autoincriminação” (*nemo tenetur se detegere*) e que a legislação civil e processual civil garantem o direito ao silêncio em relação a fatos tidos por criminosos (artigo 347, 406 do CPC e artigo 229 do CC). 6. O direito de não produzir prova contra si mesmo não acarreta em autorização para a testemunha mentir em juízo. É certo que o ordenamento assegura ao indivíduo o direito de não depor sobre fato que o incrimine. Contudo, lhe é reservado apenas o direito de permanecer em silêncio, mas não a conduta ativa de apresentar versão inverídica sobre fatos, pois, além de ser antiética, é criminosa. Com efeito, ao assim proceder, o agente intencionalmente busca enganar o julgador e se beneficiar da própria mendacidade. Ademais, não se vislumbra como o Judiciário possa tolerar ou estimular a mentira no processo, com fundamento no direito constitucional a não autoincriminação.²³

Percebe-se que, felizmente e com raras exceções, o princípio vem tendo sua vigência garantida pelos Tribunais, fazendo valer o entendimento das Cortes Superiores e a autoridade da própria Constituição. Por outro lado, a existência de inúmeros casos a esse respeito nos Tribunais indica que, nas instâncias inferiores e nos procedimentos investigativos, o mesmo não pode ser dito, parecendo ser a regra a violação do princípio, reduzindo as garantias daquele submetido ao poder estatal.

Esses fatos indicam a necessidade de maior controle da questão do ponto de vista do dia a dia das operações de colheita de testemunhos, podendo-se vislumbrar um papel mais ativo das corregedorias e órgãos de controle nesse aspecto.

4. Conclusão

Em resumo, temos que quando da apuração de fatos que indiquem óbvio risco de consequência penal à testemunha, seu depoimento deve ser tomado com as cautelas constitucionalmente impostas, de modo que ainda que formalmente revestido da condição de testemunha, nesses casos o indivíduo possui o claro direito de não responder (ou, frise-se, fornecer a versão que lhe convier, inclusive no tocante à colheita de materiais como assinaturas) a perguntas que lhe possam autoincriminar.

Conseqüentemente, isso significa que eventual mentira narrada em testemunho, longe de levar a uma imputação criminal por falso testemunho, nada mais é do que o exercício de um direito constitucionalmente garantido, insculpido no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, configurando, portanto, a causa excludente de antijuridicidade prevista no art. 23, inciso III, do Código Penal, o que exclui a existência do próprio crime de falso testemunho, tornando a conduta atípica.

Assim sendo, vale a intenção da lei, mais do que as formalidades de denominação dos atores no procedimento penal, para que se verifique a incidência do princípio e a consequente atipicidade de condutas praticadas em favor próprio.

²² TRF3, Reexame necessário criminal 0012253-04.2008.4.03.6181, Rel. Des. Federal Vesna Kolmar, j. 12.01.2010.

²³ TRF3, Apelação Criminal 0008437-28.2011.4.03.6110, Rel. Des. Federal Marcelo Saraiva, j. 15.09.2015.

Já no tocante às consequências formais – além das já mencionadas, de que o silêncio não importa em confissão e não pode ser utilizado em detrimento do acusado –, caso algum feito conte em sua instrução com a inclusão de provas derivadas da violação da garantia do *nemo tenetur se detegere*, tais provas deverão ser prontamente excluídas do procedimento, não podendo ser utilizadas no livre convencimento do juiz, por serem claramente ilícitas, fazendo valer assim o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.²⁴

²⁴ “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

DIREITO PENAL DO RISCO E CRIMES DE PERIGO ABSTRATO*CRIMANAL LAW OF RISK AND CRIMES OF ABSTRACT DANGER***MIGUEL TEDESCO WEDY**

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.
Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela PUC-RS.
Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.
Advogado.
wedymiguel2@gmail.com

MARIA EDUARDA VIER KLEIN

Bolsista de Iniciação Científica vinculada ao Grupo Liberdade e Garantias.
Estudante de Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Membro da Rede de Pesquisa Estado e Constituição.
mariaeduardaklein@hotmail.com

MARIEL LUÍSA SEVALD

Estudante de Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
mlsevald@gmail.com

RESUMO: Busca-se delimitar quais os limites dos delitos de perigo de abstrato, analisando assim sua relação com a noção de eficiência. Para tanto, busca-se analisar os crimes de perigo abstrato sob alguns vieses: delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado; delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor da ação ou delitos de imprudência; delitos de perigo abstrato como delitos de perigosidade e de risco e, por fim, delitos de perigo abstrato a partir da ideia de cuidado de perigo, de Faria Costa.

PALAVRAS chave: Direito Penal do risco. Crimes de perigo abstrato. Eficiência. Delitos de ação. Delitos de imprudência.

ABSTRACT: Seek to delimit the limits of the dangers of abstract offences, analyzing its relationship with the notion of efficiency. Therefore seeks to analyze the crimes of abstract danger under some biases: crimes of abstract danger as offences of devaluation of result, offences of abstract danger as offences of devaluation of the action or offences of recklessness, offences of abstract danger as Offences of peril and risk and ultimately crimes of abstract danger from the idea of care of danger of Faria Costa.

KEYWORDS: Criminal law of risk – abstract danger crimes – efficiency – action offenses – recklessness offenses

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias 2. Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado 3. Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor da ação ou delitos de imprudência 4. Delitos de perigo abstrato como delitos de perigosidade e de risco 5. Delitos de perigo abstrato a partir da ideia de cuidado de perigo em Faria Costa 6. Considerações finais. 7. Referências

Noções introdutórias

A busca pela eficiência no Direito Penal, mormente naqueles casos de um Direito Penal de cariz funcional, tem levado a uma certa profusão dos chamados delitos de perigo abstrato.¹ Uma eficiência que reduziria a criminalidade por intermédio dos delitos de perigo abstrato.² E tal profusão acaba por vir acompanhada pela expansão do Direito Penal e pela criminalização cada vez mais constante de ataques ou ameaças contra bens jurídicos de cariz coletivo. Essa é uma característica premente do atual Direito Penal do risco.

E assim o discurso da “eficiência” funcional ou econômica acaba por se infiltrar fortemente na ciência penal, de modo a realizar, muitas vezes, proteções desarrazoadas de bens jurídicos, quando outras esferas poderiam ser chamadas à tona, bem como acaba por inverter, muitas vezes, o ônus da prova nos processos penais; e, como se não bastasse, vê-se também, em muitas ocasiões, a própria violação do princípio da ofensividade penal.

Por isso, é relevante que se entenda a eficiência como um valor a ser considerado no momento da criminalização, no instante de verificação de determinadas condutas e no estabelecimento dos delitos de cuidado de perigo.

É preciso entender, em primeiro lugar, que aqui não se está a tratar daquela situação de lesão ao bem jurídico, isto é, de uma perda objetiva de valor acarretada ao bem jurídico.³

A ofensa ao bem jurídico não se dá apenas com o dano ou a violação, isto é, com a sua nadição ou diminuição, mas também se pode dar pela expressiva categoria do perigo.⁴

¹ E aqui é preciso ter o devido cuidado, pois como apontou Luís Greco, hoje poucas coisas são mais modernas no Brasil do que apontar os delitos de perigo abstrato como inconstitucionais. Nessa linha, conforme refere GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 90, jul./ago. 2004. QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998. p. 112 e 150; BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 67 et seq; MAGALHÃES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 120 et seq. Ângelo Roberto Ilha da Silva admite a legitimidade em certos casos. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003. Também GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 14.

² E o equívoco desse discurso “legitimador” dos delitos de perigo abstrato é nítido e evidente. Na lição de Faria Costa: “a antecipação da proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes através da prefiguração de crimes de perigo não significa prevenção criminal, significa, sim, aumento de proteção àqueles precisos bens jurídicos e não prevenção, repete-se enfaticamente. A definição jurídico-positiva e incriminadora de certas condutas de pôr-em-perigo visa obstar à prática desses precisos comportamentos. Porém, repare-se, não é por antecipar o campo normativo de protecção que decai a criminalidade. Esta pode diminuir devido a uma multiplicidade de fatores mas é seguro que não diminui pela consagração de um tipo legal de crime de perigo. Esta preciosa e clara compreensão oferece-nos, desde logo, uma conclusão, qual seja: a legitimidade da criminalização das condutas de pôr-em-perigo não advém da circunstância de aquela criminalização fazer diminuir a criminalidade”. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 575-576.

³ JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND; Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 263; ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: Beck, 1997. v. 1, p. 281.

⁴ E aqui, por conseguinte, são afastadas aquelas concepções como as de Stübel, referida por Mendoza Buergo, acerca da ação perigosa como verdadeira lesão ao Direito, mas também para a manutenção da segurança pública, devendo-se apenas afastar da punição penal aquelas ações nas quais a lesão seria apenas improvável ou meramente possível. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 91-95. E ainda relevante se torna lembrar o pensamento de Binding, de que a existência do bem jurídico também pode ser atacada pela lesão ou colocação em perigo, instante em que o legislador vê tal

É claro que o dano/violação expressa uma categoria, via de regra, mais impactante, mais incisiva, mais dura, porém não se pode negar que o perigo também se apresenta como uma categoria necessária para a verificação da relevância jurídico-penal nos tempos atuais.

Como salienta Faria Costa, deve-se levar em conta a ofensividade a partir de três determinados níveis: dano/violação, concreto de pôr em perigo e cuidado de perigo. Aqui estão os pressupostos fundantes dos delitos de perigo abstrato.⁵

Deve-se centrar a atenção no cuidado de perigo, em razão de sua especial correlação com a eficiência. “O estabelecimento do perigo como expressão legítima da ofensividade, diferentemente da situação do dano/violação, quando há uma alteração do real verdadeiro, acarreta sim uma alteração do real-construído”.⁶

Dessa forma, conforme antes se asseverou, os delitos de perigo detêm uma especial característica de desvalor de resultado.⁷ Com isso, não se está a afirmar que a peculiaridade dessa especial técnica de

colocação em perigo como específico menoscabo ou afetação do bem na tranquilidade da sua existência. A colocação em perigo como perturbação da segurança da existência (*Erschütterung des DaseinsgewiBheit*). Sem esquecer as concepções de Marxen, Wolter, Rodríguez Montané e Mayer, que consideram que Binding interpretaria todos os delitos de perigo como delitos de perigo concreto. Em sentido contrário, Torío Lopes e Brehm, para quem Binding considera a própria ação, tida por perigosa, como apta para produzir efeitos. *Ibid.*, p. 103-104. E aqui se impõe uma ponderação acerca do pensamento de Kindhäuser. Isso em razão de que o seu pensamento traz avanços e também problemas. Avanços quando o autor expõe, de forma cabal, a crítica, a nosso juízo, adequada, de que a ideia de lesão aos bens jurídicos não serve para fundamentar materialmente os delitos de perigo abstrato. É relevante tal ponderação, pois traz à tona uma forma ofensiva que se não caracteriza apenas pelo dano/violação, tal qual referimos antes. Daí o rechaço à ideia de punição de determinadas condutas não lesivas por supostamente ameaçarem bens jurídicos, o que seria uma incoerência e uma equivocada antecipação da proteção ao bem jurídico. KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Strafrecht. Rechtsstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt Am Main: Klostermann, 1989, p. 163 e 168. Segundo Kindhäuser, “nos hallamos ante peligros abstractos cuando se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes. El peligro es abstracto, ya que no se trata de la desprotección actual del bien, sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes. La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad”. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico, VVAA, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Trad. Molina Fernández. Madrid: 1995. p. 184. Mas, em que pese uma ideia forte e louvável, uma ideia que apresenta problemas como uma brecha para a expansão do Direito Penal ao não explicitar, de forma mais clara, na sua concepção de segura disposição de bens sem perigo, o que seria, de fato, “segurança” e “perigosidade”. Nesse sentido as críticas de Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 136-147. Ainda sobre a noção de delito de perigo abstrato como sinônimo de situação de perigo ao bem jurídico, leia-se ACALE SÁNCHEZ, María. *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 199.

⁵ COSTA, *op. cit.*, p. 644 e ss.

⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 580 e ss.

⁷ E aqui se deve referir o trabalho de D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 94, no qual o autor refere também as obras de RABL, Kurt, *Der Gefährdungsvorsatz*, Breslau-Neukirch: 1933, p. 19 e ss, “para o qual em todos os tipos de crime é necessário um resultado, mesmo nas hipóteses de omissão própria e perigo abstrato; WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalem Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 356, ao propor a existência de um ilícito primário de resultado (das primäre Erfolgsunrecht) no âmbito dos crimes de perigo abstrato; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umwelteinträchtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*, Freiburg: Max-Planck Inst.für Ausländ u. internat. Strafrecht, 1989, p. 83 e ss, que, no seguimento de Wolter, refere-se também a um ‘ilícito primário de resultado’ (das primäre Erfolgsunrecht), fundamentado no desvalor que expressa o ‘risco de lesão ao bem

tipificação seja a prevenção, posto que, como bem salienta Faria Costa, na verdade, o que se dá é uma antecipação, um espriar do espectro de tutela desse bem jurídico, isto é, não uma prevenção do delito, mas um aumento de punibilidade.⁸

Mas até que ponto esse aumento do espectro de punibilidade é legítimo nos tempos atuais, de inegável e incontestável insegurança ontológica? Até que altura é possível legitimar uma técnica de tipificação que muitos problemas vêm trazendo para a moderna dogmática penal? Qual o limite dos delitos de perigo abstrato? E, de forma relevante, qual a relação especial que se estabelece entre os delitos de perigo abstrato e a noção de eficiência antes vista?

Para responder, de forma frontal, a tais questões, impõe-se uma análise tópica, a fim de que, em primeiro lugar, se adense uma consideração acerca do que é, de fato, um delito de perigo abstrato e de como essa conceituação e construção vem sendo trabalhada na doutrina hodiernamente.⁹ É claro que aqui o tema será enfrentado de forma não extensiva, não apenas por não ser esse o objetivo, o que desviaria o foco do trabalho, mas também em razão de que se pretende, na verdade, verificar a possibilidade de infiltração de uma concepção legítima de eficiência nesse conceito.

2. Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado

Para Rabl, todo delito impõe a existência de um resultado. E um resultado que se apresente como uma alteração real, um efetivo ataque material a um bem jurídico protegido.¹⁰ Assim Rabl repele, de forma clara, os delitos de mera atividade. E defende, também, uma possibilidade de afastamento do perigo, por intermédio da produção de prova, no curso do processo.¹¹ Não se trata, portanto, de uma inversão da carga probatória, mas, sim, de necessidade de confecção de prova para a verificação do perigo. O problema é que assim se dilui aquilo que poderia ser um conceito de perigo abstrato, confundindo-o com um autêntico perigo concreto.¹²

No seguimento de Rabl, Schröder não deixa de sustentar uma visão de delito de perigo abstrato que tem como resultado uma presunção relativa de perigo. Isso em razão de que, em alguns casos, se poderia permitir uma produção de prova para desfazer o perigo presumido.¹³

Mas quais seriam esses casos? Segundo Schröder, seria possível uma prova da ausência do perigo nos casos em que o tipo penal, de forma concreta e determinada, protege um determinado objeto. Já naqueles

jurídico tutelado'. E, de certa forma, também GALLAS, Wilhelm, *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*. In: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 181, ao propor a existência de um 'potencial' desvalor de resultado ou pôr-em-perigo' (potentiellen Erfolgs – oder Gefährdungsunwert).

⁸ COSTA, op. cit., p. 578.

⁹ A conceituação que adiante segue procura delimitar os delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado, de desvalor de ação e de imprudência e como delitos de "perigosidade" e de risco. As últimas formas de definição provêm da constatação, de nossa parte, de uma certa tendência atual, para referir tais espécies de delitos como próprias da sociedade de risco, bem como para uma sistematização mais adequada do presente trabalho.

¹⁰ RABL, op. cit., p. 19.

¹¹ Id., *ibid.*, p. 21.

¹² GRAUL, Eva. *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 69. Berlin: 1991. p. 187, 188 e ss.

¹³ SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81, 1969. p. 15.

casos em que em jogo estivesse um interesse coletivo ou se o objeto do crime fosse incerto ou de identificação incerta, como nos casos de comércio de drogas, porte de arma e infrações de trânsito, por exemplo, não haveria possibilidade de contraprova do perigo.¹⁴

A maior crítica que aqui é aposta pela doutrina é que se estaria diante de uma inversão do *onus probandi*, o que seria inadmissível à luz do princípio da presunção de inocência. Da mesma forma, ao repassar ao juiz a tarefa de verificar, *in concreto*, a perigosidade, estar-se-iam restabelecendo os delitos de perigo concreto.¹⁵

Wolter constrói várias subdivisões para os delitos de perigo abstrato, por intermédio das quais almeja alcançar um Direito Penal do risco eficaz.¹⁶ Nos casos dos “crimes em massa”, como o tráfego de veículos, posse de armas, crimes ambientais, bastaria a formal realização do tipo para a configuração do delito. Já em casos outros, haveria um autêntico *ilícito primário de resultado* ou ainda *um ilícito de periculosidade*.¹⁷

Wolter se vale de uma categoria de delitos determinada “crimes de perigo abstrato impróprio”, nos quais a ausência *in concreto* de qualquer perigosidade traria à tona a violação de um Direito Penal embasado nas ideias de ilicitude e culpabilidade.¹⁸

Seguindo também o que aponta Fabio D’Avila, haveria aqui a ocorrência de um ilícito penal material de resultado ainda nos casos de perigo abstrato, em razão da criação de um risco adequado de lesão ao bem jurídico, o que afastaria os delitos de mera desobediência.¹⁹

Também aqui se há de seguir, sem restrições, a ponderação de Fabio D’Avila acerca das fragilidades da teoria de Wolter, ao equiparar, sem o devido cuidado, um risco de lesão e a produção de um risco de pôr em perigo, bem como a ausência de previsão de categorias como aquelas de perigo abstrato-concreto e de idoneidade.²⁰

Para Martin, o risco juridicamente desaprovado de produção de uma lesão é o verdadeiro resultado dos delitos de perigo abstrato.²¹ Dessa forma, os delitos de perigo abstrato também deveriam proteger bens jurídicos com dignidade penal; e essa abordagem há de ser feita numa análise *ex ante*, de forma a verificar a ocorrência da criação do risco para os ditos bens.²²

O que se antolha como relevante e original na construção de Martin é a separação específica que faz entre a ação e o perigo, de forma a erigir a noção de um delito de abstrato pôr em perigo.²³

¹⁴ Id., *ibid.*, p. 16. Com o mesmo teor a leitura de D’AVILA, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵ Sobre a doutrina: Id., *ibid.*, p. 115. MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 340.

¹⁶ Nesse sentido, MENDOZA BUERGO, *ibid.*, p. 170.

¹⁷ WOLTER, *op. cit.*, p. 356.

¹⁸ Id., *ibid.*, p. 278.

¹⁹ D’AVILA, *op. cit.*, p. 137.

²⁰ Id., *ibid.*, p. 137-138. E também importa aqui recordar Mendoza Buergo, quando aduz que Wolter também relaciona alguns casos de perigo abstrato como fatos de imprudência. MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 165.

²¹ MARTIN, *op. cit.*, p. 85. Isso ocorreria inclusive naqueles casos de delitos de massa ou nos casos atinentes ao meio ambiente. No primeiro caso, haveria dificuldade em se aceitar que a conduta não seria perigosa e, o segundo, caracterizaria um delito de lesão/dano. *Ibid.*, p. 93 e 96 e ss.

²² Id., *ibid.*, p. 84.

²³ MARTIN, *op. cit.*, p. 86.

Por fim, importa referir que Martin faz uma ressalva acerca da aplicação de tais critérios quando se trata de delitos de bens jurídicos intermediários espiritualizados (*vergeistigtem Zwischenrechtsgut*) ou ainda daqueles delitos de risco sempre presente, como o funcionamento não permitido de instalações nucleares, do parágrafo 327, Abs. 1 do StGB. Em tais situações, ou haveria uma dificuldade de verificação da lesão ou ainda se daria uma impossibilidade de redução da punibilidade, em função dos riscos.²⁴

3. Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor da ação ou delitos de imprudência

O trabalho de Cramer centra inicialmente sua abordagem na alegada violação do princípio da culpabilidade por parte dos delitos de perigo abstrato.²⁵ A partir daí, o autor faz uma diferenciação bem clara entre delitos de dano, delitos de perigo concreto (caracterizados pela probabilidade de dano) e de perigo abstrato (caracterizados pela probabilidade de um concreto pôr em perigo), de forma que a nota diferenciadora dos delitos de cuidado de perigo seria a lesão potencial ou objetiva do bem jurídico, em razão de uma conduta específica.²⁶

A construção teórica de Cramer sofreu severas e elevadas críticas – desde a perspectiva de Kaufmann, de que assim teríamos delitos de perigo abstrato como “probabilidade de probabilidade, possibilidade de possibilidade, perigo do perigo de lesão a bens jurídicos”, passando por Roxin, de que assim haveria a transformação dos delitos de perigo abstrato em perigo concreto, porém em menor intensidade, até a crítica de Fabio D’Avila, de que assim não se expressaria qualquer desvalor de ofensividade.²⁷

Segundo Mendoza Buergo, Volz é quem, de fato, toma uma posição decidida no sentido da subjetivação do conceito de perigo abstrato. Segundo Volz, deve-se levar em conta apenas o desvalor da ação para que seja identificado, de forma autêntica, um delito de perigo abstrato. Assim, conforme refere Mendoza Buergo, Volz estabelece a noção dos delitos de perigo abstrato a partir da contrariedade ao dever ou da infração ao dever de conduta – por levar a cabo uma conduta perigosa – ou ainda pela superação do risco permitido, em razão de uma atuação que supõe um risco já não permitido.²⁸ Isto é, a assunção do risco é tida como uma específica lesão de um dever.²⁹

²⁴ Id., *ibid.*, p. 94, 96 e ss. De ressaltar, ainda, a referência que Martin faz sobre os chamados delitos de idoneidade, dispondo que, diferentemente dos demais delitos de perigo abstrato, os delitos de idoneidade são em geral condutas necessárias e desejadas (o manejo de alimentos por exemplo). *Ibid.*, p. 99.

²⁵ CRAMER, Peter. *Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*. Tübingen: Mohr, 1962. p. 49. E é relevante a ponderação de Cramer quando escreve que não se pode deixar de afastar a punibilidade naquelas situações em que, devido a máximas de experiência, não se alcançaria, com segurança, um resultado danoso. Haveria aqui uma confrontação com o princípio da culpa, em razão da ausência de perigo para o bem jurídico. Tal situação se aplicaria apenas aos delitos contra bens jurídicos individuais, mas não no caso de bens jurídicos coletivos. Leia-se D’AVILA, *op. cit.*, p. 117.

²⁶ Id., *ibid.*, p. 68. Interessante também aqui a divergência entre Fabio D’Avila e Mendoza Buergo. O primeiro relaciona Cramer em tópico específico, como defensor de uma ideia de perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto. D’AVILA, *op. cit.*, p. 115-118. A segunda refere Cramer dentre aqueles que entendem os delitos de perigo abstrato como um delito caracterizado mais claramente pelo desvalor da ação, mas ainda numa posição de transição ou intermediária, como tentativa de superação das ideias de perigo abstrato como desvalor de resultado. MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 192-203.

²⁷ D’AVILA, *op. cit.*, p. 117-118.

²⁸ MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 204.

²⁹ Id., *ibid.*, p. 205.

Entretanto, faz bem ver que Volz estabelece situações em que, por sua atuação vigilante, tomando as devidas medidas de asseguramento para evitar o perigo, cuja produção não ocorre, acabaria por afastar o preenchimento do tipo.³⁰

A principal objeção que se impôs ao conceito de Volz foi a ausência de clareza³¹ e limpidez conceitual do que, de fato, seria “assunção de risco”. Na verdade, sua concepção permite uma abertura por demais acentuada, o que não é permitido.

Horn identifica os delitos de perigo abstrato com uma violação de cuidado objetivo, de forma que, em cada situação específica, se deveria verificar, de forma pontual, a violação ou não do dever de cuidado antes referido.³² Trata-se, sem dúvida, de uma forma de crime negligente que não atenta para os aspectos subjetivos da conduta.

E é justamente aí que estão centradas as principais críticas contra Horn, de forma que a sua teoria passaria apenas a ser uma mera condição objetiva de punibilidade.³³

Assim como Horn, Brehm também considera que o conteúdo material dos delitos de perigo abstrato está na violação do dever de cuidado. Essa violação do dever é vital para a noção de ilicitude, de forma que ela deve ser percebida de forma *ex ante* à conduta, com sentido de lesar o bem que seria protegido pela norma. E, de certa forma, é aqui que Brehm se afasta de Horn, pois assim passa a demonstrar uma preocupação mais sentida com os aspectos subjetivos da quebra do dever de cuidado.³⁴

As críticas contra a teoria de Brehm são muitas, desde uma certa fragilidade e rudimentaridade argumentativa até a ausência de uma fundamentação mais densa da noção de “interesses abstratos”, passando pelo problema do erro, até a questão da consideração da violação do dever de cuidado apenas de forma potencial, ainda que seja um elemento da norma e fundamento da ilicitude.³⁵

Segundo Schünemann, impõe-se uma diferenciação entre diferentes espécies de delitos de perigo abstrato. Uma delas, caracterizada pelos delitos com um “*vergeistigten Zwischenrechtsgut*” (bem jurídico-intermédio-espiritualizado); e, outra, naqueles casos de delitos “em massa” ou condutas em massa (*Massenhandlungen*). No primeiro caso, pequenas lesões sem relevância poderiam excluir a punibilidade, enquanto, no segundo, como, por exemplo, no tráfego de veículos, não haveria restrição à punibilidade.³⁶

Nos demais casos, Schünemann afirma que o legislador almeja justamente a sanção contra a violação da proibição. Aí é que se encontra a necessidade de harmonização com o princípio da culpabilidade, o

³⁰ Id., *Ibid.*, p. 205.

³¹ MARTIN, op. cit., p. 67.

³² HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährungsdelikte*. Köln: Otto Schmidt, 1973. p. 22.

³³ Nesse sentido: MEYER, Andreas. *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der “abstrakten Gefährungsdelikte” unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster; Hamburg: Lit, 1992. p. 209; MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 205; D’AVILA, op. cit., p. 120.

³⁴ BREHM, Wolfgang. *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikts*. Tübingen: Mohr, 1973. p. 126-127. E aqui, mais uma vez, é importante se reportar a Fabio D’Avila, pois afirma, com razão, que Brehm faz uma relevante distinção entre “interesse concreto” e “interesse abstrato”, nos quais seria mais difícil uma abordagem restritiva, de forma que a ilicitude se poderia comparar à simples violação de normas de proibição. D’AVILA, op. cit., p. 121.

³⁵ Sobre as críticas, MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 220-223.

³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährungsdelikte”, *JA*, 1975. p. 798.

que se daria pela figura da tentativa imprudente, caracterizada por uma infração subjetiva do dever de cuidado.³⁷

Em que pese a tentativa de Schünemann de buscar uma saída para os problemas atinentes aos delitos de perigo, sua concepção também logrou receber fortes críticas, em razão de acabar por antecipar, até as fronteiras de uma tentativa negligente, a possibilidade de punibilidade do Direito Penal.³⁸

Assim como Schünemann, Roxin estabelece diferenciações nos casos de delitos de perigo abstrato. E isso se dá em razão da busca da evitação de eventual violação do princípio da culpabilidade.

Dessa forma, Roxin entende que, naqueles casos de delitos tradicionais de perigo abstrato, assistiria razão a Schünemann, ao trabalhar a categoria de uma tentativa negligente.³⁹

Nos casos dos crimes em massa, como os delitos de trânsito, Roxin entende que a punição deveria ocorrer, mesmo naqueles casos de ausência de colocação em perigo. O mesmo se daria nos delitos de perigo abstrato com bens jurídicos espiritualizados, pois bastaria o desvalor da ação para a ocorrência da punibilidade.⁴⁰

A grande qualidade que pode ser apontada, no que se refere às ideias de Roxin, é a defesa empedernida que faz sobre o fato de os delitos de perigo abstrato também objetivarem a proteção de bens jurídicos.⁴¹

Segundo Silva Sánchez, os delitos de perigo abstrato são delitos de perigo real, que se caracterizam por uma periculosidade *ex ante* da conduta. Ele repele, desse modo, a noção de delito de perigo abstrato como delito de perigo presumido, pois ofenderiam uma noção que visualiza o Direito Penal como protetor de bens jurídicos.⁴²

Assim, os delitos de perigo abstrato poderiam ser entendidos em razão da pretensão do legislador de realizar uma antecipação da barreira de intervenção jurídico-penal a fatos que se podem entender como modalidades determinadas de imprudência não seguidas de resultado lesivo ou perigoso.⁴³

³⁷ Ibid., p. 798.

³⁸ Bem intensa foi aqui a crítica de Fabio D'Avila, conforme segue: “tal elaboração, todavia, muito pouco nos diz em termos de recuperação do ilícito. Ao optar por um critério de legitimação exclusivamente subjetivo, identificado na violação do dever subjetivo de cuidado, Schünemann rompe com as exigências impostas por uma concepção objetiva do *Unrecht*. Como deixa muito claro no exemplo referido, considera suficiente para a punibilidade o juízo subjetivo do autor, mesmo que objetivamente incorrecto, acerca do descuido de sua conduta. Admitir uma hipótese como esta é ir mais além da própria punibilidade da já conhecida e problemática tentativa inidônea, é conferir legitimidade a uma insólita tentativa negligente inidônea. Em outras palavras, admitir para além da punibilidade da mera vontade criminosa também a negligência irreal, fictícia, existente unicamente no imaginário do autor.”. D'AVILA, op. cit., p. 123-124.

³⁹ ROXIN, op. cit., p. 357. Também menciona aqui que a solução antes referida seria a mesma para aqueles casos de delitos de perigo abstrato-concreto, com certos elementos de acerto determinados pelo órgão judicial. Ibid., p. 358-359.

⁴⁰ Id., *ibid.*, p. 359.

⁴¹ Id., *ibid.*, p. 358. Ainda assim, a concepção de Roxin deixa a desejar quando não dá às categorias da ofensividade e da culpa um valor mais altaneiro. Nesse sentido: D'AVILA, op. cit., p. 126-129.

⁴² SILVA SÁNCHEZ *apud* MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 233-234. Por isso mesmo, pela falta de um conteúdo lesivo suficiente ou de um perigo relevante, Silva Sánchez rechaça os chamados delitos de acumulação, que seriam apenas uma forma de simplificar os problemas de imputação, bem como assevera que nem sempre a realização aparente do tipo signifique uma efetiva realização desse mesmo tipo. Ibid., p. 234-236.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ *apud* MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 234.

Corcoy Bidasolo objetiva estabelecer uma teoria normativa do perigo, de forma que um injusto objetivo supõe a criação de um risco grave para um bem jurídico-penal. Mas não só, pois a mesma autora refere que a constatação da existência de um perigo idôneo *ex ante* de lesão de um bem jurídico resultado é como um denominador comum de todo delito, seja de lesão, de perigo, de dolo ou de imprudência.⁴⁴

De outra parte, Corcoy Bidasolo afirma que há uma autonomia dos delitos de perigo e uma compatibilidade desses delitos com o princípio da ofensividade, bem como busca estabelecer uma concepção de delitos de perigo congruente com as garantias de um Direito Penal de intervenção mínima. Para isso, realiza uma análise da antijuridicidade e ofensividade dos delitos de perigo identificando quais bens jurídicos são protegidos, bem como quais os mecanismos de motivação relacionados com as normas penais que castigam essa espécie de comportamentos. De forma que a antijuridicidade material requer a concorrência de um perigo objetivo idôneo desde uma perspectiva *ex ante*, assim como a lesão de um bem jurídico penal desde uma perspectiva *ex post*, não havendo razão para a distinção entre delitos de perigo e delitos de lesão.⁴⁵

4. Delitos de perigo abstrato como delitos de perigosidade e de risco

Gallas também trabalha com uma noção de perigo abstrato como antecedente ou estágio prévio ao perigo concreto. Nos casos dos delitos de perigo abstrato, há uma chamada “perigosidade” geral da conduta, diferentemente de um resultado, o que é próprio dos delitos de perigo concreto.⁴⁶

Ainda acerca da noção de perigo como possibilidade de pôr em perigo, conforme refere Fabio D’Avila, Gallas afirma que a sua realização se deve dar *ex ante*, em conformidade com o desvalor da ação. Porém, a “perigosidade” se deve dar também numa perspectiva *ex post*, levando-se em conta um potencial desvalor de resultado, sempre atentando para as circunstâncias do caso concreto.⁴⁷

Manfredi Giusino vislumbra os crimes de perigo abstrato, por intermédio da ideia de normal periculosidade do fato, de forma que haveria fatos que, por si só, trariam uma perigosidade própria.⁴⁸

Dessa maneira, são as regras de experiência que delineiam uma conduta como perigosa, justamente no momento histórico das elaborações legislativas. Mas uma responsabilidade de relevo também caberia ao julgador, no instante da decisão, de forma a encontrar a periculosidade do fato no caso concreto, a periculosidade daquela efetiva realização típica. A barreira desse ilícito de perigo abstrato, descrito por Giusino, estaria na não impossibilidade de dano no caso concreto.⁴⁹

Mayer busca legitimar os delitos de perigo abstrato a partir de uma leitura constitucional. Mas a posição do autor não fica resumida nessa colocação, de forma que ainda refere que, nessa classe de delitos,

⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 40-41.

⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 143 e ss.

⁴⁶ GALLAS *apud* D’AVILA, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 145-146.

⁴⁸ GIUSINO, Manfredi. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 402.

⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 404-407.

deveria haver uma relação negativa com o bem jurídico⁵⁰ e uma periculosidade que seria própria da conduta desfechada pelo autor, uma periculosidade da ação que ocasionaria um desvalor de periculosidade (*Gefährlichkeitsunwert*).⁵¹

Assim, nos chamados delitos de perigo abstrato, a conduta típica deveria acarretar uma causa de possibilidade de lesão ao bem jurídico.⁵² De outra parte, essa periculosidade haveria de ser constatada *ex ante*, por intermédio de um juízo sobre a lesão capaz de ocorrer, levando-se em consideração as circunstâncias do fato e a capacidade do autor de utilizar os seus próprios conhecimentos, de forma que só uma probabilidade de lesão, acima de um risco geral, é que preencheria o tipo penal.⁵³

Segundo Mendoza Buergo, sua concepção parte de uma influência necessária dos princípios informadores e limitadores do Direito Penal, bem como de uma noção de proteção dos bens jurídicos, da ideia de lesividade, fragmentariedade e *ultima ratio*.⁵⁴

Desse modo, só podem ser consideradas verdadeiramente típicas aquelas condutas que, segundo Mendoza Buergo, além de coincidir com a descrição do tipo, constituem ações antinormativas que atentam contra o bem jurídico protegido, por serem lesivas ou perigosas. E assim o desvalor objetivo material da ação se revela como elemento central da constituição do tipo de injusto.⁵⁵

E, para além disso, Mendoza Buergo afirma que a chamada “perigosidade” é um elemento imprescindível do injusto. Assim, a “perigosidade” da conduta é um elemento objetivo necessário do injusto em todos os delitos, que se não de valorar por um juízo *ex ante*.⁵⁶

⁵⁰ Interessante que aqui Mayer procura substituir aquelas expressões como lesão ao bem jurídico (*Rechtsgutsverletzung*), pôr em perigo o bem jurídico (*Rechtsgutsgefährdung*), prejuízo ao bem jurídico (*Rechtsgutsbeeinträchtigung*) ou ofensa ao bem jurídico (*Angriff auf das Rechtsgut*) pela chamada relação negativa com o bem jurídico (*Negative Rechtsgutsbezug*). MAYER, Andreas H. *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der “abstrakten Gefährdungsdelikte” unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster; Hamburg: Lit, 1992. p. 93.

⁵¹ MEYER, op. cit. p. 179.

⁵² Ou, como afirma o próprio Mayer: “Die in den ‘abstrakten Gefährdungsdelikten’ vorausgesetzte Tathandlung muß m.a.W. als mögliche Ursache der Verletzung des geschützten Rechtsguts erscheinen”. Op. cit., p. 182-183.

⁵³ Conforme refere Mayer: op. cit. *als Prognose ex ante zu fällen. Die dabei heranzuziehenden Erfahrungssätze müssen zum Zeitpunkt der Tathandlung bereits entdeckt sein. Die Prognose muß die Verletzung eines Rechtsguts als über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehend wahrscheinlich erscheinen lassen.*” Op. cit., 1992. p. 207. Também é relevante trazer à tona, nesse instante, o trabalho de Hirsch, por sua semelhança com o pensamento de Mayer, ao menos em nosso juízo, pois também almeja estabelecer novas concepções para a noção de perigo abstrato. Para Hirsch, a ideia de perigo abstrato deveria ser cindida em periculosidade concreta (concreta possibilidade de lesão ao bem jurídico, percebida *ex ante*) e periculosidade abstrata (uma perigosidade imanente ao tipo, de risco, que independe de qualquer ajuste concreto). HIRSCH, Hans Joachim. “Gefahr und Gefährlichkeit”. In: *Strafgerichtsbarkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 548-550 e ss. E, por sua vez, semelhante com Hirsch, está Zieschang, que inclusive aceita a terminologia de Hirsch, de delitos de periculosidade concreta e periculosidade abstrata, porém cria também os chamados delitos de potencial de pôr em perigo, autênticos crimes de resultado, caracterizados pela concreta situação perigosa, com uma lesão ou exposição do bem jurídico ainda que de forma potencial. Zieschang ainda refere aqueles casos dos crimes de perigo como mero descumprimento de uma norma. Nesse diapasão, Zieschang assevera que os crimes de “perigosidade” abstrata deveriam ser considerados apenas na esfera administrativa e aqueles delitos de “perigosidade” concreta, de lesão, de potencial de pôr em perigo e de concreto pôr em perigo caberiam ao direito penal. ZIESCHANG, Frank. *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 391. No mesmo sentido as citações de D’AVILA, op. cit., p. 151-53 e MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 320-322.

⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 350.

⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 392-393.

⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 395.

De outra parte, Mendoza Buergo afirma que aqueles delitos puros de perigo abstrato devem ser evitados, exceto naqueles casos flagrantes de “perigosidade” da conduta.⁵⁷

Por fim, Mendoza Buergo exige que mesmo naqueles casos de perigo abstrato puro deveriam estar presentes a real “perigosidade” da conduta, bem como aquelas características fundamentais da chamada teoria da imputação objetiva.⁵⁸ Só assim, poder-se-ia alcançar a relevância típica da conduta, decorrente de um risco ou perigo de elevada significação.⁵⁹

Embora a inclusão de Wohlers nessa temática seja polêmica, em razão de que propõe uma noção bem diferenciada de delitos de perigo abstrato, parece que esse autor também traz consigo uma noção de delito relacionado com “perigosidade” e risco.

Segundo Wohlers, há casos em que a ação típica, por si só, já leva o perigo ao bem jurídico, de forma que deveria incidir sobre a figura do delito abstrato. Seria o caso de criminalização em razão do surgimento de um perigo para além do alcance do autor.⁶⁰ Em outras situações, não haveria outra solução senão utilizar-se da categoria dos delitos de acumulação, devidamente temperados por prognósticos ou expectativas realistas.⁶¹ E haveria também outra situação que permitiria a criminalização pela categoria

⁵⁷ Relevante aqui é a afirmação de Mendoza Buergo: “Este modelo de delito de peligro abstracto, por tanto, puede responder a las expectativas de proveer un modelo de tipificación dogmáticamente adecuado y político-criminalmente legítimo de conductas peligrosas, pues dotan de mayor contenido de injusto al delito de peligro abstracto puro y exigen la constatación del contacto efectivo – más azaroso – de la conducta con un posible objeto del bien jurídico. Realmente suponen un modelo de tipificación del peligro abstracto donde se plantea por primera vez la comprobación de lo que positivamente es un peligro abstracto, pues en los clásicos delitos de peligro abstracto no se lleva a cabo. La fórmula, a pesar de la heterogeneidad de su plasmación típica, es propuesta cada vez más como modelo a utilizar de manera preferente por el legislador, en lugar del tipo clásico de delito de peligro abstracto, por quienes, como también se sostiene aquí, piensan que ésta última técnica de tipificación del peligro abstracto debe ser evitada en la mayor medida posible.” Ibid., p. 414-415.

⁵⁸ Para ser mais expressivo: “Así pues, resulta necesario exigir la peligrosidad efectiva de la acción en el caso concreto, desde una perspectiva *ex ante*, para cuya determinación entiendo que, en el plano dogmático, puede ser especialmente útil y oportuna la aplicación de criterios de imputación objetiva, fundamentalmente, aunque no sólo, porque constituye la construcción actualmente en mejores condiciones de fundamentar un concepto de injusto a través de parámetros objetivo-normativos”. Ibid., p. 440.

⁵⁹ Como refere Mendoza Buergo: “Em definitiva, la cuestión de La creación o no de un peligro típicamente relevante, se injuicia desde la perspectiva *ex ante*, siendo decisivo el criterio de si un observador objetivo hubiera considerado en ese momento que la conducta correspondiente era arriesgada o aumenta el peligro, teniendo también en cuenta los eventuales conocimientos especiales del autor.” Ibid., p. 460.

⁶⁰ WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechjys – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*. Berlin: Dunckr & Humblot, 2000. p. 311 e ss. Segundo Wohlers: “Wie oben dargelet, erfaBt der Deliktstypus des konkreten Gefährlichkeitsdelikts Verhaltensweisen, bei denen eine konkrete Gefährdung bzw. Schädigung nur deswegen ausgeblieben ist, weil sich kein Rechtsgutobjekt im Einwirkungsbereich des Tätes befand. Der Sache nach handelt es sich bei den diesem Deliktstypus angehörenden Straftatbeständen um tatbestandlich vertype Gefährsetzungen”. Ibid., p. 311.

⁶¹ Id., *ibid.*, p. 318 e ss. De ressaltar, como salienta Fabio D’Avila, que o grande impulsionador da ideia de delitos de acumulação foi Kuhlen, ao trabalhar uma leitura diferenciada dos delitos de poluição, a partir de uma perspectiva antropocêntrica-ecocêntrica. D’AVILA, *op. cit.*, p. 119-120. Também defendendo uma ideia de acumulação para a punição de delitos de perigo abstrato, principalmente nos casos de meio ambiente, encontra-se Hefendehl. Aliás, Hefendehl vai além, tratando também da necessidade de se trabalhar as espécies de delito a partir dos bens jurídicos protegidos, de cariz coletivo ou individual, trazendo à tona ainda a figura daquilo que poderíamos referir como delitos com lesividade potencial. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2002. p. 157 e ss.

típica do perigo abstrato: aquelas situações em que não há propriamente um bem jurídico afetado, mas que, ainda assim, merecem uma atenção especial, pois poderiam potencializar o perigo de que o próprio agente ou outras pessoas venham a cometer uma ação mais lesiva.⁶²

5. Delitos de perigo abstrato a partir da ideia de cuidado de perigo de Faria Costa

Se a matriz do nosso pensamento acerca da eficiência está na relação matricial ontoantropológica de cuidado de perigo, por certo que aqui também fomos influenciados por essa linha de pensamento. E o fomos não por uma adesão a um argumento de autoridade, mas em razão de que tal construção, ao nosso sentir, é aquela que permite a melhor abordagem e aproximação para os problemas dos delitos de perigo abstrato e de sua relação com a eficiência.

Não se trata, por conseguinte, de desprezar as construções que antes vimos. Ao contrário, trata-se, sim, de estruturar uma noção de eficiência que, para nós, repercute, de forma certa, nos delitos de perigo abstrato.

Por tudo isso, não podemos fugir de nossa raiz epistemológica, de nosso próprio cerne científico, que é o pensamento ontoantropológico do cuidado de perigo, desenvolvido por Faria Costa.

E essa relação ontoantropológica de cuidado de perigo, de cuidado com o outro e entre todos, repercute essencialmente nos delitos de perigo abstrato, que se mostra um campo fecundo de problematizações para a política criminal, à dogmática penal e à própria legitimidade das incriminações legislativas em Direito Penal. É precisa a indagação de Faria Costa: “*onde radica a legitimidade do Estado para punir meras situações de pôr-em-perigo ou ainda para punir, não aquelas concretas situações de pôr-em-perigo, mas tão-somente a situação ‘potencial’ de pôr-em-perigo?*”⁶³

Faria Costa, entretanto, repele a ideia de que a legitimação dos delitos de perigo abstrato se dê pela pretensa diminuição da criminalidade.⁶⁴ Na verdade, segundo afirma Faria Costa, há um outro nível de ofensividade em relação ao bem jurídico que vai além do dano-violação, um espaço de ofensividade que se caracteriza pela “comoção de certeza do ser”.⁶⁵ E é a partir dessa noção que se percebe uma ofensa que permite trazer à baila a técnica de cuidado de perigo, a partir de uma afetação daquele halo que circunda o bem jurídico, ao qual a comunidade concede a dignidade da proteção penal.⁶⁶

Eis o ponto de chegada, o limite da interferência jurídico-penal, o alcance mais distante que se pode alcançar, legitimamente, com a ciência jurídico-penal. E, assim,

⁶² WOHLERS, op. cit., p. 328 e ss. Como refere Wohlers: “*Wie oben dargelegt wurde, liegt das spezifische Risikopotential der hier als Vorbereitungsdelikte bezeichneten Verhaltensweisen darin, daß entweder der Handelnde selbst oder abe reina andere Person na das Ergebnis der in Frage stehenden Verhaltensweise anknüpfen und hieraus dann die Beeinträchtigung eines Interesses resultieren kann*”. Ibid.

⁶³ COSTA, op. cit., p. 568.

⁶⁴ Id., ibid., p. 578.

⁶⁵ Id., ibid., p. 630.

⁶⁶ Id., ibid., p. 630.

O desvalor de cuidado-de-perigo fundamenta o ilícito-típico dos crimes de perigo abstrato, independentemente da existência de um concreto e identificável bem jurídico. A razão de ser do desvalor inerente ao cuidado-de-perigo com que queremos fundamentar os crimes de perigo abstrato está ainda, se bem que de uma forma tênue, na perversão da matricial e originária relação de cuidado-de-perigo. A perversão dessa relação suscita não um dano, não um perigo, mas um cuidado-de-perigo.⁶⁷

Da mesma forma, Faria Costa não vislumbra uma incompatibilidade dos delitos de perigo abstrato com a ofensividade ou com um paradigma constitucional, pois não bastaria ao legislador definir uma conduta de perigo abstrato, mas também verificar se a utilização da categoria do cuidado de perigo, a mais avançada das defesas jurídico-constitucionais permitidas, estaria destinada a proteger, por meio de uma ligação, um bem jurídico com dignidade penal.⁶⁸

Seguindo a perspectiva de uma visão ontoantropológica de cuidado de perigo, Fabio D'Avila assevera que em razão de uma impossibilidade de criação de tipificações perfeitas de cuidado de perigo, o julgador deveria atentar não apenas aos aspectos formais, mas também aos critérios de ofensividade, repelindo, por conseguinte, todas aquelas situações em que a lesão ao bem jurídico se torne impossível.⁶⁹

Desse modo, o autor expressa que os dois primeiros elementos essenciais dos delitos de perigo abstrato seriam a ausência ou não exigência de um bem jurídico concretamente exposto a perigo e à necessidade de uma situação relacional que possa expressar, ainda que de forma mínima, o conteúdo conformador da noção de perigo.

E daí Fabio D'Avila salta para uma ideia de acertamento dos delitos de perigo abstrato, a partir de uma possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico. Nessas situações, dever-se-ia realizar, inicialmente, um juízo *ex ante* de objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido e, posteriormente, um juízo negativo de significação dessa possibilidade, sob o âmbito normativo do tipo. A ofensa, em tais casos, assumiria a forma de uma interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, uma inadmissível perturbação na tensão primitiva da relação de cuidado de perigo que o ilícito-típico de perigo abstrato pretende evitar. Somente haverá ofensividade, assim, caso haja a interseção do raio de ação do perigo, com a esfera de manifestação do bem jurídico. Todavia, ainda haverá situações em que tal interseção não acarretará uma efetiva ofensa, em razão daquele critério antes referido da não insignificância.⁷⁰

A nossa concordância com o critério criado e sustentado por Faria Costa para solver a questão da legitimidade atinente aos delitos de perigo abstrato já foi colocada. Entretanto, também nos parece pertinente que se revele aqui a opinião de Fabio D'Avila, ao estabelecer critérios para o esclarecimento dos delitos de perigo abstrato.

⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 634.

⁶⁸ COSTA, *op. cit.*, p. 646-650.

⁶⁹ D'AVILA, *op. cit.* p. 166-167.

⁷⁰ Id. *ibid.*, p. 172-173. Ainda, seguindo um critério de determinação dos delitos de perigo abstrato a partir de um pensamento ontoantropológico de cuidado de perigo, a dissertação de MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limite à criminalização de condutas*. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2008.

E essa concordância é mais relevante quando se trabalha com a noção de eficiência que construímos, uma noção de otimização de legitimidade numa simbiose entre o fundamento, a função e a finalidade do Direito Penal.

Mas qual a repercussão que pode ter a eficiência para os delitos de perigo abstrato? Conforme referimos, hoje se está a falar de eficiência como redução de criminalidade, de forma que se lança mão dos delitos de perigo abstrato, para pretensamente se diminuir a criminalidade.

Não é esse o nosso paradigma. Bem ao contrário. Entendemos ser impossível trabalhar os delitos de perigo abstrato sem atentar para a ideia de bem jurídico, para a relação ontoantropológica de cuidado de perigo, como também para a finalidade de justiça e paz jurídica, que é a finalidade do Direito Penal. Não que, sempre e em todas as situações, esse modelo de tipificação esteja a exigir um bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa ou a afetar direta e frontalmente uma esfera de manifestação dinâmica dos bens jurídicos, mas, sim, que sempre no norte da tipificação deve estar a ideia de bem jurídico, pois não se há de lançar mão do Direito Penal senão para, ao fim e ao cabo, proteger os bens jurídicos.

Assim, parece-nos que há de se agregar àquela concepção de Faria Costa uma ideia de eficiência, de eficiência como unidade de sentido entre a função, o fundamento e a finalidade do Direito Penal.

Mas aqui se impõe uma diferenciação. É que, ao nosso ver, a indagação que se haverá de fazer, numa perspectiva *ex ante*, não é apenas aquela que diz respeito à real possibilidade de afetação do bem jurídico, mas, para além disso, uma dupla interrogação seja acerca da afetação da relação ontoantropológica de cuidado de perigo, bem como acerca da real possibilidade de afetação do bem jurídico. E, num segundo momento, aí, sim, atinente ao âmbito normativo do tipo, mais uma dupla interrogação, acerca da não insignificância da conduta e do alcançamento da justiça e da paz jurídica para reconhecimento do ilícito típico. E, diga-se, justiça e paz no sentido que referimos, de ponderação, de equilíbrio, de medianidade, numa espécie de prognose, antes mesmo da visualização de um resultado concreto.⁷¹

6. Considerações finais

Quando falamos do nosso *a priori*, da nossa intenção de trazer à tona a relevância da eficiência para uma melhor percepção dos delitos de perigo abstrato, sabíamos que alguns problemas teriam que ser vencidos. O principal deles, procurar demonstrar a relevância de uma noção de eficiência, não para reduzir a criminalidade ou os delitos, mas, sim, para estabelecer uma forma mais ampla de legitimação do Direito Penal. Uma forma mais ampla de legitimação que trabalhasse também com a eficiência, mas não só com ela. Uma forma de legitimação que trabalhasse com a eficiência ultrapassando um funcionalismo mais radical e a análise econômica do Direito. E aí chegamos até a concepção de eficiência

⁷¹ E aqui nunca é prudente esquecer o que disse RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1995. p. 172. “É esta justa distância entre os parceiros afrontados, demasiado próximos no conflito e demasiado afastados um do outro na ignorância, no ódio, ou no desprezo, que resume bastante bem, penso, os dois aspectos do ato de julgar: por um lado, cortar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer reconhecer a cada um a parte que o outro ocupa na mesma sociedade, em virtude do que o ganhador e o perdedor do processo seriam reputados ter cada qual a justa parte no esquema de cooperação que é a sociedade”. p. 169.

como unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do Direito Penal. A eficiência, para nós, estará aí, na conjunção e na percepção dialética desse todo que necessita de um entrelaçamento.

Porém, sempre foi, para nós, uma preocupação a repercussão prática dessa percepção, não apenas sobre os delitos de perigo abstrato, a mais moderna forma de tipificação da tutela penal, mas até sobre seus efeitos na esfera processual penal, como veremos adiante. Porém, no campo de repercussão dos delitos de perigo abstrato, a preocupação era ainda maior em razão da pretensa inconstitucionalidade desses delitos, bem como em razão da forma de introduzir a eficiência para um adequado tratamento dessa temática. Era fundamental, pois, não apenas explicar como se daria a invasão da noção de eficiência nos delitos de perigo abstrato, mas também que se problematizasse, concretamente, o resultado dessa interferência em casos pontuais e reais.

E, portanto, chegou-se às ponderações e conclusões que foram expostas. A necessidade de indagar, num primeiro momento, acerca da afetação de uma relação ontoantropológica de cuidado de perigo e da ameaça ou violação do bem jurídico ou da sua esfera dinâmica de manifestação nos parece vital para dotar os delitos de perigo abstrato de maior densidade ofensiva. Verificar a viabilidade de criminalização de uma conduta que, nem de saída, afeta uma relação ontoantropológica de cuidado de perigo ou um bem jurídico não nos parece minimamente adequado. Ao contrário, aí nos pareceria uma abertura de fronteiras para punições meramente simbólicas, para meras violações de dever, sem eficiência e sem relevância jurídico-penal.

De outra parte, ultrapassando uma ideia de simples incriminação, não se poderia deixar de indagar, sob o plano normativo do tipo, acerca da não insignificância e da justiça da punição de um ilícito típico de cuidado de perigo. Muitas e muitas condutas de cuidado de perigo podem se apresentar, sob o âmbito do tipo, como insignificantes. E, para nós, há também uma preocupação que não nos soa como desprezível: uma tendência de atentar para os delitos de cuidado de perigo sob um ângulo puramente formal, sem observar a prudência de punição de condutas que, *de per se*, nenhuma repercussão ofensiva possuem. Por isso a preocupação de trazer aqui a ideia de justiça e paz jurídica para a verificação da punibilidade dessa espécie de delito.

Nos exemplos trazidos, não é incomum que, na prática forense, muitas vezes, a discussão sobre a justiça da punição e o alcançamento da paz jurídica fiquem completamente alijadas da discussão processual. Poderão afirmar: mas, sempre e em todos os casos, dever-se-ia indagar da justiça da incriminação e da punição e se ambas alcançam a paz jurídica? Ocorre que, nos delitos de resultado, como no homicídio, por exemplo, exceto naqueles casos em que há uma justificativa ou excludente para tanto, a punição é em si justa e, em geral, não se põe isso em causa. O mesmo não se pode dizer do uso de drogas, do porte ou posse de arma, da embriaguez ao volante, da poluição ou da gestão fraudulenta ou temerária. Parece que, nesses últimos delitos, uma ofensividade menor tem levado à opacidade da indagação acerca da justiça de uma punição dessas condutas. Uma opacidade, que tem levado o operador do Direito a retornar para posturas passivas e positivistas, impróprias ao contexto atual. Mas, é bem de se ver, entendemos que as ideias de justiça e de alcançamento da paz jurídica, em tais casos, não estão soltas e perdidas, mas devem ser vistas num contexto que realce a ideia de eficiência, que atente para uma ideia de unidade de sentido do Direito Penal.

E, vistos assim e encarados assim, pensamos que os delitos de perigo abstrato encontrarão uma ainda maior capacidade de legitimação, não apenas por trazerem para o seu cerne essa unidade de sentido entre fundamento, função e finalidade do Direito Penal, mas por também trabalharem a ideia de eficiência, sem desnaturar as garantias e os fundamentos de um Direito Penal, de que somos herdeiros responsáveis.

Referências bibliográficas

O ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E A QUESTÃO DA PUNIBILIDADE DA TENTATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

THE CLOSURE OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND THE QUESTION OF THE PUNISHABILITY OF THE ATTEMPTED CRIME IN CASE OF TAX CRIMES

WALTER BARBOSA BITTAR

Doutor em Ciências Criminais, PUC/RS.

Professor de Direito penal e Criminologia da PUC/PR. walter@advocaciabittar.adv.br

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar as conseqüências advindas das diversas interpretações sobre a natureza jurídica do encerramento do procedimento administrativo nos crimes fiscais, em especial ante ao entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com relação aos critérios necessários para a persecução penal nos ilícitos tributários e os seus reflexos em face da teoria geral do delito, com especial atenção à hipótese do crime tentado.

PALAVRAS-CHAVES: Punibilidade. Crime fiscal. Tentativa.

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate the consequences of judicial nature of the closure of the administrative procedure in tax crime, in particular before the understanding of the jurisprudence of the Federal Supreme Court, with regard to the criteria required for criminal prosecution of tax offenses and its reflexes in the face of the general theory of crime.

KEYWORDS: punishability, tax crime, attempted crime.

SUMÁRIO: 1 Observações necessárias; 2 Alguns problemas inerentes ao tipo penal tributário; 3 O encerramento do procedimento administrativo: Há relevância penal inerente a sua configuração como fato típico ou condicionante da punibilidade?; 4 A existência do tributo: elemento nuclear do tipo ou condicionante da punibilidade? 5 A questão da tentativa; 6 Conclusão; 7 Referências bibliográficas.

1. Observações necessárias

Desde a promulgação da Lei 8.137/90, de 27.dez.1990, especificamente quanto à redação das normas pertinentes aos crimes contra a ordem tributária, observa-se a inquietante realidade da falta de coerência doutrinária e jurisprudencial, pertinentes aos delitos fiscais, que está intrinsecamente ligada ao problema da punibilidade dessas condutas: a possibilidade de punição de uma conduta que se subsuma ao tipo penal do crime tributário sem a conclusão do procedimento administrativo fiscal.¹

¹ Veja-se a respeito do tema, a título de exemplo, durante a década de 90: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 119/120. BORGES, Jose Cassiano; REIS, Maria Lucia Américo. *Crimes contra a ordem tributária*, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 39/66.

A questão específica ora em análise é que a interpretação do núcleo do tipo penal descrito no artigo 1º, focado nas expressões “suprimir ou reduzir tributo”, deu origem a uma série de divergências doutrinárias quanto à natureza jurídico-penal da conclusão do procedimento administrativo de apuração e exigência do crédito tributário (ou processo de lançamento do tributo); isso ocasionou uma série de posicionamentos distintos sobre a questão da punibilidade do crime fiscal, cujas conseqüências foram refletidas claramente na jurisprudência pátria, que passou a não admitir o prosseguimento do procedimento persecutório penal, enquanto administrativamente não apurada a exigência do crédito tributário, nas hipóteses previstas no art. 1º, da Lei 8.137/90, lastreada principalmente no precedente criado pelo Supremo Tribunal Federal, fixado no julgamento do *Habeas Corpus* 81.611-DF,² culminando na edição da súmula 24 do STF.³

O precedente a partir do *HC* 81.611-DF passou a ser citado em julgamentos posteriores,⁴ que também assinalaram que o “tributo devido” constitui elemento imprescindível para o advento da punibilidade ou da persecução criminal; e o crime só está consumado com o lançamento definitivo, após a fixação do montante da obrigação tributária suprimida ou reduzida, o que só ocorre quando inexistente pendência de recurso administrativo perante as autoridades fazendárias e, sendo assim, se não resolvida a pendência ausente a justa causa para a ação penal.⁵

Porém, ao firmar tal entendimento, deixou em aberto a Suprema Corte questões dogmáticas de Direito material importantes e que refletem na matéria penal da tentativa: a inexistência de decisão definitiva do processo administrativo de lançamento é uma condição objetiva de punibilidade (onde é incabível a tentativa) ou é um elemento normativo do tipo⁶? É possível tratá-las de forma idêntica de acordo com a teoria do delito? Se o processo administrativo de lançamento reconhecer a decadência do tributo, existe tentativa punível, especialmente considerando as discussões existentes sobre essa hipótese em face da punibilidade e não do tipo penal?

Essas questões que agora são colocadas como objeto do presente trabalho, não se restringem apenas a meras questões acadêmicas (diferença entre elemento normativo do tipo e condições objetivas de punibilidade), mas gera desdobramentos práticos complexos e permite questionar a coerência das decisões emanadas de nossos Tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, que terminou por pacificar o tema na jurisprudência e arrefecer o debate doutrinário.

² *HC* 81.611-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.dez.2003, DJ 13.maio.2005, p. 84.

³ “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”.

⁴ Como, por exemplo pode ser constatado nos seguintes julgados do próprio STF: *HC* 108159-RO, rel. Min. Dias Toffoli, j. 19.mar.2013; *HC* 102477-SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28.jun.2011; *HC* 86236, rel. Cezar Peluso, j. 2.jun.2009, *HC* 84965-MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.dez.2011;

⁵ *HC* 81.611-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.dez.2003, DJ 13.maio.2005, p. 84.

⁶ A própria ementa do *HC* 81.611-DF deixa a dúvida: “(...)1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo (...)”.

2. Alguns problemas inerentes ao tipo penal tributário

Uma discussão sempre presente em torno do Direito Penal Econômico,⁷ certamente enfrenta o fenômeno da impunidade de condutas fraudulentas praticadas por grupos poderosos, especificamente no âmbito da atividade empresarial, relacionada a empresários e diretores, fenômeno que possui diversas vertentes e obedece a fatores diversos. Alguns deles resultam extrínsecos à legislação penal: conluio entre grandes empresas, poder político e/ou seus órgãos supervisores, grupos de pressão, dificuldades de investigação e de prova, seletividade secundária do sistema penal etc. Outros têm a ver com a existência de lacunas de tipificação, ou bem com o emprego de uma má técnica de tipificação.⁸

Porém, em outras situações, a impunidade deriva de dificuldades e defeitos na prática interpretativa dos tipos penais existentes, aliada a certa falta de sensibilidade político-criminal, ao se permitirem inúmeras hipóteses de extinção da punibilidade do sonegador pelo pagamento do valor fraudado ilicitamente,⁹ em especial quanto à forma de interpretação que tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria se verificam.¹⁰

Por outro lado, é preciso pensar que a introdução de um preceito na legislação penal não deveria ser fruto da improvisação ou de uma reação política mal refletida, pois o estabelecer de qualquer consequência jurídica deveria ser o resultado de um processo racional das discussões, nas quais, inclusive para referendar

⁷ No presente trabalho admite-se o crime contra a ordem tributária como inserido dentro do conceito de Direito Penal Econômico. Assim, mesmo que não seja objeto do presente trabalho aprofundar o alcance e significado da disciplina, certo é que “o direito penal econômico se perfila como dogmaticamente autônomo face ao direito penal geral (e, em especial, perante o direito penal patrimonial)”. FONSECA, Hugo Duarte. *Direito penal econômico: da autoria dogmática à integridade nos princípios*. In: COSTA, Jose de Faria (Coord.) *Temas de direito penal econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 148.

⁸ CASTAÑON, Jose Manuel Paredes. Problemas de tipicidade em las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Dir.); CALATAYUD, Manuel Maroto (Coord.) *Crisis financiera y derecho penal económico*. Buenos Aires: Edisofer/Editorial B de f, 2014. p. 787.

⁹ São inúmeras as normas já promulgadas no Brasil que permitem a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo: A promulgação da Lei nº 8.137/90, em 27 dezembro de 1990, que definia, além dos crimes contra ordem tributária, os crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, já previa, em seu art. 14, a extinção da punibilidade do agente que promovesse o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, possibilidade que, apenas um ano após a sua publicação, foi revogada, por força do artigo 98, da Lei nº 8.383, de 30 dezembro de 1991. Entretanto, passados mais de três anos, a possibilidade retornou, por força da Lei nº 9.249, de 26 dezembro de 1995, que, em seu art. 34, permitiu – novamente – a extinção da punibilidade sob idênticas condições. Posteriormente, em 10 abril de 2000, e, dando continuidade à política criminal de restrição da punibilidade, a normatização é outra vez alterada, por força do art. 15, para suspender a pretensão punitiva, quando a pessoa jurídica, relacionada com o agente, tenha sido incluída em programa de recuperação fiscal (Refis), antes do recebimento da denúncia criminal, o que teve seu âmbito de abrangência ampliado por força do art. 9º, da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, que permitiu aumentar a possibilidade da suspensão da pretensão punitiva, mesmo após o recebimento da denúncia, sem qualquer limite temporal, ou seja, mesmo diante de sentença condenatória.

A inexistência de limite temporal somente terminou por força da Lei nº 12.382, de 25 fevereiro de 2011, que alterou o art. 83 da Lei nº 9.430/96, estabelecendo o recebimento da denúncia para a concessão do beneplácito, como marco temporal, a fim de possibilitar a suspensão da pretensão punitiva, situação que, aliás, pode ser alterada a qualquer momento, dependendo do bom ou mau humor do legislador.

¹⁰ Para tanto, basta observar a resistência da jurisprudência brasileira, até a paradigmática decisão do STF no HC 81.611-DF, em não entender necessário o encerramento do procedimento administrativo fiscal para o início da persecução penal, já destacada no item 1 do presente artigo.

sua legitimidade, implica participação da ciência que estuda a disciplina, cuja idoneidade político-criminal em termos de elaboração da norma mais técnica serve para a otimização de seus fins.¹¹

Desafortunadamente, não é o que se verifica na elaboração de legislações penais que imiscuem matérias de Direito distintas, como é o caso das disciplinas administrativas e criminais, resultando em uma redação que dificulta seu estudo, aplicação e desenvolvimento, a isso reagindo a Ciência do Direito de formas distintas.¹²

Na hipótese em estudo, deve ser observado que a Lei 8.137/90, de 27.dez.1990, que define os crimes contra a ordem tributária, apesar de reproduzir quase que fielmente os tipos penais anteriormente previstos na Lei 4.729, de 14.jul.1965 (que previa os crimes de sonegação fiscal), criando outros, antes inexistentes,¹³ deixou claro que optou o legislador brasileiro por elaborar um tipo misto alternativo e cumulativo.¹⁴ Contudo, se os crimes definidos na Lei 4.729/65 são todos de mera conduta, pois se aperfeiçoam sem o resultado lesivo,¹⁵ o mesmo não ocorre com os crimes fiscais previstos na Lei 8.137/90.

Fato é que optou o legislador pátrio por dividir os crimes contra a ordem tributária em duas espécies: os praticados por particulares (art. 1º e 2º) e os praticados por funcionários públicos (art. 3º). A primeira dessas espécies foi subdividida em duas classes de tipo: uma prevista no artigo 1º, incisos de I a V (delito de natureza material ou de resultado);¹⁶ outra, no artigo 2º, incisos de I a V (delito de natureza formal ou de mera conduta).¹⁷

¹¹ LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*. Granada: Comares, 2007. p. 2-3.

¹² Ainda de acordo com a lição de Fernando Guanarteme Sanchez Lázaro, de *lege lata* a reação é tentar oferecer, criticamente com a solução legal, vias de interpretação que permitam superar as carências técnicas do preceito, enquanto de *lege ferenda*, concretiza a elaboração de propostas alternativas de reforma da regulação positiva criticada. Op. cit., p. 3.

¹³ STOCO, Rui. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. v. 1. FRANCO, Alberto Silva (Coord.), 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 601.

¹⁴ “Correspondem a casos em que o legislador incrimina da mesma forma, alternativamente, hipóteses diversas do mesmo fato, todas atingindo o mesmo bem ou interesse, a todas atribuindo o mesmo desvalor”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 193

¹⁵ COSTA JR., Paulo Jose da; DENARI, Zelmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 100/101.

¹⁶ “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 a 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, relativo a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecer-la em desacordo com a legislação”

¹⁷ “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”.

A questão da natureza dos artigos 1º e 2º (material e formal) não impõe óbice à necessária e efetiva supressão ou redução de tributo para a subsunção típica à norma, eis que o núcleo de ambos os tipos ora em destaque é a própria valoração objeto da ação delituosa, posto que a conduta descrita com o verbo (suprimir ou reduzir) modela a estrutura do tipo e integra todos os seus elementos.

Desse modo, sem olvidar que tributo compõe o elemento normativo do tipo, todos os conceitos que implicam valorações e que se acham no contexto da norma incriminadora são normativos,¹⁸ reforçando o entendimento de que o lançamento definitivo poderá afetar a subsunção de uma conduta típica da norma pois a responsabilidade tributária, pela descrição das normas em comento, não pode ser desatrelada da própria responsabilidade criminal.

Importa ainda ressaltar o magistério de Luiz Regis Prado, ao comentar a hipótese da tipicidade do art. 1º da Lei, 8.137/80, esclarecendo ainda que “não é suficiente para a configuração do tipo a supressão ou redução do tributo, mas exige-se também que sejam consequência de um comportamento anterior fraudulento”,¹⁹ caracterizado pelo dolo do agente.

Acrescente-se ainda que uma eventual sanção por crime fiscal, sem a definição do tributo eventualmente suprimido ou reduzido, além de não configurar a violação da norma primária (no caso preceito), resta obstada; eis que a inexistência de sanção tributária, implica a inexistência da própria norma sancionatória, “na medida em que sua função exclusiva é garantir o recolhimento da obrigação tributária”,²⁰ dela dependendo e com ela se integrando, ou seja: se a sanção tributária resta inexistente, pode afetar o sentido da aplicação da sanção criminal pois, de fato, “a sanção tributária objetiva menos punir o infrator e mais garantir a arrecadação, razão pela qual a ameaça maior da sanção, que implique a perda de liberdade, termina por levar o sujeito passivo da relação tributária a cumprir a obrigação, que possivelmente não cumpriria se não houvesse a pena”.²¹

Some-se a essas ponderações que a definição da supressão ou redução do tributo é feita no procedimento administrativo pela autoridade tributária que não tem o efeito jurídico de demonstrar a existência ou não de dolo inerente aos delitos fiscais (que não existem na modalidade culposa),²² o que não apenas garante a independência das instâncias administrativa e penal, como também desconecta do resultado do procedimento administrativo a presença ou ausência de comportamento doloso.

3. O encerramento do procedimento administrativo: Há relevância penal inerente a sua configuração como fato típico ou condicionante da punibilidade?

Conforme destacado inicialmente, o precedente mais importante do país quanto à possibilidade da existência de responsabilidade criminal, por crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º da Lei 8.137/90, advém da decisão exarada pelo STF, no *HC* 81.611.

¹⁸ Sobre a parte objetiva do tipo veja-se: LUISI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 43/60.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 411.

²⁰ MARTINS, op. cit., p. 32.

²¹ Idem, *ibidem*.

²² FELIX, Yury; SILVA, Jardel Luis da. A investigação preliminar e os crimes contra a ordem tributária, *Revista Brasileira da Advocacia*, v. 8, p. 177-196, jan.-mar. 2018.

Essa decisão não teve a preocupação (e as demais que seguiram o entendimento), ou não se atentou, para o fato de que a exigência de decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quanto a sua natureza, produzirá consequências jurídico-penais diversas, posto que apenas se limitou a consignar que falta justa causa para a ação penal, “quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo”.²³ Diante disso, necessário analisar os efeitos da decisão administrativa no advento da responsabilidade criminal, especificamente se é a hipótese de atipicidade da conduta ou de ausência de punibilidade.

Primeiramente, deve-se esclarecer a impossibilidade de se considerar uma dupla natureza quanto ao encerramento do procedimento fiscal, ou seja, como uma condicionante objetiva de punibilidade e um elemento normativo do tipo, eis que o dolo (elemento subjetivo do tipo penal tributário) é elemento estranho à condicionante objetiva, que não pertence ao injusto doloso, logo, independe da vontade do agente²⁴.

Segundo que, em face dessa característica, não pode haver tentativa quando presente uma condição objetiva de punibilidade, o que nos permite concluir que é preciso estabelecer, com a máxima precisão possível, se estamos diante de um elemento do tipo ou uma condicionante.

Determinados tais pontos, deve ainda ser destacado que não se ignora que as relações do Direito Penal com o Direito Administrativo são reconhecidamente complexas, não se buscando simplesmente uma solução de cunho simplista. Em geral observa-se verdadeira dificuldade de delimitação entre os sistemas jurídico penal e o sistema de sanções administrativas.²⁵ O problema se torna mais aparente ante a quantidade de sanções que podem ser impostas em face de uma mesma conduta pela administração, mas que também são punidas criminalmente (como é o caso das lesões ao erário).

Com efeito, a própria compreensão da sanção administrativa como qualquer mal infligido pela administração a um administrado, como consequência de uma conduta ilegal, permite uma permanente interseção entre as sanções administrativas e as penais. Nada obstante, em um Estado em que se encontram corretamente separadas as funções executiva e judicial, o encarregado da imposição da sanção penal é, exclusivamente, o Poder Judiciário, respeitando as garantias aplicáveis ao Direito Penal.²⁶

Deve ser recordado que a responsabilidade penal não tem aplicação análoga à esfera administrativa, em especial a impossibilidade da admissão da responsabilidade objetiva, em que pese não seja, do ponto de vista formal, difícil apontar a diferença entre os ilícitos penais e administrativos.²⁷

Portanto, no que tange à análise da responsabilidade criminal por crime contra a ordem tributária, na forma descrita no art. 1º, da Lei 8.137/90, é imperativo compreender qual a localização sistemática do encerramento do procedimento administrativo, recorrendo à definição analítica desenvolvida pela

²³ HC 81.611-8 DE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.dez.2003, DJ 13.maio.2005.

²⁴ CORVALÁN, Juan Gustavo. *Condiciones objetivas de punibilidad*. Buenos Aires: Astrea, 2009. p. 277.

²⁵ ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. *Derecho penal*. Fundamentos de la responsabilidad. 2. ed. Santiago, Chile: Thomas Reuters, 2014. p. 157.

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 158-159.

²⁷ O pressuposto do ilícito penal é o delito (previsto na legislação penal ordinária ou especial) enquanto que o pressuposto do ilícito administrativo é a infração administrativa, bem como a Administração não tem poderes para aplicação de sanção restritiva de liberdade (pena)

dogmática penal, “apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime”,²⁸ para identificar se a conduta praticada, após ser submetida a determinadas valorações sucessivas, resulta, com base nessas valorações, realizada com atributos de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade.²⁹

Tema desde há muito tempo polêmico na teoria do delito, os efeitos inerentes à punibilidade, quanto à responsabilidade criminal, encontram poucos pontos de convergência na doutrina.³⁰ As principais discussões vão desde o conceito (delimitação e definição) de punibilidade³¹ até a tentativa de racionalizar o contexto da existência de pressupostos da pena, localizados fora do injusto culpável,³² ou seja, se em alguns crimes específicos, além da configuração de um crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), existem outros pressupostos que possam restringir o advento de um ilícito penal punível, mais conhecidos como condições objetivas de punibilidade e causas pessoais de exclusão da pena (escusas absolutórias).

Para dar a dimensão de como o problema se reflete na polêmica sobre a natureza jurídica do procedimento administrativo, face ao preceito primário do art. 1º, I, da Lei 8.137/90, é necessário compreender se, em alguns tipos concretos, concorrerão outras circunstâncias, à parte a responsabilidade

²⁸ O pressuposto do ilícito penal é o delito (previsto na legislação penal ordinária ou especial) enquanto que o pressuposto do ilícito administrativo é a infração administrativa, bem como a Administração não tem poderes para aplicação de sanção restritiva de liberdade (pena) obstante; tal assertiva é contestada por parte expressiva da doutrina, podendo ser registrado, que há penalistas que sustentam que o conceito quadripartido (incluindo a punibilidade) seria o mais adequado, admitindo, assim, a punibilidade como uma categoria independente na estrutura do delito. Porém, há uma grande “heterogeneidade” quando se define o que é punibilidade e como ela está delimitada, pois, quase sempre, não se sabe o que está delimitado como elemento inerente à punibilidade (muitas vezes confundido como culpabilidade). De forma aprofundada sobre a mencionada heterogeneidade, veja-se: BITTAR, Walter Barbosa. *A punibilidade no direito penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

²⁹ PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale – parte generale*. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 561-562.

³⁰ Conforme esclarece Maria Rosa Moreno-Torres Herrera, quanto à determinação do conceito de punibilidade, este implica dotar de conteúdo o dito conceito, mas essa é uma questão pacífica somente na aparência da doutrina, de acordo com a autora “Em princípio, pode observar-se como a imensa maioria dos autores se mostram partidários de incluir sobre esta denominação tanto as chamadas condições objetivas de punibilidade como as causas de exclusão ou anulação da pena, que se caracterizariam pela restrição do âmbito do punível de uma ação típica, antijurídica e culpável”, o que, por si só, já é polêmico (HERRERA, Maria Rosa Moreno-Torres. *El error sobre la punibilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 22).

³¹ Importa destacar que uma parte expressiva da doutrina sublinha que, em alguns casos, para que seja possível a punição de um fato como delito, exige-se a presença de alguns elementos adicionais – não incluídos no injusto culpável – posto que não respondem à função dogmática e político-criminal assinaladas nessas categorias, admitindo a dificuldade de reconduzir tais elementos excepcionais e adicionais a uma categoria comum, especialmente, face à sua diferente função e significado político-criminal (CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho penal – parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 417); DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 245. Francesco Palazzo sublinha ser uma exigência a verificação de como pode ser possível que um fato típico, antijurídico e culpável não seja punível (PALAZZO, op. cit., p. 559). Por fim, resta registrar a existência de autores que não aceitam a categoria da punibilidade, reconduzindo os seus elementos ao injusto culpável ou à individualização da pena, nada obstante coincidam com o tratamento que conferem à punibilidade, em muitos pontos com os partidários da punibilidade (PÉREZ, Octavio Garcia. *La punibilidad en el derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997. p. 70).

³² ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*. Tomo I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 970.

por uma ação injusta, para que exista punibilidade, ou se a concorrência de determinadas circunstâncias exclui a punibilidade que em outro caso se produziria.³³

O ponto de discussão relevante é que o conteúdo do tipo do injusto culpável não se confunde com o de punibilidade (mesmo com as já suprarressaltadas divergências quanto ao alcance e conteúdo da punibilidade). Conforme leciona Carlos Martínez Pérez, as condições objetivas de punibilidade “não incidem na consumação, achando-se fora do tipo de injusto”.³⁴

Importante compreender que as condições objetivas de punibilidade, diferentemente do que ocorre com o tipo, não precisam estar abarcadas pelo dolo ou pela culpa, pois não pertencem ao dolo do autor, mas a circunstâncias externas à conduta (por isso objetivas), motivo pelo qual o fato de que sejam ou não conhecidas pelo autor se mostra absolutamente indiferente.³⁵

É possível até afirmar que o ponto de identidade entre a configuração do tipo, ou da condição objetiva de punibilidade, é que a consequência associada à ausência de elemento normativo ou subjetivo, e à inexistência do elemento condicionante, é obstruir-se a responsabilidade criminal do fato ilícito e culpável;³⁶ mas, além das diferenças de conteúdo e estrutura, deve ainda ser observado que produzem efeitos diversos quanto à questão da prescrição³⁷; e, especialmente quando se exige a presença de uma condição objetiva, não é punível a tentativa.³⁸

Esse último aspecto (impossibilidade do advento de responsabilidade penal do crime tentado no caso de inexistência de condição objetiva da punibilidade) é o que se toma como o objeto principal da presente abordagem, buscando demonstrar que a correta definição da natureza do encerramento do procedimento administrativo não é uma mera questão acadêmica, mas possui efeitos práticos relevantes.

4. A existência do tributo: elemento nuclear do tipo ou condicionante da punibilidade?

Conforme leciona Claus Roxin quanto aos conceitos básicos de Direito Penal ao conceito de tipo, inaugurado por Beling em 1906, as distinções essenciais para o Direito Penal podem ser reduzidas a três tarefas que deve cumprir o tipo: o mesmo tem uma função sistemática, uma função dogmática e uma função político-criminal.³⁹ No sentido sistemático, que por ora interessa abordar, foca-se a presente

³³ PÉREZ, Carlos Martínez. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Edersa, 1989. p. 128. Ainda segundo o mesmo autor, quanto às chamadas condições objetivas de punibilidade impróprias, o entendimento é o de que a presença das condições resultam necessárias para que se produza a consumação do delito. Op. cit., p. 129. No mesmo sentido: CAFFARENA, Borja Mapelli. *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Ministerio da Justicia, 1990. p. 133/142.

³⁴ CARVALHO, Erika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. p. 98-99.

³⁵ De forma detalhada, veja-se: PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *A categoria da punibilidade na teoria do crime*. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1247-1264. Apenas ressalvando que o autor compreende a punibilidade como elemento do crime e não mero pressuposto da pena.

³⁶ REALE JR., Miguel. Restrição ilegal. *Boletim do IBCCRIM*, nº 245, p. 2, 2013.

³⁷ PINTO, op. cit., p. 1247.

³⁸ ROXIN, op. cit., p. 277.

³⁹ Por uma questão de objetivo e limitação do presente trabalho não serão analisadas outras questões importantes ao tema do tipo, que vão desde a sua tradução e sentido, até a sua classificação em outras formas. Desse modo, recorrendo ao magistério de Eugenio Raul Zaffaroni, importa recordar que anteriormente à formulação de Beling, o tipo abarcava praticamente todas as condições do delito, incluindo as da punibilidade. Posteriormente, se distinguiu o tipo em sentido técnico (tipo sistemático ou fundamentador), do tipo em sentido amplo, que em definitivo era o antigo

análise na admissão e existência da separação do tipo penal em tipo objetivo (estrutura, conteúdo, elementos descritivos e normativos) e tipo subjetivo (dolo).⁴⁰

No caso do crime contra a ordem tributária descrito na legislação pátria, em seu artigo 1º, da Lei 8.137/90, optou o legislador pela elaboração de um tipo penal doloso e de resultado, assim descrito: “Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...)”. Conforme o magistério de Hugo de Brigo Machado,⁴¹ discorrendo sobre a questão em tela, verifica-se que um dos núcleos do tipo, como se vê, é a supressão ou a redução de tributo; portanto, reconhecendo-se que o elemento normativo tributo surge a partir da ocorrência do fato gerador, surgindo a partir de sua constatação pela ação fiscal finda, o resultado (dano) demonstrando-se, assim, a existência ou não do tributo.⁴²

Considerando-se ser o tributo um elemento do tipo objetivo, e o dolo do agente (direto ou eventual) representado pela conduta com a intenção de suprimir ou reduzir esse tributo, com consciência e vontade,⁴³ para se configurar o elemento subjetivo como o tipo do crime em tela, faz-se necessária a existência de uma conduta que vise a lesão ao erário, atingindo o bem jurídico-penal tutelado.⁴⁴

Portanto, faz-se mister ter presente que, em se tratando de um delito de intenção, que requer um agir com ânimo, finalidade ou intenção, o tributo materializado a partir do encerramento do procedimento administrativo fiscal é um elemento do chamado tipo objetivo.

Porém, para a configuração do tipo vertente, é indispensável a relação da vontade entre o agente e o resultado, para, a partir desse ponto, admitir-se a existência ou não de tipicidade do crime tributário,⁴⁵ cuja consumação se dará com a ocorrência do resultado danoso, “consistente na supressão (evasão total)

sentido pré-Beling que passava a ser uma tradução dogmática do princípio da legalidade, ao que agora se chama tipo de garantia. Uma particular concepção da identificação do tipo com a antijuridicidade, se refere ao tipo de injusto. Dentro de certa concepção do erro se distingue entre o tipo sistemático e o tipo de erro. Fala-se também em tipo permissivo em referência a causa de justificação. Concluindo, outro uso não frequente está referido a culpabilidade e dá lugar ao chamado tipo de culpabilidade. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Moderna dogmática del tipo penal*. Lima: Ara Editores, 2009. p. 24-25. Em sua tese de doutorado Frederico de Lacerda da Costa sustenta a existência do tipo de punibilidade, que faz parte do tipo legal e delimita normativamente o capó de intervenção penal. Op. cit., p. 1247.

⁴⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 45 e ss.

⁴¹ REALE JR., op. cit., p. 2.

⁴² “Basicamente, há unanimidade quanto à existência de um conhecimento, enquanto representação – com distintos matizes – para a atribuição dolosa, entretanto, especialmente a partir das concepções normativas, há intensa discussão sobre a possibilidade de demonstração e até mesmo sobre a necessidade de inclusão do elemento vontade na composição do dolo”. BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal – parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 410-411.

⁴³ Aqui dois esclarecimentos: 1) adota-se o conceito de que o Direito Penal tem por objetivo a tutela de bens jurídicos, sendo esta, portanto, uma das funções do tipo; 2) embora não seja pacífico estabelecer qual é o bem jurídico tutelado no crime fiscal, no presente trabalho adota-se o entendimento de que é a ordem tributária ou fiscal, prevista na Constituição Federal (arts. 145 a 169).

⁴⁴ Sobre os elementos do tipo de injusto comissivo doloso, veja-se: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. 11. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 264-277.

⁴⁵ PRADO, op. cit., p. 424.

ou redução (evasão parcial) de tributo, contribuição social ou qualquer acessório”,⁴⁶ que restará concretizado com a decisão definitiva do processo administrativo de lançamento.⁴⁷

Desse modo, é possível afirmar que se apresenta mais adequado o entendimento de que o lançamento definitivo administrativo é um elemento normativo do tipo, pois somente com a declaração (pelas autoridades fazendárias) da existência de um crédito tributário é que se poderá falar em tributo; – somente após tal declaração se pode pensar na existência do crime contra a ordem tributária, caso haja fraude (ou tentativa de fraude) na redução do crédito devido à fazenda pública; bem como porque, quanto ao núcleo do tipo penal dos arts. 1º e 2º, basta retirar a palavra “tributo” do tipo penal em apreço, sem o qual tal descrição típica fica vazia, sem conteúdo, não se podendo falar em crime tributário.

5. A questão da tentativa

Estabelecidas as premissas quanto à existência de importante diferença entre as condições objetivas de punibilidade e os elementos que compõem o tipo penal do crime em tela, decorrentes da hipótese da necessidade de encerramento do procedimento administrativo fiscal para configurar a responsabilidade penal, admitindo-se que para a configuração do elemento normativo tributo há dependência dessa decisão final, questiona-se: é admissível a tentativa na hipótese do crime previsto no já citado artigo 1º, da Lei 8.137/90?

A origem da indagação advém da hipótese, sempre possível, do reconhecimento administrativo da extinção do crédito tributário em razão da consumação da decadência, em que não poderá ocorrer o lançamento do crédito tributário, diante do entendimento de que, na hipótese presente, há um crime material.⁴⁸

Suponha-se o seguinte exemplo: A, com a intenção de sonegar e reduzir tributo devido, insere informações falsas em nota fiscal de venda, conseguindo com isso o seu intento. Iniciado o procedimento administrativo, ocorre decisão final reconhecendo a existência de valor suprimido ou reduzido, porém verifica-se que houve decadência.

Como observam Aldo de Paula Junior e Heloisa Estellita:

se o tipo tributário toma como elemento normativo o termo tributo, que só se configura como objeto de uma relação jurídico-tributária convertida em linguagem jurídica competente (lançamento), e tendo sido a conversão fulminada pela decadência, é inviável a configuração do tipo penal tributário por ausência de um de seus elementos.⁴⁹

Em que pese a análise dos autores supra, a situação é diferente quando se analisa a questão pelo prisma da admissibilidade da configuração do crime tentado, quando não é mais essencial o fato de que a conduta

⁴⁶ Mesmo porque a autoridade administrativa é a única exclusivamente competente para dizer da existência do tributo devido, de acordo com o art. 142, caput, do Código Tributário Nacional.

⁴⁷ Neste sentido: PRADO, op. cit., p. 424. STF, 2a. T., HC-84.555-0, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 7.ago.2007, DJ 14.09.2007.

⁴⁸ PAULA JUNIOR, Aldo de; ESTELLITA, Heloisa. Efeitos da decadência do crédito nos crimes contra a ordem tributária. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães et. al. *Direito penal tributário*. São Paulo: MP, 2005. p. 26.

⁴⁹ Excepcionada a hipótese de tentativa impossível, prevista no art. 17, do Código penal pátrio.

do agente dependa do encerramento do procedimento administrativo fiscal, ou seja eficiente para suprimir ou reduzir o tributo.⁵⁰

O ponto de discussão reside no entendimento já exarado de que o pressuposto dos tipos penais tributários é a existência de um tributo devido. Ora, ante a expressa previsão do art. 14, II, do Código Penal do Brasil,⁵¹ aliada ao entendimento de que a tentativa é a realização incompleta da figura típica,⁵² não se pode olvidar que a subsunção típica à norma não depende exclusivamente do advento de um tributo devido, como, por exemplo, nos casos onde o tributo não seja devido por circunstância alheia à vontade do agente.

Note-se que a tentativa “é um tipo penal ampliado, um tipo penal aberto, um tipo penal incompleto, mas um tipo penal. A tentativa constitui ampliação temporal da figura típica”.⁵³ A citada norma do art. 14, II, aumenta a quantidade de mandamentos proibitivos da legislação penal, punindo fatos que seriam atípicos. Noutra vertente, tem-se que “na tentativa inicia-se a execução do fato punível – tipo objetivo –, que não se consuma em termos formais por circunstâncias independentes da vontade do autor”.⁵⁴

O fato de que somente a autoridade administrativa, na modalidade de ofício, pode constituir o crédito tributário não afasta por si só a relevância penal do fato, quando o crédito em tela pode não ser constituído por força de uma situação completamente desvinculada da vontade do agente, como é o caso, por exemplo, da decadência.

6. Conclusão

A matéria objeto do presente estudo é um exemplo da importância dos conceitos desenvolvidos historicamente na teoria do delito, em especial quanto ao conceito analítico, demonstrando a imprescindibilidade do conhecimento e aplicação correta de seus referenciais, em especial quanto à correta aplicação da norma penal em face da subsunção típica à norma.

O descaso verificado por parte da jurisprudência pátria em distinguir o tipo penal de uma condição objetiva de punibilidade, como ainda ocorre na hipótese do crime contra a ordem tributária (na forma aqui exposta), é um exemplo da necessidade de sua aprimoração e da demonstração do papel imprescindível

⁵⁰ “Art. 14 – Diz-se o crime: (...) II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.”

⁵¹ BITENCOURT, op. cit., p. 398.

⁵² Idem, ibidem, p. 398.

⁵³ PRADO, op. cit., p. 108-109.

⁵⁴ A despeito de não ter sido explicitamente previsto no texto da Constituição Federal de 1988, o caráter de fundamentalidade do *ne bis in idem* no Estado brasileiro decorre, entre outras causas, porque o Brasil aprovou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 12 de dezembro de 1991, pelo Decreto-Legislativo 226, havendo sido depositada a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992 e entrado em vigor em 24 de abril do mesmo ano e também porque o Brasil, por meio do Decreto-Legislativo 27/1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, depositando a respectiva carta de adesão em 25 de setembro de 1992, com promulgação de convenção pelo Decreto 678/1992. Em seu art. 14.7, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dispõe que não poderá haver julgamento ou punição “novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado, de acordo com a lei e o processo penal de cada país”. No art. 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi reconhecido que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

da doutrina na correção e no apontamento da direção a ser seguida, na busca de uma coerência sistemática, bem como na melhor aplicação da lei ao caso concreto.

O fato de a característica objetiva das excludentes de punibilidade, como as condições objetivas e as causas pessoais de exclusão da pena (também conhecidas como escusas absolutórias), não se relacionar com o dolo e a culpa são suficientes para apontar as diferenças destacadas no presente estudo, mesmo com as inúmeras concepções e conceitos sobre a punibilidade existentes; e influenciam a conclusão da admissibilidade da tentativa nos crimes em comento, podendo a jurisprudência pátria mudar o seu entendimento, uniformizando conceitos que não podem ser tratados de forma semelhante.

7. Referências

- MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MARTÍN, Luis Gracia. Fundamentos de dogmática penal, Lima, Peru: IDEMSA, 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O ilícito tributário e o ilícito penal tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 700. 1994.
- STOCCO, Rui. Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

**NE BIS IN IDEM EM TEMPOS DE MULTIPLICIDADES DE
SANÇÕES E DE AGÊNCIAS DE CONTROLE PUNITIVO****NE BIS IN IDEM IN TIMES OF MULTIPLE SANCTIONS
AND PUNITIVE CONTROL AGENCIES****KEITY SABOYA**

Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro com estágio doutoral na Universidad de Castilla-La Mancha. Bolsista Pesquisadora do Programa de Doutorado com Estágio no Exterior da CAPES. Bolsista Pesquisadora do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Professora Adjunta do Departamento de Direito Público e do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Programa de Residência Judicial, Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade Federal do Rio Grande do Norte/Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Juíza de Direito da 6ª Vara de Execução Fiscal e Tributária da Comarca de Natal, Estado do Rio Grande do Norte. keitysaboya@uol.com.br

RESUMO: Objetiva-se problematizar a ausência de regras no Direito brasileiro sobre o sentido e o alcance do *ne bis in idem*, com ênfase nos riscos dos tempos presentes, dadas as multiplicidades de sanções e de agências punitivas. Como forma de indicar limites ao *ne bis in idem*, demonstra-se especialmente o reconhecimento das interferências recíprocas do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador, consagradas na experiência europeia, como forma de serem estabelecidos mecanismos de articulação e de coordenação entre as agências estatais de controle.

PALAVRAS-CHAVE: *Ne bis in idem*. Direito penal. Direito administrativo sancionador. Cúmulo de procedimentos e de sanções. Limites.

ABSTRACT: This work aims to problematize the lack of rules in Brazilian law on the meaning and reach of *ne bis in idem* in present times, due to the variety of penalties and punitive agencies. As a way of indicating limits to the *ne bis in idem*, it is demonstrated especially the recognition of reciprocal interferences of criminal and administrative sanctioning law, based in the European experience, as a way of establishing mechanisms of coordination and articulation between the state agencies of control.

KEYWORDS: *Ne bis in idem*. Criminal law. Administrative sanctioning law. Accumulation of procedures and sanctions. Limits.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Trilha histórica do *ne bis in idem*. 3. Espectro de proteção do *ne bis in idem*. 3.1 A dimensão dada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia à não cumulatividade de sanções. 3.2 A unicidade de reação punitiva garantida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 4. Desafios e perplexidades em tempos de multiplicidades de procedimentos e de agências punitivas 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Apesar do *ne bis in idem* ter adquirido *status* de direito fundamental no Estado brasileiro, com a adesão ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art.14.7) e à Convenção Americana de Direitos

Humanos (art. 8.4),¹ o direito a não ser punido ou processado mais de uma vez pelos mesmos fatos e pelos mesmos motivos ainda não alcançou a magnitude que o seu espectro de proteção assegura, haja vista a limitação hermenêutica decorrente do entendimento de que a independência entre as instâncias penal e administrativa possibilitaria a coexistência de múltiplas punições pela prática da mesma conduta.

No Brasil, tem sido recorrente o argumento de que a transgressão de atos qualificados como ilícito administrativo e penal, ao mesmo tempo, ensejaria a aplicação cumulativa de sanções administrativas e de sanções penais, uma vez que, nessa situação, a responsabilidade do agente assumiria “identidades distintas”, seja por perspectivas normativas, dadas as multiplicidades dos regimes jurídicos correlatos, seja por perspectivas valorativas diversas.

Daí nenhuma surpresa no cenário apresentado no XVII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) sobre o tema do *ne bis in idem*, em 2004. Em relatório produzido pelo Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, observou-se que, com exceção da repercussão na instância administrativa em caso de absolvição pela inexistência do fato ou pela negativa de sua autoria, inexistiria, no ordenamento jurídico brasileiro, proibição de se impor cumulativamente sanções penais e sanções administrativas, pelos mesmos fatos, bastando a subsunção da conduta de determinado indivíduo a figuras típicas dessas duas ordens normativas.²

Não é raro, por exemplo, a cumulação de sanções por infrações penais previstas na Lei 9.605/98 (crimes contra o meio ambiente) e infrações administrativas constantes do Decreto 6.514/2008, ambas com idêntico fundamento ou idêntico objeto de proteção, qual seja, a tutela do *meio ambiente*.³ Também é possível observar a ausência de articulação entre as instâncias punitivas do Estado quanto aos crimes tributários (Lei 8.137/90) e às correspondentes infrações administrativas fiscais pelo descumprimento da mesma obrigação tributária.⁵

A escassez de limites mais precisos quanto à exegese que se deve atribuir a respeito do direito a não ser punido ou processado mais de uma vez (*ne bis in idem*) tem agravado a ocorrência dessas situações ilógicas no Direito brasileiro, mormente após a entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que define

¹ “[...] Entre juízes com competência penal e outros, com competência cível ou administrativa, o referido princípio não terá aplicação, vez que se considera que as disciplinas jurídicas são independentes entre si. Essa observação pode ser constatada através do estudo dos chamados delitos econômicos, onde a punição penal praticamente pressupõe a realização de uma conduta típica administrativa ou civil. Logo, desde que haja previsão legal, um indivíduo, pela prática da mesma conduta, pode receber uma penalidade administrativa, bem como uma sanção penal”. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n. 4 e 5, p. 97-98, 2003/2004. (Grifos acrescidos).

² Que “vem a ser o conjunto de meios naturais que em sua quantidade e combinação configuram o *habitat* atual para o homem, para a fauna e a flora, e cuja alteração por meios nocivos [...] é contrária ao equilíbrio natural da vida humana, animal e vegetal na terra”. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 109-110.

³ E, a despeito dessa complementação do tipo penal pelo direito administrativo, tem-se entendido que a assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado entre o Ministério Público estadual e o suposto autor de crime ambiental, não impede a instauração da respectiva ação penal, dada a “independência entre as esferas administrativa, cível e penal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.154.405/MG, DJe 25/05/2017.

⁴ A propósito, na imposição de sanções penais e sanções administrativas por declaração fraudulenta de tributos, por exemplo, são consideradas as mesmas circunstâncias fáticas, conforme se verifica da redação do art. 1º, incisos I e IV, da 8.137/90 e do art. 4º, incisos I e II, da Lei 8.218/91.

⁵ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

organização criminosa e prevê a colaboração premiada, assim como da Lei 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção.

É que se tem observado uma crescente atuação sancionadora de natureza punitiva das mais diversas agências estatais de controle, destacando-se as penalidades aplicadas por órgãos como o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria Geral da União (CGU), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Banco Central (Bacen), o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

Em uma operação denominada Lava Jato,⁶ que investiga corrupção e lavagem de dinheiro imputados a agentes políticos, agentes públicos, operadores financeiros e empreiteiras, o Plenário do Tribunal de Contas da União, em 22 de março de 2017, decidiu que os acordos de leniência celebrados somente no âmbito do Ministério Público Federal não teriam o condão de excluir a possibilidade de aplicação de penalidades por aquele órgão, mas tão somente de influir na dosimetria e efeito das penalidades aplicadas no âmbito de referida instância de controle político-administrativo.⁷

O TCU, nos autos desse mesmo processo, adiou a aplicação de penalidades, mormente a decretação de inidoneidade para contratar com o Poder Público, por meio de “um aditivo, ou *recall*, aos acordos de leniência já firmados” pelas empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa, Construtora Norberto Odebrecht e Construtora Andrade Gutierrez com o Ministério Público Federal.

Como destacado na decisão em comento, a oportunidade de firmar novo compromisso demonstrando interesse em colaborar com as apurações em curso no Tribunal de Contas da União,

[...] Poderão se reverter na recuperação de valores subtraídos do erário, especialmente nos casos em que há dificuldade de se calcular o débito correspondente (como os contratos de eletromecânica, por exemplo).

Ademais, espera-se um ganho decorrente da diminuição na litigância, considerando a necessidade de postura cooperativa por parte da empresa no processo de controle externo [...].

[...] Uma solução dessa natureza aliará, de um lado, deferência aos acordos já firmados, dever de qualquer instituição estatal, e, de outro, maior efetividade na apuração e no ressarcimento dos montantes desviados.

Também em processo relativo à operação Lava Jato, nos autos da ação penal 5054741-77.2015.4.04.7000, em trâmite na Seção Judiciária do Paraná, 13ª Vara Federal de Curitiba, em 02 de abril de 2018, o juiz federal Sérgio Moro decidiu que:

[...].

⁶ Decisão proferida nos autos do Processo 016.991/2015-0 (acórdão 483/12). Íntegra da decisão disponível em: <<http://www.portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2018. Ainda a respeito dessa decisão, em 13 de abril de 2018, nos autos do Mandado de Segurança 34.435/DF, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, deferiu medida cautelar para impedir a decretação de inidoneidade da impetrante Andrade Gutierrez Engenharia S.A pelo Tribunal de Contas no âmbito do TC 016.991/2015-0, ressalvado eventual descumprimento do acordo de leniência ou o surgimento de novos fatos. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷ Posteriormente, o juiz Sérgio Moro permitiu a “utilização da prova pela Receita Federal para fins de lançamento e cobrança de tributos, mesmo contra colaboradores e empresas lenientes”. A decisão se estendeu à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-compartilha-lava-jato-com-a-receita/>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

A inaplicabilidade de sanções diretas ou indiretas aos colaboradores ou lenientes com base em provas e elementos probatórios colhidos ou ratificados em processos de colaboração é medida que tende a amplificar a eficácia dos acordos.

[...].

De todo modo, *a questão é relativamente complexa tendo em vista a autonomia entre as esferas criminal, cível e administrativa, a vinculação subjetiva dos acordos e a inexistência de um posicionamento assente na jurisprudência das Cortes Superiores.*

Examinando o Direito Comparado, os Estados Unidos possuem entendimento mais assentado sobre a questão. A Regra 410 do *Federal Rules of Evidence*, que registra regras de introdução e interpretação de evidências em processos cíveis e criminais, prevê que é proibido o uso da prova colhida através da colaboração premiada contra o colaborador em processos civis e criminais.

[...].

Apesar do compartilhamento de provas para a utilização na esfera cível e administrativa ser imperativa, já que atende ao interesse público, faz-se necessário proteger o colaborador ou a empresa leniente contra sanções excessivas de outros órgãos públicos, sob pena de assim não fazendo desestimular a própria celebração desses acordos e prejudicar o seu propósito principal que é de obter provas em processos criminais. (Grifos acrescidos)

E atendendo a pedido do Ministério Público Federal, o juiz federal Sérgio Moro proibiu a utilização dos elementos informativos e das provas contra os agentes que “celebraram acordo de colaboração com o Ministério Público no âmbito da assim denominada *Operação Lavajato*, bem como contra empresas que celebraram acordo de leniência”.⁸

Em entrevista ao Jornal O Globo, o ministro Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União, entendeu que a decisão do juiz Sérgio Moro de proibir outros órgãos de terem acesso a provas da Lava Jato não teria “previsão legal” e que seria irrelevante a circunstância de como a prova chegou ao processo, pois “se ela for lícita, deve ser considerada”.⁹

Por outro lado, a força-tarefa do Ministério Público Federal na operação Lava Jato do Paraná manifestou-se publicamente quanto às declarações do ministro Bruno Dantas, do TCU, aduzindo, entre outros argumentos, que a limitação de acesso a provas impugnadas, além de fundada em entendimento técnico da Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal, busca evitar “*a punição excessiva – duplicada ou mesmo triplicada – de colaboradores, o que na esfera individual produz injustiça e, no âmbito sistêmico, mina as bases do sistema de colaborações e leniências que permitiu a existência da Lava Jato*”.¹⁰ (Grifos acrescidos)

Em face desse cenário de anomia e incertezas quanto ao direito fundamental a não ser punido ou processado mais de uma vez, pretende-se, adiante, abordar as bases fundacionais do *ne bis in idem*, com o propósito de tentar identificar os contornos do seu largo espectro de proteção. Em seguida, em razão do considerável aumento do exercício da potestade sancionadora no Direito brasileiro por agências estatais

⁸ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-do-tcu-chama-de-carteirada-decisao-de-moro-de-vedar-uso-de-provas-da-lava-jato-22782673>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

⁹ Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lava-jato-desafia-ministro-do-tcu-a-informar-quantos-politicos-ja-foram-responsabilizados/>>. Acesso em 16 jun. 2018.

¹⁰ RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 56.

de controle e, conseqüentemente, da aplicação descoordenada e desarticulada de sanções, faz-se necessário revisitar a experiência da União Europeia e as diretrizes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto ao sentido e alcance do *ne bis in idem*, especialmente as últimas decisões sobre esse assunto. Também serão indicados alguns mecanismos de solução para a prevenção de conflitos entre as mais diversas agências punitivas estatais. E, por fim, por meio dessas reflexões, o mais importante será a possibilidade de compreender em quais hipóteses seria possível o cúmulo – ou não – de procedimentos ou de sanções de natureza punitiva pelos mesmos fatos, sem ofensa ao *ne bis in idem*.

2. Trilha histórica do *ne bis in idem*

Entre os pensamentos mais difundidos sobre a origem do *ne bis in idem*, prevalece a percepção que vincula seu nascimento ao Direito romano, sendo a corrente mais tradicional a que relaciona o seu surgimento ao fenômeno da consunção, pois se defendia que, exercido um direito, não seria possível exercê-lo novamente, uma vez que restara consumido por via daquele exercício.¹¹

Com a aplicação do *ne bis in idem* nos moldes concebidos pelo Direito romano, assegurava-se que a “coisa” obtida em virtude de uma ação não poderia ser reclamada uma segunda vez, por restar “esgotada ou consumida”,¹² expressando-se, por conseguinte, o caráter marcadamente processual dessa máxima pela proibição de ajuizamento e/ou julgamento de um segundo processo pelos mesmos fatos.

Durante determinado período do processo formulário, a proibição do *bis in idem* foi aplicada com a mesma finalidade da exceção da coisa julgada – *exceptio rei iudicate* –, o que na prática se traduziu na extensão, com poucos matizes, dos mesmos requisitos da coisa julgada ao *ne bis in idem*: identidade das partes, do pedido e dos fundamentos.¹³

Talvez assim, considerando-se a forte influência do Direito romano na construção do direito dos povos da Europa Continental e, conseqüentemente, da América Latina – por ter sido por eles colonizada – explica-se o porquê, até hoje, da semelhança da composição dos pressupostos de aplicabilidade do *ne bis in idem* com os elementos de identificação da coisa julgada.

Por outro lado, há quem defenda que o *ne bis in idem* originou-se no Direito grego, na arte da retórica dos áticos, sendo um postulado de lógica, decorrente da simples constatação de que o que já foi realizado não o pode ser novamente.¹⁴

¹¹ SAVIGNY, M. F. C. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares, 2005. p. 1094.

¹² LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 452.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 35-38.

¹⁴ THOMAS III, George C. *Double jeopardy*. The history, the law. New York: New York University Press, 1998. p. 73. Oportuna se faz a citação de trechos dos discursos de Demóstenes: “[...] As leis proíbem que o mesmo homem seja processado duas vezes pelo mesmo assunto, seja uma ação civil, um escrutínio, um pedido contestado ou qualquer outra coisa da mesma espécie. (Discurso contra Leptino, 147). [...] Para cada grave ofensa uma única penalidade é estabelecida pela lei, a qual diz explicitamente que ‘em qualquer julgamento não deve haver mais de uma valoração da pena, qualquer uma que o tribunal imponha, se uma pena corporal ou uma multa’, mas não ambas (Discurso contra Leptino, 155). Quando tiver ocorrido um julgamento anterior ou uma adjudicação a respeito de qualquer matéria em uma corte de justiça, seja em uma ação pública ou privada, [...] nenhum dos magistrados pode apresentar a

Nesse sentido, não são poucos os autores que vinculam o nascimento do *ne bis in idem* ao Direito grego, especialmente a uma citação constante de um discurso pronunciado por Demóstenes contra Leptino, no ano 355 a.C., quando, em defesa de uma lei que isentava o pagamento de tributos, afirmou a proibição de que um mesmo homem fosse julgado mais de uma vez pelo mesmo assunto; e a outra, quando, em 353 a.C., em um discurso escrito para Diodoro contra Timócrates, Demóstenes afirmou que o legislador não permitia que uma questão, uma vez decidida, fosse novamente objeto de demanda.¹⁵

Como observa Muñoz Clares,

Sua formulação expressa [do *ne bis in idem*], tomada da Constituição de Atenas, aparece na obra do orador Demóstenes (Atenas, 384-322 a.C.), concretamente em seu discurso “Contra Leptino”, uma peça de oratória estritamente jurídica, construída para ser exposta perante o tribunal em defesa de uma determinada tese.

O então jovem Demóstenes atuou como advogado em defesa de umas isenções fiscais pactuadas há anos em favor de determinados benfeitores de Atenas; Leptino tinha submetido à aprovação uma lei que privava de tais isenções os herdeiros dos beneficiários originais; o argumento empregado por Demóstenes foi o seguinte: “[...] as leis não permitem [acionar ou demandar] duas vezes contra ou mesmo pelos mesmos”.

Não se trata, como vemos, de uma frase ao fio de narrações mitológicas senão de um verdadeiro texto legal alegado em apoio de uma autêntica construção jurídica, empregada já nesses dias no mesmo sentido e com a mesma finalidade com que um advogado atual defende e argumenta seus casos ante um tribunal apelando à força vinculante da lei.

Ainda insiste posteriormente Demóstenes na caracterização do princípio quando no parágrafo 155-156 de seu discurso contra Leptino afirma: “sabeis sem dúvida que por cada crime público, por mais grave que seja, a lei não estabelece mais que uma pena”. Diz (a lei) expressamente: “em todo julgamento, não será imposta mais que uma pena [...]”; a acumulação está proibida”.¹⁶

Por isso, embora se reconheça a ausência de construção sistemática das instituições jurídicas no Direito da Grécia Antiga, entende-se que a materialização da lógica que trata da proibição de renovação do que já foi decidido em norma jurídica e suas respectivas consequências ocorreu na civilização dos áticos, havendo registro nesse sentido, pelo menos, a partir da reforma legislativa de Sólon (594 a.C.).¹⁷

matéria no tribunal ou submeter qualquer questão à votação, nem deve permitir qualquer acusação proibida por lei. (Discurso contra Timócrates, 55). O legislador não deve permitir que qualquer questão já decidida pelo tribunal seja julgada uma segunda vez. [...]. A lei proíbe qualquer magistrado inclusive de apresentar questão contrária a essas previsões. (Discurso contra Timócrates, 56)”. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 22-23.

¹⁵ MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 41-42.

¹⁶ Para saber mais sobre o *ne bis in idem*, cf.: SABOYA, op. cit.

¹⁷ CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 301. Em sentido semelhante: CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34.

De qualquer forma, não se desconhece o ceticismo de alguns no que se refere ao real valor da proibição do *ne bis in idem* no Direito dos povos da Antiguidade, havendo, a propósito, Eduardo Correia ressaltado o caráter empírico e contingencial dessa regra, que seria, em tal época, até mesmo, de difícil demonstrabilidade.¹⁸

Também se costuma indicar registro histórico do *ne bis in idem* no Direito inglês da *common law*, por volta do século XII, por meio da apresentação da autrefois acquit *and* autrefois convict, embrionária do *double jeopardy*.

Outro antecedente do *ne bis in idem* digno de nota encontra-se no *Habeas Corpus Act* (1679), do Direito inglês, o qual estatuiu que nenhuma pessoa, uma vez posta em liberdade, por ordem de *habeas corpus*, poderia, pelo mesmo delito, ser novamente presa.¹⁹

Importante manifestação histórica do *ne bis in idem* se deu também na Constituição dos Estados Unidos da América²⁰, em 1887, por meio da 5ª Emenda, que preconizou que ninguém seria julgado duas vezes pela mesma ofensa²¹ – “[n]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”²² ou, mais resumidamente, *double jeopardy*.

Merece destaque igualmente o advento da Revolução Francesa, que alçou o *ne bis in idem* a nível constitucional, no art. 9º da Constituição Francesa de 1791. O *ne bis in idem* continuou sendo acolhido no movimento europeu de codificação do século XIX, todavia em seu caráter puramente processual, como decorrência, precipuamente, da marcante tradição do Direito romano na formação jurídica dos povos da Europa Continental.

Finalizando o panorama fundacional e evolutivo do *ne bis in idem* no século XX, não se há de esquecer que, após as duas grandes Guerras Mundiais, foram estabelecidos novos marcos em termos de valores jurídicos, consubstanciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com o surgimento de diversos tratados e convenções que consagraram os direitos fundamentais do homem, especialmente após a criação do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU).

Na grande maioria desses documentos, o *ne bis in idem* foi reconhecido como garantia individual, havendo, inclusive, referências não somente à proibição de múltipla persecução, mas também à proibição do acúmulo de sanções.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. T. 1 Campinas: Bookseller, 1999. p. 97.

¹⁹ Já havia referência ao *double jeopardy*, desde 1641, na América do Norte – em Massachusetts – no *Bay Colony's Body of Liberties*.

²⁰ ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, [s.d.]. p. 64.

²¹ Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item>. Acesso em: 13 set. 2011.

²² Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

Nesse sentido, são enfatizados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas,²³ a Convenção Americana de Direitos Humanos,²⁴ a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais²⁵ e o Estatuto de Roma.²⁶

3. Espectro de proteção do *ne bis in idem*

O *ne bis in idem* é um direito fundamental regulado a nível nacional e a nível internacional, como visto acima. Por ele, ninguém pode ser processado ou condenado mais de uma vez pela mesma conduta, independentemente de o primeiro processo ou procedimento ter conduzido a uma condenação ou a uma absolvição.

Consubstanciado na interdição de dupla ou múltipla consequência sancionatória em razão da prática de um mesmo fato e sob o mesmo fundamento, pelo espectro de proteção do *ne bis in idem* são vedados: a) o cúmulo de ações penais contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos; b) o cúmulo de qualificações jurídicas por uma só conduta e; c) o cúmulo de sanções.²⁷

Em uma perspectiva contemporânea, pode ser definido o *ne bis in idem* como um direito fundamental que informa o sistema sancionador estatal, de maneira integrada, sob uma dúplici vertente: de um lado, seria uma interdição de natureza processual, proibitiva da renovação de processos, procedimentos ou julgamentos pelos mesmos fatos e fundamentos; por outro lado, seria uma interdição de direito material ou de natureza substancial, segundo a qual, pela prática dos mesmos fatos, ninguém deveria ser apenado, mais de uma vez, com sanções que apresentem finalidades praticamente idênticas.

²³ Idem.

²⁴ Apesar de a redação original da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, subscrita em 1950, não ter incluído qualquer declaração que reconhecesse o princípio do *ne bis in idem*, o art. 4.1, do Protocolo 7, datado de 1984, introduziu nesse documento tal postulado, sob a rubrica do “direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez”, afirmando que “ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 13 set. 2011.

²⁵ Nos termos do 20.1 do Estatuto de Roma, “salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido”. Elencam-se, ainda, outros instrumentos internacionais que mencionam o princípio do *ne bis in idem*, tais como o Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg (1945) e os Estatutos do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (1993) e para a Rwanda (1994). Esse postulado também consta nas Regras Mínimas para o Tratamento de Presos – art. 30.1: “nenhum preso será punido senão de acordo com a lei ou regulamento, e nunca duas vezes pelo mesmo crime” – bem como na Convenção Internacional para a Repressão da Circulação e do Tráfico de Publicações Obscenas e da Convenção Única de Entorpecentes de 1961. Além disso, há referências ao princípio do *ne bis in idem* no art. 9º da Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal e no art. VII, item 1, da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 13 set. 2011. Ver também VAN BOCKEL, Bas. *The ne bis in idem principle in the EU law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. p. 10.

²⁶ LELIEUR-FISCHER, Juliette. *La règle ne bis in idem: du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*. 2005. (Tese de doutoramento). Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2005. p. 21.

²⁷ MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 34.

Para muitos, o fundamento do *ne bis in idem* seria a contenção ou a limitação de resposta punitiva por parte do Estado frente ao cidadão infrator,²⁸ refletido no princípio da proporcionalidade das sanções.²⁹ Justificar-se-ia a proibição de uma dupla carga aflitiva ou de um excesso punitivo desproporcional pela imposição de mais de uma sanção pelo mesmo conteúdo de injusto.³⁰

Considerando-se a inexistência no Direito brasileiro de diretriz legal ou de orientação assente nos tribunais a respeito do direito a não ser punido ou processado mais de uma vez pelos mesmos fatos e fundamentos, optou-se em demonstrar os parâmetros normativos e jurisprudenciais da larga tradição europeia na aplicação do *ne bis in idem*, mormente quanto à comunicabilidade entre as esferas penal e administrativa.

3.1 A dimensão dada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia à não cumulatividade de sanções

No âmbito da experiência da União Europeia, o *ne bis in idem* apresenta-se em três níveis de competência, sendo o primeiro deles relacionado à cooperação em assuntos penais; o segundo direcionado ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça;³¹ enquanto o terceiro diz respeito ao *ne bis in idem* como um direito fundamental da União Europeia, a teor do que preceitua o art. 50 de sua respectiva Carta de Direitos Fundamentais.³²

Como forma de demonstrar a dimensão dada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao *ne bis in idem*, serão adiante comentados alguns julgamentos relevantes sobre tal tema.³³

²⁸ Para Helena Regina Lobo da Costa, [...] o fundamento mais firme e seguro para o reconhecimento do *ne bis in idem* relativo às searas penal e administrativa reside no princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade impõe que o Estado atue com moderação, sobretudo no campo punitivo. Por meio de seus subprincípios, indica que se deve adotar a solução mais idônea à finalidade, estritamente necessária a seu atingimento e cujos meios não se revelem desproporcionais ao atingimento do fim”. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. (Tese de livre-docência). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 183. Sobre a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade, a Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu art. 22, § 3º, reza que “as sanções aplicadas ao agente [público] serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. BRASIL. Lei 13.655/2018, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

²⁹ “A soma da pluralidade de sanções cria uma sanção alheia ao juízo de proporcionalidade considerado pelo legislador”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Pleno. Sentencia 2/2003, de 16 de enero de 2003*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

³⁰ Nessa esfera, as principais fontes legais que consagram o *ne bis in idem* são os arts. 54, 55, 56, 57 e 58 da Convenção para a Implementação do Acordo de Schengen.

³¹ “Art. 50. Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito. Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei”. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2012.

³² Convém informar, que, apesar do *ne bis in idem* ser também consagrado como um princípio fundamental do direito de concorrência, essa perspectiva não será aqui examinada. Para saber mais sobre esse assunto, cf.: SABOYA, op. cit.

³³ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de fevereiro de 2003. Processos contra H. Gözütok (C-187/01) e contra K. Brügge (C-385/01). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 07 out. 2009.

Relativamente à interpretação do elemento *bis*, aqui entendido no sentido da natureza das decisões que impediriam nova resposta estatal pelos mesmos fatos, os primeiros julgamentos que merecem registro são os processos C-187/01 e C-385/01.³⁴

O TJUE, no que se refere ao que se deve entender por ação definitivamente julgada, apta a irradiar os efeitos proibitivos do *ne bis in idem*, reconheceu no instituto jurídico da transação, devidamente cumprida, o efeito de extinção de ação penal, até pela aplicação ao agente da obrigação de executar determinadas obrigações. O TJUE, nesse caso, concluiu que o agente foi definitivamente julgado em relação aos fatos que lhe foram imputados.³⁵

Em relação ao processo C-467/04 (Gasparini e outros),³⁶ foi declarado que uma decisão de um órgão jurisdicional de um Estado contratante, proferida na sequência do exercício da ação penal, que absolve definitivamente um indivíduo por prescrição do procedimento, obsta, pela aplicação do *ne bis in idem*, que ele seja novamente processado e/ou julgado pelos mesmos fatos.

No processo C-398/12,³⁷ o TJUE reconheceu que decisão absolutória por insuficiência de provas impede a reabertura da instrução em caso de novas acusações, por inserir-se no conceito de caso “definitivamente julgado”. No mesmo sentido, o acórdão van Straaten, C-150/05.³⁸

Há de ser também mencionado o julgamento dos processos C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca, ocorrido em 20 de março de 2018. Para o TJUE, havendo uma sentença penal de absolvição transitada em julgado, que declara a inexistência de infração penal, é incompatível com o *ne bis in idem* a possibilidade

³⁴ Idem.

³⁵ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Seção), de 28 de setembro de 2006. Processo contra Giuseppe Francesco Gasparini e outros (processo C-467/04). Coletânea da Jurisprudência 2006. p. I-09199. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

³⁶ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Seção), de 05 de junho de 2014. M contra o Tribunal de Fermo (processo C-398/12). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

³⁷ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Seção), de 28 de setembro de 2006. Jean Leon Van Straaten contra Staat der Nederlanden e República italiana (processo C-150/05). Coletânea da jurisprudência 2006. p. I-09327. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011. O TJUE também já teve a oportunidade de decidir que se considera uma pessoa definitivamente julgada pelos mesmos fatos, na aceção do art. 3.2 da Decisão-Quadro 2002/584 (que regulamenta o mandado de detenção europeu), quando, na sequência de um processo penal, a ação pública foi definitivamente extinta (v., por analogia, acórdãos de 11 de fevereiro de 2003, Gözütok e Brügge, C-187/01 e C-385/01, e de 22 de dezembro de 2008, Turanský, C-491/07). Ou, ainda, quando tenha sido proferida uma decisão que tenha absolvido definitivamente o agente dos fatos de que foi acusado (v., por analogia, acórdãos Gaetano Mantello, C-261/09).

³⁸ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 20 de março de 2018. Enzo Di Puma contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (processo C-596/16) e Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) contra Antonio Zecca (processo C-597/16). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 jun. 2018. Ressalte-se que, para o TJUE, um indivíduo pode ser novamente objeto de investigação quando os procedimentos criminais anteriores tenham sido arquivados sem instrução exaustiva, como, por exemplo, a ausência de oitiva de uma eventual testemunha ou das declarações da vítima. “Uma decisão do Ministério Público que põe fim aos procedimentos criminais e encerra, em termos definitivos, o inquérito instaurado contra uma pessoa (sem que tenham sido aplicadas sanções), não pode ser qualificada de decisão definitiva, para efeitos de aplicação do princípio *ne bis in idem*, quando resulta da fundamentação desta decisão que o referido processo foi encerrado sem que se tivesse realizado uma instrução exaustiva”. Cf.: acórdão no processo C-486/14, Piotr Kossowski, julgado em 29 de junho de 2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

de prosseguimento de procedimento que tem como fim a aplicação de sanção administrativa de natureza penal (pecuniária).³⁹

Quanto à interpretação do elemento *idem*, faz-se importante mencionar o processo C-436/04, de van Esbroeck, no qual o TJUE assentou que eventuais qualificações jurídicas divergentes atribuídas aos mesmos fatos – exportação ou importação de drogas – não poderiam impedir a aplicação do *ne bis in idem*, também não procedendo a necessidade de reconhecimento do critério da identidade do bem jurídico ou do mesmo interesse jurídico protegido para a afirmação desse direito.⁴⁰

Julgamento semelhante ocorreu no processo C-150/05,⁴¹ que relatou ter van Straaten sido acusado, nos Países Baixos, de ter importado drogas, proveniente da Itália, e também de ter sido acusado de posse de drogas nos Países Baixos. Pela primeira acusação, van Straaten foi absolvido, havendo sido condenado pela segunda imputação. Nesse processo (C-150/05), o TJUE reafirmou que o único critério relevante para efeitos da aplicação do *ne bis in idem* era o da identidade substancial dos fatos materiais, entendido como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas indissociavelmente ligadas entre si. Ademais, destacou, quanto aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, a irrelevância da quantidade de droga em causa ou da eventual identidade das pessoas que alegadamente participaram dos fatos.⁴²

De maneira similar, no processo C-288/05 (Jürgen Kretzinger),⁴³ o TJUE decidiu que transporte de cigarros de contrabando, da Grécia para o Reino Unido, via Itália e Alemanha, como o que estava em causa, poderia constituir um conjunto de fatos ligados ao conceito material de mesmos fatos.

No que se refere à interface do Direito Penal com o Direito Administrativo de natureza punitiva ou sancionadora, decidiu o Pleno do TJUE, no julgamento do processo contra Lukasz Marcin Bonda (C-489/10),⁴⁴ em sessão realizada em 05 de junho de 2012, que, como direito fundamental da União Europeia, a interpretação do *ne bis in idem* deveria ser no sentido da interdição de duplicidade de sanções de natureza punitiva.

Como as sanções administrativas cominadas a L. Bonda nos autos do processo C-489/10, consistentes em perdas de benefícios e subsídios agrícolas decorrentes de declarações incorretas acerca da dimensão de superfícies agrícolas por ele utilizadas e das culturas nelas praticadas, não se revestiriam ou não se

³⁹ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção), de 09 de março de 2006. Processo contra L. H. van Esbroeck (C-436/04). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 29 nov. 2011.

⁴⁰ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Seção), de 28 de setembro de 2006. Jean Leon Van Straaten contra Staat der Nederlanden e República italiana (processo C-150/05). Coletânea da jurisprudência 2006. p. I-09327. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

⁴¹ Idem.

⁴² EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Seção), de 18 de julho de 2007. Processo contra Jürgen Kretzinger (C-288/05). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

⁴³ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 05 de junho de 2012. Processo contra Lukasz Marcin Bonda (C-489/10). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

⁴⁴ “V. acórdãos de 18 de novembro de 1987, Maizena e o., 137/85, Colet.. p. 4587, n.º 13; de 27 de outubro de 1992, Alemanha/Comissão, C-240/90, Colet.. p. I-5383, n.º 25; e de 11 de julho de 2002, Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, Colet.. p. I-6453, n.º 43”. Idem.

qualificariam como sanções de natureza penal, por não possuírem finalidade repressiva, não poderiam ser equiparadas a matérias de “caráter penal ou com características semelhantes a um processo penal”.⁴⁵

Já na decisão de 26 de fevereiro de 2013 (processo C-617/10, Hans Åkerberg Fransson),⁴⁶ o TJUE concluiu pela compatibilidade de julgamento de dois processos separados – administrativo e penal – para sancionar um mesmo comportamento lesivo.

Para o TJUE, em matéria de “obrigações de declaração em matéria de imposto sobre o valor acrescentado”, o *ne bis in idem* não se oporia à aplicação aos mesmos fatos, sucessivamente, de uma sanção administrativa e de uma sanção penal, desde que a primeira sanção não se revestisse de caráter penal.⁴⁷

Ainda à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o *ne bis in idem*, há de ser registrado o julgamento do processo C-524/15⁴⁸, ocorrido em 20 de março de 2018.

Nesse processo, foi aplicada sanção administrativa de natureza punitiva a Luca Menci pelo não pagamento de tributo, resultante da declaração anual do exercício fiscal de 2011, havendo sido depois instaurado um processo penal pelos mesmos fatos – “mesma falta de pagamento”.

A respeito dessa cumulatividade de procedimentos e de sanções de natureza punitiva, o TJUE decidiu que essa restrição ao *ne bis in idem* teria por objetivo a cobrança da totalidade do tributo devido, sendo justificada tal excepcionalidade desde que estritamente necessária ao princípio da proporcionalidade⁴⁹ e para o fim de:

- Visar um objetivo de interesse geral que seja suscetível de justificar esse cúmulo de procedimentos e de sanções, devendo esses procedimentos e sanções ter finalidades complementares;
- Prever regras claras e precisas que permitam ao particular prever que atos e omissões podem ser objeto desse cúmulo de procedimentos e de sanções;
- Assegurar a coordenação entre os procedimentos para limitar ao estritamente necessário o encargo complementar que esse cúmulo de procedimentos representa para as pessoas em causa, e
- Prever regras que permitam assegurar que a severidade do conjunto de sanções aplicadas se limite ao estritamente necessário face à gravidade da infração em causa.⁵⁰

⁴⁵ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 26 de fevereiro de 2013. Processo contra Hans Åkerberg Fransson (C-617/10). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 abr. 2013

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 20 de março de 2018. Luca Menci contra Procuradoria da República (C-524/15). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁴⁸ “O respeito do princípio da proporcionalidade [...] exige que o cúmulo de procedimentos e de sanções previsto por uma regulamentação nacional como a que está em causa no processo principal não exceda os limites do que é adequado e necessário para a realização dos objetivos legítimos prosseguidos por essa regulamentação, entendendo-se que, quando haja uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos restritiva e que os inconvenientes causados por esta não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos prosseguidos (v., neste sentido, Acórdãos de 25 de fevereiro de 2010, Müller Fleisch, C-562/08, EU:C:2010:93, n.º 43; de 9 de março de 2010, ERG e o., C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, n.º 86; e de 19 de outubro de 2016, EL-EM-2001, C-501/14, EU:C:2016:777, n.os 37 e 39 e jurisprudência referida).” Idem.

⁴⁹ Disponível em: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-03/cp180034pt.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁵⁰ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 20 de março de 2018. Luca Menci contra Procuradoria da República (C-524/15). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Ainda observou o TJUE que a restrição acima mencionada deve assegurar o mesmo nível de proteção garantido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que declarou que o cúmulo de procedimentos e de sanções fiscais e penais que punem uma mesma infração à lei fiscal não violaria o *ne bis in idem*, quando os processos fiscais e penais em causa apresentassem umnexo material e temporal suficientemente estreito (TEDH, 15 de novembro de 2016, A e Bc. Noruega, CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, § 132).⁵¹

Por fim, deve ser ressaltada a decisão do processo C-537/16, *Garlsson Real Estate* e outros, na qual se assentou que o *ne bis in idem* deveria ser interpretado no sentido de não permitir a instauração ou o prosseguimento de um procedimento que tenha por fim a aplicação de sanção administrativa pecuniária de natureza penal, quando contra o mesmo agente já tenha havido a imposição de condenação penal transitada em julgado, em razão de comportamentos ilícitos relativos à manipulação de mercado.⁵²

3.2 A unicidade de reação punitiva garantida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Quanto às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) com reflexos no alcance e na interpretação do *ne bis in idem*, destaca-se que o traço mais marcante da jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, nessa matéria, é a prevalência de conceitos materiais e autônomos, como o de acusação em matéria penal, assegurando-se o direito de proteção do indivíduo à unicidade da reação punitiva estatal pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos.

E entre os primeiros julgados do Tribunal de Estrasburgo, que ainda hoje servem de parâmetro para a aplicação do *ne bis in idem*, cumpre-se que seja citado o caso *Engel e outros v. Países Baixos* (1976).⁵³ Nessa decisão, indicou-se a tendência do juiz europeu – que continua até hoje observada – de analisar materialmente os fatos postos em julgamento.

Como parâmetros para a caracterização ou não da natureza penal de determinada matéria, tem-se utilizado até hoje dos seguintes critérios: (a) a qualificação dada pelo Direito, que tem, como bem assinalado pela TEDH, valor relativo; (b) a natureza da infração, que deve ser compreendida como detentora de propriedades penais – “carga punitiva” (*criminal charge*) –, nas hipóteses de violação de uma norma de caráter geral, revestida de aspectos dissuasivos e repressivos; e, por fim, (c) a gravidade da sanção prevista.

Além do caso *Engel*, outra decisão do TEDH que merece ser citada é a de *Öztürk v. Alemanha* (1984), por ter igualmente adotado conceitos substantivos, ao incluir dentro do regime jurídico próprio das sanções penais também as sanções administrativas de natureza punitiva.

⁵¹ EUROPA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção), de 20 de março de 2018. *Garlsson Real Estate SA*, em liquidação, *Stefano Ricucci*, *Magiste International SA* contra *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)* (C-537/16). Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 15 jun. 2018. Como indicado nesse acórdão, a pena aplicada pela infração penal cometida, teria o condão de punir a infração de forma efetiva, proporcionada e dissuasiva.

⁵² EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 08 de junho de 1976. Processo de *Engel e outros* contra Países Baixos (autos n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

⁵³ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 21 de fevereiro de 1984. Processo de *Öztürk v. Alemanha* (autos n. 8544/79). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

Reafirmou o TEDH a autonomia da noção de matéria de natureza penal, ao considerar que ofensa administrativa relativa às normas de trânsito equivaleria à matéria de cunho criminal. Isso porque referida violação normativa correspondia a uma regra geral, dirigida não para um determinado grupo, mas para todos os cidadãos na qualidade de usuários de estradas. Além disso, mencionou o TEDH que o fato de essa infração de trânsito ser reconhecidamente um “delito menor”, dificilmente suscetível de prejudicar a reputação do infrator, não teria o condão de levá-la para fora do âmbito criminal.⁵⁴

No tocante à definição das decisões que poderiam produzir uma duplicidade (*bis*) de resposta estatal aos mesmos fatos e pelos mesmos fundamentos, o Tribunal de Estrasburgo, desde o julgamento do caso Gradinger v. Áustria (1995), vem seguindo os critérios mencionados nos julgamentos dos casos Engel e outros v. Países Baixos e Öztürk v. Alemanha. Consequentemente, ainda que um dos procedimentos envolvidos na alegação de ofensa ao *ne bis in idem* seja regido por leis administrativas, pode ser reconhecida a violação ao direito a não ser punido ou processado mais de uma vez, desde que assemelhado aos de natureza penal.⁵⁵

De outro lado, como também estabelecido a partir do julgamento do caso Gradinger, o TEDH tem reafirmado a proibição de repetição de procedimentos criminais depois de concluídos por decisão definitiva⁵⁶ – aqui considerada aquela que apresenta caráter de irrevogabilidade, por não mais ser passível de impugnação por meio de recursos ordinários, como decidido, *verbi gratia*, no caso Nikitin v. Rússia.⁵⁷

Dando continuidade à análise do significado do termo *bis*, sustentou o TEDH, no julgamento do caso Franz Fischer v. Áustria (2001), que o prospecto de proteção do *ne bis in idem* não é limitado somente ao direito de não ser condenado mais de uma vez pela mesma ofensa, estendendo-se, da mesma forma, ao direito de não ser processado mais de uma vez.⁵⁸ Em sentido semelhante, o caso Zigarella v. Itália (2002).⁵⁹

⁵⁴ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 23 de outubro de 1995. Processo de Gradinger v. Áustria (autos n. 8544/79). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012. Esse alinhamento foi reiterado no julgamento do caso Rosequinst, no qual restou assentado a possibilidade de infringência ao *ne bis in idem* na hipótese de acumulação de procedimentos penal e administrativo por infrações de ordem tributária. EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 14 de setembro de 2004. Processo de Rosenquist v. Suécia (admissibilidade). Idem.

⁵⁵ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 23 de outubro de 1995. Processo de Gradinger v. Áustria (autos n. 8544/79). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012. Idem.

⁵⁶ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 20 de julho de 2004. Processo de Nikitin v. Rússia (autos n. 50178/99). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

⁵⁷ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 29 de maio de 2001. Processo de Franz Fischer v. Áustria (autos n. 37950/97). Idem.

⁵⁸ “Em não sendo assim, não teria sido necessário acrescentar a palavra ‘condenado’ com a palavra ‘processado’, já que isso seria mera repetição. Essa disposição aplica-se mesmo que o indivíduo tenha apenas sido submetido a processos que não resultaram em condenação. Nos casos criminais o *non bis in idem* se aplica a pessoa que tiver sido condenada ou não”. EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 03 de outubro de 2002. Processo de Zigarella v. Itália (admissibilidade). Idem.

⁵⁹ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 23 de outubro de 1995. Processo de Gradinger v. Áustria (autos n. 8544/79). Idem.

No que se refere ao termo *idem*, no caso *Gradinger v. Áustria* (1995), o Tribunal de Estrasburgo decidiu pela violação do *ne bis in idem*, por ter sido o demandante condenado por homicídio culposo na direção de veículo automotor, assim como sancionado novamente, no marco de um procedimento administrativo, por conduzir veículo automotor sob influência de álcool. Para o TEDH, restou caracterizada a ocorrência de duplicidade de sanções derivadas de um mesmo fato, haja vista que a única diferença entre essas imputações seria o “nível de álcool no sangue que apresentava o demandante”, correspondendo, portanto, ao conceito de “mesmos fatos” ou “mesma infração”, para fins de incidência do espectro de proteção do *ne bis in idem*.⁶⁰

O TEDH, no julgamento do caso *Franz Fischer v. Áustria*, também decidiu pelo indevido *bis in idem*, pois, sobre a “base de um mesmo fato”, o demandante Fischer foi processado e condenado pela infração administrativa de dirigir sob influência de álcool e pelo “tipo agravado” de conduzir veículo automotor com uma taxa de álcool no sangue de 0,8 gramas ou mais (art. 81.2 do Código Penal austríaco), não diferindo, em seus elementos essenciais, tais infrações.⁶¹

Uma das decisões mais relevantes – e esclarecedoras – a respeito do *ne bis in idem* proferida pelo TEDH deu-se no caso *Sergey Zolotoukhine v. Rússia* (2009),⁶² ao se reconhecer que a jurisprudência até então lançada sobre essa matéria era vacilante, mormente quanto à definição do conceito de *idem facta*, por apresentar “maneiras diferentes” de abordar a questão de identificar se as infrações pelas quais um indivíduo teria sido condenado e/ou julgado correspondiam, ou não, aos mesmos fatos.

Nesse julgamento, afirmou o TEDH que o *ne bis in idem* contemplaria não somente a proteção contra uma segunda condenação, mas também contra mais de um processo. Aliás, como já assinalado, por meio do espectro de proteção do *ne bis in idem* devem ser asseguradas as seguintes garantias: ninguém pode ser condenado nem processado duas ou mais vezes pelos mesmos fatos, tampouco suscetível de sê-lo.

Quanto ao termo *idem*, concluiu o Tribunal de Estrasburgo, no julgamento do caso *Sergey Zolotoukhine v. Rússia*, pela vulneração do *ne bis in idem*. Isso porque, ao comparar as imputações dos dois procedimentos aos quais foi o demandante submetido, observou-se que a única diferença entre eles existente relacionava-se a um único elemento constante da acusação, qual seja, a “ameaça de recorrer à violência”, que, por outro lado, não teria feito parte da imputação referente ao procedimento administrativo. É que a acusação vertida no procedimento criminal englobava, em sua totalidade, os fatos relacionados à infração administrativa – “atos perturbadores menores” – que não continha nenhum elemento que não estivesse inserido no crime de “atos perturbadores”. Além do mais, observou o TEDH que a alegada diferença do grau de gravidade dessas infrações não teria o condão de descaracterizar tal afirmação.

⁶⁰ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 29 de maio de 2001. Processo de *Franz Fischer v. Áustria* (autos n. 37950/97). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 31 mar. 2012.

⁶¹ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 10 de fevereiro de 2009. Processo de *Sergey Zolotoukhine v. Rússia* (autos n. 14939/03). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 01 abr. 2012.

⁶² EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 04 de março de 2014. Processo *Grande Stevens v. Itália* (autos n. 18640/10). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Importante se faz, ainda, relacionar outras decisões relevantes a respeito da magnitude conferida pelo TEDH ao *ne bis in idem*, destacando-se o caso Grande Stevens v. Itália (2014),⁶³ referente à manipulação de mercado.

Nesse julgamento, o TEDH entendeu que o processo administrativo sancionador de atribuição da agência reguladora do mercado italiana – a *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (Consob) –, relativo à *divulgação ou disseminação de falsas informações*, consistia no mesmo fato ou ofensa pela qual foram os demandantes condenados pelo Tribunal de Turim.

Por isso, no caso Grande Stevens v. Itália (2014), o Tribunal de Estrasburgo reconheceu que o processo conduzido pelo Consob (agência reguladora) violava o *ne bis in idem*, por dizer respeito aos mesmos fatos – «bis» –, especificamente ao núcleo originário de atos idênticos aos que já foram objeto da primeira condenação, e que deve ser, nessa hipótese, a última condenação.⁶⁴

Por outro lado, o caso A e B v. Noruega (2016)⁶⁵ tratou da possibilidade de processos paralelos em matéria fiscal, com o fim de assegurar uma política fiscal eficiente. Nesse julgamento, o TEDH, reconhecendo a interconexão substancial suficientemente estreita entre as sanções fiscais e as sanções penais, entendeu que foi assegurado tratamento jurídico integrado aos demandantes. Além do mais, a Corte indicou a inexistência de ofensa ao *ne bis in idem*, haja vista a previsibilidade e proporcionalidade na punição de estágios paralelos de violações à lei.

Interessante registrar que a sanção fiscal imposta a um dos demandantes equivalia a 30% (trinta por cento) da “punição criminal” e, apenas um pouco mais de 02 meses depois da aplicação da sanção de natureza administrativa, já havia sido concluído o procedimento penal, com a aplicação da respectiva sanção criminal. Há de mencionar-se que, no caso A e B v. Noruega (2016), do início da investigação fiscal ao término do processo penal, o lapso temporal total decorrido para a finalização de ambos os procedimentos foi inferior a 02 (dois) anos.

⁶³ No Processo Grande Stevens v. Itália, o Juiz Pinto de Albuquerque notou que: “[...]. Os Estados europeus são confrontados com um dilema. A fim de assegurar a integridade dos mercados europeus e aumentar a confiança dos investidores nesses mercados, os Estados criaram infrações administrativas muito amplas, que sancionam o risco abstrato de dano ao mercado com severas e indeterminadas penalidades pecuniárias e não pecuniárias, [...] aplicadas por autoridades administrativas ‘independentes em procedimentos inquisitoriais, desiguais e imediatos. Essas autoridades combinam poderes punitivos e de persecução com um amplo poder de regulação sobre um setor específico do mercado e exercem este último de forma a perseguir o primeiro, por vezes impondo ao regulado/ suspeito a obrigação de cooperar no sentido de confirmar as acusações contra ele ou ela. [...] No entanto, a pressão do mercado não pode prevalecer sobre as obrigações internacionais de direitos humanos dos Estados vinculados pela Convenção. A natureza punitiva dos delitos e a severidade da punição não podem ser iludidos, e clama claramente pela proteção proporcionada pelas garantias processuais...”. Idem.

⁶⁴ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 15 de novembro de 2016. Processo A e B v. Noruega (autos n. 24130/11 e 29758/11). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁶⁵ EUROPA. Acórdão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 18 de maio de 2017. Processo Jóhannesson e outros v. Islândia (autos n. 22007/11). Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Concluindo o exame de algumas das decisões do TEDH sobre a unicidade de reação punitiva que deve decorrer do respeito ao *ne bis in idem*, recorda-se o caso Jóhannesson e outros v. Islândia (2017),⁶⁶ no qual o Tribunal de Estrasburgo entendeu, em matéria de natureza fiscal, que houve prejuízo desproporcionado em consequência de duplicidade de punição por fatos substancialmente idênticos em dois processos diferentes que não tinham a conexão temporal reconhecida no caso A e B v. Noruega.

Ainda quanto à conexão temporal do caso Jóhannesson e outros v. Islândia (2017), ressalta-se que o processo fiscal e o processo penal foram conduzidos paralelamente por cerca de 09 (nove) anos e 03 (três) meses. Além disso, a investigação e a instrução desses processos foram, em grande parte, independentes, demonstrando, para a Corte, que não havia como se aferir a conexão material ou de conteúdo existente no caso A e B v. Noruega para afirmar eventual existência do elemento *bis* (duplicidade de sanções).

4 Desafios e perplexidades em tempos de multiplicidades de procedimentos e de agências punitivas

Como vimos na introdução do presente artigo, dada a possibilidade de atuação de agências de controle punitivo, sucessiva ou simultaneamente, na tutela e repressão de um mesmo fato, surgem desafios e perplexidades, tanto de caráter processual como de natureza material, na tarefa de prevenir e resolver conflitos decorrentes da sobreposição sobretudo na indevida acumulação de sanções penais e sanções administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos.

Havendo unidade do ilícito, decorrente da interface entre as ilicitudes penal e administrativa, a quem competiria a coordenação ou articulação de eventuais investigações e persecuções instauradas de forma paralela? Quando deveria ser o momento de eleição da via mais apropriada para investigar, processar e julgar fatos que se sobrepõem a mesmas esferas de normatividade? Essa escolha do *locus/foro* mais apropriado dar-se-ia necessariamente sobre a jurisdição penal? Em caso de efetiva sobreposição da atuação da jurisdição penal sobre a potestade sancionadora da administração, sempre haveria preponderância da sanção penal, ou poderia ser considerada válida, independentemente de sua natureza, a que primeiro

⁶⁶ Sobre o desconto ou compensação, na segunda sanção, como forma de mitigar os efeitos do *ne bis in idem*, a Advogada-Geral Eleanor Sharpston, nos autos do processo C-367/05, destacou que, se os fatos imputados no segundo processo, ainda que considerados “acessórios ou adicionais”, integrarem a definição de mesmos fatos, e se todas as outras condições estiverem presentes, “o tribunal no qual corre o segundo processo está impedido de prosseguir a acusação e [...] de condenar o arguido”, em razão do princípio do *ne bis in idem*. SHARPSTON. Conclusões da Advogada-Geral apresentadas em 05 de dezembro de 2006. Processo-crime contra Norma Kraaijenbrink. Pedido de decisão prejudicial: Hof van Cassatie – Bélgica. Processo C-367/05. Coletânea da Jurisprudência 2007. p. I-06619. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 05 dez. 2011. Também segundo a Advogada-Geral, o art. 56 da CAAS, que reflete o princípio da proporcionalidade, há de ser aplicado a todas as situações em que o *ne bis in idem* não o seja, enfatizando que o princípio da compensação – de que trata o art. 56 da CAAS – e o *ne bis in idem* – regulado no art. 54 da CAAS – são conceitualmente distintos, não obstante serem manifestações de imperativos gerais de equidade ou justiça nos procedimentos penais. Essa foi a posição tomada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de que, somente quando não for o caso de aplicação do *ne bis in idem*, deve-se, quando da condenação, levar em consideração o princípio do desconto.

tivesse sido aplicada – “first come, first served”? E nos casos de ulterior improcedência da pretensão penal, poderia haver regresso a fim de ser exercido o *ius puniendi* na esfera administrativa sancionadora? Poder-se-ia aplicar o princípio do desconto ou da compensação,⁶⁷ em eventual imposição de segunda sanção, como forma de mitigar os efeitos do *ne bis in idem*, ou apenas deveria ser aplicado o princípio do desconto ou da compensação nas situações em que não houvesse a incidência do direito de não ser processado ou julgado mais de uma vez pelos mesmos fatos?

Buscando indicar caminhos a fim de enfrentar os desafios acima listados ou, ao menos, minorar as consequências adversas decorrentes da sistemática violação no Direito brasileiro à proibição de ser alguém processado ou punido mais de uma vez com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos, entende-se pertinente registrar as normas que visam resolver conflitos para se evitar violações ao *ne bis in idem*, principalmente na União Europeia.

Inicialmente, registra-se a Decisão-Quadro 2009/948/JAI, em matéria de prevenção e resolução de conflitos, que reforça o cumprimento do direito a não ser punido ou processado mais de uma vez, por meio da coordenação de eventuais investigações e processos pelos mesmos fatos, destacando-se a possibilidade de consultas diretas entre as autoridades competentes dos Estados-Membros e a concentração de processos penais num único Estado-Membro.⁶⁸

Interessante ainda o destaque às Orientações da *Eurojust*⁶⁹ (Decisão 2009/426/JAI/2008; Decisão 2003/659/JAI/2003; Decisão 2002/187/JAI/2002), que estabelecem, em suma, que, tão logo sejam detectados processos paralelos, as autoridades competentes devem estabelecer mecanismos de cooperação e de coordenação das respectivas atividades, com vista a evitar a duplicação de esforços e o desperdício

⁶⁷ O art. 5.1 da Decisão-Quadro 2009/948/JAI, em caso de fundadas razões da existência de duplicidade de processos em outro Estado-Membro, determina que as respectivas autoridades competentes comuniquem-se para confirmar a ocorrência, ou não, de processo paralelo. E, nos termos do art. 10.1 da referida norma, caso seja constatada a duplicidade de procedimentos, as autoridades competentes dos Estados-Membros envolvidos deverão atribuir à situação uma solução eficaz destinada a evitar as consequências negativas da condução desses processos paralelos, mormente a eventual violação do *ne bis in idem*. Além disso, entende-se pertinente elencar alguns dos critérios indicados por esse ato, como solução para a condução de processos paralelos: “o lugar onde ocorreu a maior parte dos crimes, o lugar onde foi sofrida a maior parte dos danos, a localização dos suspeitos, arguidos ou acusados e as possibilidades de assegurar a sua entrega ou extradição para outras jurisdições, a nacionalidade ou residência dos suspeitos, arguidos ou acusados, interesses importantes dos suspeitos, arguidos ou acusados, interesses importantes das vítimas e testemunhas, a admissibilidade dos elementos de prova ou eventuais atrasos que possam ocorrer”. E, apesar de tais critérios, costuma-se ser considerada competente, não raramente, a jurisdição do Estado-Membro que tiver atuado inicialmente, impedindo-se ou cessando-se o exercício das demais jurisdições eventualmente envolvidas em determinado caso. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

⁶⁸ “*Eurojust* é um organismo da União Europeia criado em 2002 para estimular e melhorar a coordenação entre as autoridades judiciárias dos Estados-Membros da União Europeia competentes para a investigação e o exercício da ação penal relacionados com a criminalidade grave organizada de natureza transnacional. [...] No contexto da investigação e exercício da ação penal em que participem dois ou mais Estados-Membros, o objetivo da *Eurojust* é estimular e melhorar a coordenação entre as autoridades nacionais [...]”. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_eurojust-23-pt.do>. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁶⁹ Para conhecer os diversos fatores indicados para evitar, nesses casos, o *ne bis in idem*, sugere-se a consulta ao Guia diretrizes para decidir “Que jurisdição deve julgar?”. Disponível em: <<http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/pt.aspx>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

de recursos, tendo por fim assegurar o respeito ao *ne bis in idem*, sempre com o fim precípua de indicar qual a jurisdição mais adequada para o exercício da respectiva ação penal.⁷⁰

Como ressaltado nas diretrizes da *Eurojust*, não se duvida de que o diálogo, a confiança mútua e a articulação entre as autoridades envolvidas hão de permitir o surgimento de soluções nas áreas de interdependência ou correlação, evitando-se conflitos, resolvendo-os ou minorando-os.⁷¹

Compreendendo que eventuais investigações e ações penais paralelas relativas a infrações indissociavelmente ligadas entre si podem prejudicar a eficiência das atividades em matéria de luta contra a fraude, o Organismo Europeu de Luta AntiFraude (OLAF) e a *Eurojust*, por meio de protocolos de acordo,⁷² buscam agir de forma harmônica, por meio de regras de coordenação e cooperação, como forma de garantirem uma aplicação efetiva dos instrumentos de investigação. Há uma especial atenção na troca de informações para a obtenção de um melhor quadro completo do caso, ajudando na decisão da autoridade que se encontra *na melhor posição* para, de forma mais integrada, investigar ou exercer a jurisdição na respectiva ação penal.⁷³

Essa articulação entre os diversos organismos da União Europeia envolvidos em atividades investigativas e de persecução, por exemplo, é impulsionada até mesmo por programas de financiamento da Comissão Europeia, como o *Hercule*,⁷⁴ que concede incentivos de até 500.000,00 (quinhentos mil euros) anualmente para, entre outros objetivos, a realização de estudos, treinamentos e capacitações sobre os diferentes tipos de investigações e sanções administrativas e criminais, assim como suas relações com o *ne bis in idem*.

Por outro lado, merecem menção as normas de Combate à Corrupção adotadas pelo Conselho da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE). *Verbi gratia*, quando determinado delito descrito na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais tiver a possibilidade de ser processado por mais de um Estado,

⁷⁰ Guidelines on Jurisdiction. Guidelines for deciding ‘Which jurisdiction should prosecute?’. Disponível em: <<http://www.eurojust.europa.eu/Practitioners/operational/Pages/Guidelines-on-jurisdiction.aspx>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷¹ Cf. Proposal for a regulation; Amending Regulation (EU, Euratom) N. 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor’s Office and the effectiveness of OLAF investigations. Amending Regulation (EU, Euratom) N. 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor’s Office and the effectiveness of OLAF investigations. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-338_en>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷² LUCHTMAN, Michiel. Choice of forum and the prosecution of cross-border crime in the European Union – What role for the legality principle?. In: LUCHTMAN, Michiel (Ed.). *Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests*. The Hague: Eleven, 2013. p. 3-61

⁷³ Disponível em: <http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/other_eu_prog/hercule/wp/hercule-wp-2018_en.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷⁴ BRASIL. Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018. Cf. também: BRASIL. Convenção da OCDE contra o suborno transnacional. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

as partes envolvidas poderão, por solicitação de qualquer um dos Estados envolvidos, deliberar sobre a jurisdição mais apropriada para a instauração do respectivo processo (art. 4.3).⁷⁵

E apesar do quadro de incertezas no Direito brasileiro quanto ao direito fundamental a não ser processado ou punido mais de uma vez pelos mesmos fatos e fundamentos, destaca-se também a Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção –, do Ministério Público Federal, aprovada e publicada em 2017.⁷⁶

Conforme indicado no documento em comento, o Estado busca identificar fatos, apurá-los, apresentando resposta suficiente e proporcional à gravidade dos bens jurídicos eventualmente lesados, não sendo a punição um fim em si, mas um instrumento de conformação do ordenamento jurídico.

Ainda de acordo com a Nota Técnica do Ministério Público Federal, o acordo de leniência apresenta “implicações afetas à vedação de duplicidade de sanções, dadas as múltiplas esferas de responsabilização jurídica, inclusive em relação às penalidades impostas cautelarmente”. E haja vista a unidade orgânica do *ius puniendi* do Estado, o Ministério Público Federal vem requerendo o “não compartilhamento da prova produzida em colaboração”, entre outras razões, “para evitar o agravamento injusto e irrazoável – logo, desproporcional –, da situação do colaborador”, evitando duplicidades punitivas, enquanto mantido e adimplido o acordo firmado.

Por fim, ao tratar das esferas administrativa, controladora ou judicial, a Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu art. 22, § 3º, imprimiu a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade, ao ordenar que “as sanções aplicadas ao agente [público] serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.⁷⁷

Importante registrar que esse dispositivo legal assemelha-se ao princípio do desconto de que trata o disposto no art. 56 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen,⁷⁸ ao permitir a compensação de sanções previamente impostas pelos mesmos fatos.

⁷⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Nota Técnica nº. 1/2017. Disponível em: <<http://www.mpf.gov.br>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷⁶ BRASIL. Lei 13.655/2018, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷⁷ De qualquer forma, como pode se observar adiante, a disposição do art. 56 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen é bem mais ampliativa do que a hipótese prevista na Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). “Art. 56. Se uma nova ação judicial for intentada por uma parte contratante contra uma pessoa que tenha sido definitivamente julgada pelos mesmos fatos por um tribunal de uma outra parte contratante, será descontado na sanção que venha a ser eventualmente imposta qualquer período de privação de liberdade cumprido no território desta última parte contratante por esses fatos. Serão igualmente tidas em conta, na medida em que as legislações nacionais o permitam, sanções diferentes das privativas de liberdade que tenham já sido cumpridas”. EUROPA. Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:42000A0922(02)&from=PT)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁷⁸ Em decisão recente que autorizou o envio de provas à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e à Receita Federal para cobrar tributos de colaboradores, o juiz Sérgio Moro alertou que qualquer representação fiscal para fins penais, por motivo de sonegação, deverá ser submetida ao seu crivo, em havendo uso das provas compartilhadas da operação Lava Jato. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-compartilha-lava-jato-com-a-receita/>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

5 Considerações finais

O *ne bis in idem* foi traduzido como o direito do indivíduo a não ser processado ou punido mais de uma vez, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos. Demonstrou-se que a consideração de determinado fato imputado a uma pessoa, por qualquer das instâncias punitivas do Estado, deveria findar nesse próprio juízo de valoração. E tal reação não poderia se repetir no tempo, nem ser plural. Isso porque deveria ser limitada, em razão do direito de proteção do indivíduo à unicidade da reação punitiva estatal pelos mesmos fatos e fundamentos.

Garantias contra novos processos ou contra o risco de novos processos, contra uma segunda condenação ou contra uma segunda sanção, e também contra qualquer nova pretensão com sentido retributivo são asseguradas pelo espectro de proteção do *ne bis in idem*.

Ancorada na experiência e tradição de respeito aos direitos humanos dos povos europeus, e haja vista a adesão pelo Estado brasileiro ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art.14.7) e à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.4), espera-se a proibição no Brasil não apenas de duplicidades punitivas, mas também da acumulação de consequências jurídico-repressivas de natureza penal e de natureza administrativa pela prática dos mesmos fatos, como forma de dar concretude ao *ne bis in idem*

Entende-se, assim, que, diante de recorrentes possibilidades de pluralidades de esferas de responsabilização jurídica na tutela e repressão de determinado fato, tão presente em tempos de multiplicidades de agências estatais de controle e de penalidades, urge a edição de norma – ou até mesmo orientação ou recomendação de ordem técnica – que coordene a resolução e a prevenção de conflitos entre as esferas penais e administrativas sancionadoras, com respeito ao *ne bis in idem*, por meio de uma valoração integral e unívoca do fato sancionado.

E a despeito da falta de regulamentação legislativa no Brasil, é premente a necessidade de se tentar buscar impedir a insegurança jurídica decorrente da permissibilidade de punições múltiplas, pelos mesmos fundamentos, para fatos unitários, ensejando altos níveis de perplexidade e imprevisibilidade no exercício do poder punitivo estatal, especialmente após a entrada em vigor da Lei 12.850/2013 e da Lei 12.846/2013.

Por isso que iniciativas mencionadas anteriormente, como as da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção – do Ministério Público Federal, consubstanciadas na Nota Técnica nº. 1/2017, assim como da 13ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná, trazem alento ao cenário de anomia e incertezas do Direito brasileiro quanto ao direito fundamental a não ser punido ou processado mais de uma vez pelos mesmos fatos e fundamentos.

E ainda que referidas medidas tenham tido por fim precípua “amplificar a eficácia dos acordos” de leniência, ou mesmo que ainda se decante a “independência entre as esferas criminal e administrativa”, não se duvida de que a ordem judicial que proibiu a valoração das provas colhidas ou ratificadas em processos de colaboração da operação Lava Jato por agências de controle punitivo, independentemente da prescindível discussão inicial acerca da publicidade ou sigilo que deveria existir em matéria desse

jaez, contribuirão para a construção de limites ao exercício do direito punitivo estatal, especialmente no que concerne à violação do princípio da proporcionalidade com aplicação de sanções excessivas e, conseqüentemente, de respeito ao *ne bis in idem*.⁷⁹

Referências

LUCHTMAN, Michiel; VERVAELE; John. *European agencies for criminal justice and shared enforcement* (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office). Disponível em: <<https://www.utrechtlareview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.305/>>. Acesso em: 01. jun. 2018.

EUROPA. Comissão Europeia. EU-EURATOM. Proposal for a regulation; Amending Regulation (EU, Euratom) N. 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor's Office and the effectiveness of OLAF investigations. Amending Regulation (EU, Euratom) N. 883/2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) as regards cooperation with the European Public Prosecutor's Office and the effectiveness of OLAF investigations. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-338_en>. Acesso em: 01. jun. 2018.

⁷⁹ Ver *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, jan./fev. 2014.

ACERTANDO POR ACASO: UMA ANÁLISE DA CEGUEIRA DELIBERADA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO POR LAVAGEM DE DINHEIRO NO VOTO DA MINISTRA ROSA WEBER NA APN 470

GETTING IT RIGHT BY CHANCE: AN ANALYSIS OF WILLFUL BLINDNESS AS BASIS FOR CONVICTION OF MONEY LAUNDERING IN THE OPINION BY JUSTICE ROSA WEBER IN APN-470

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Doutor em Direito pela UFPR. *Master of Laws (LL.M.)* pela Cornell Law School. Professor de Direito Penal do UNICURITIBA. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE), Gestão 2018/2020. Diretor da Revista do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), Gestão 2017/2019. Advogado criminal e *Attorney-at-Law* (NY). E-mail: guilherme@lxp.adv.br

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o voto da ministra Rosa Weber na Ação Penal n.º 470 julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à adoção da cegueira deliberada como elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro. A partir de apontamentos críticos embasados no Direito Comparado e na dogmática penal, defende-se que, muito embora fosse possível a condenação por dolo, não é possível utilizar a cegueira deliberada com fundamento para a condenação por crime doloso, diante de sua incompatibilidade com o Direito brasileiro. Diante da influência do julgamento originário no Supremo Tribunal Federal, a decisão permitiu que outros órgãos julgadores alargassem o conceito legal de dolo, levando à punição de condutas culposas como se dolosas fossem.

PALAVRAS-CHAVE: Cegueira deliberada. Lavagem de dinheiro. Mensalão. Direito Comparado. Dolo eventual.

ABSTRACT: This article has the purpose of analyzing the opinion written by Justice Rosa Weber in Case No. 470 tried before the Brazilian Supreme Court, regarding the use of willful blindness as the mental element for the crime of money laundering. Based on critical notes arising from comparative law and criminal law theory, it is argued that, even though a conviction based on *dolus* was possible, the use of willful blindness as basis from conviction under *dolus* is not possible due to its incompatibility with Brazilian law. Considering the influence of the trial and judgement conducted directly by the Supreme Court, the ruling allowed other courts to broaden the legal definition of *dolus*, leading to the punishment of negligent conducts as if they were committed with *dolus*.

KEYWORDS: Willful blindness; Money laundering; Mensalão case; Comparative law; *Dolus eventualis*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve análise da cegueira deliberada no voto da ministra Rosa Weber. 3. A cegueira deliberada à brasileira *versus* a *willful blindness* da *common law*. 4. Indiferença e dolo eventual na formulação do conceito de cegueira deliberada. 5. Conclusão.

1. Introdução

O julgamento da Ação Penal n.º 470 pelo STF em 2012 foi um importante marco jurídico, não apenas pela relevância político-institucional de um julgamento criminal de alta complexidade realizado pela

mais alta corte jurídica do país, como pelos peculiares precedentes firmados. Ao longo das milhares de páginas do acórdão publicado, muitas foram as questões controversas levantadas, convidando a crítica doutrinária aos fundamentos da decisão.¹ Em que pesem alguns equívocos na aplicação da dogmática penal pelo STF, a influência do julgamento é inegável, fazendo com que as instâncias judiciais inferiores persistissem em muitos dos erros cometidos naquela ocasião.²

Dentre as discussões inauguradas com o julgamento do caso “Mensalão”, como ficou conhecido, está a aplicação da chamada “teoria da cegueira deliberada”. É certo que a Ação Penal n.º 470 não foi o primeiro caso em que a cegueira deliberada foi discutida no Brasil, mas é notável o quanto a sua menção naquele julgamento alçou tal “teoria” à notoriedade no debate jurídico-penal,³ vindo a ser mencionada inclusive fora do meio jurídico.⁴

Segundo apurado em pesquisa empírica,⁵ ainda que o primeiro caso julgado no Brasil aplicando cegueira deliberada tenha sido o célebre furto à sede do Banco Central em Fortaleza⁶, ainda em 2007, foram poucas as decisões judiciais que mencionavam a expressão “cegueira deliberada” até o ano de 2012. A partir da publicação dos Informativos n.º 677 e 684 do STF,⁷ passou a haver um aumento significativo de casos em que a cegueira deliberada foi aplicada, muitas delas invocando o julgamento do caso “Mensalão” como fundamento.

Por tal motivo, em vista da importância do marco que representou o julgamento da Ação Penal n.º 470 para a aplicação da cegueira deliberada no Direito Penal, busca-se no presente artigo analisar criticamente os fundamentos daquela decisão. Como se demonstrará adiante, ainda que a condenação de alguns autores por crime de lavagem de dinheiro tenha sido acertada, os fundamentos da decisão ao

¹ Ver, por todos, GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p.386-393, 7-8/2015. Disponível em: <<https://goo.gl/8LNZcw>>. Acesso em: 8 jul. 2018.

² Acerca da história judicial da aplicação da cegueira deliberada no Brasil, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 29-60.

³ Não faltam exemplos caricatos de captação indevida da cegueira deliberada pela imprensa, até mesmo para casos extrapenais. Veja-se, por exemplo: SANTANDER cobra dívida milionária de escola por meio de boleto fraudulento. *Jornal Correio de Notícias*, 7 dez. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/pfKwPM>>. Acesso em: 20 jul. 2017; MORENO, Jorge Bastos. Surdez deliberada. *O Globo*, 31 maio 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/XBH8HH>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴ LUCCHESI, op. cit., p. 58-60, 211-257. Dos 65 casos pesquisados entre 2007 e 2017, até 2013 apenas sete acórdãos haviam mencionado “cegueira deliberada”.

⁵ Sentença proferida na Ação Penal n.º 2005.81.00.014586-0, 11.a Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. Disponível em: <<http://goo.gl/9iB8qJ>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

⁶ “O Min. Celso de Mello, por sua vez, [n]o tocante ao crime de lavagem de dinheiro, observou possível sua configuração mediante dolo eventual, notadamente no que pertine ao caput do art. 1.º da referida norma, e cujo reconhecimento apoiar-se-ia no denominado critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG – 52. *Informativo STF*, n. 677, 27-31 ago. 2012); “Ato contínuo, o decano da Corte, Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na teoria da cegueira deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG – 142. *Informativo STF*, n. 684, 15-19 out. 2012).

⁷ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.295.

invocar cegueira deliberada não o foram. Há, portanto, incoerências lógicas na decisão decorrentes da incompatibilidade da cegueira deliberada com o Direito Penal brasileiro.

2. Breve análise da cegueira deliberada no voto da Ministra Rosa Weber

Em síntese, 38 pessoas de alguma forma ligadas à cúpula do Governo Federal durante o mandato do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva foram condenadas pelo STF em razão da compra de apoio político de parlamentares de outros partidos por meio de uma sorte de mesada. De tal mesada derivou o nome “Mensalão”, como foi apelidado o caso. Segundo restou apurado no processo, tais pagamentos visavam influenciar as votações na Câmara dos Deputados em favor da posição do Governo Federal, a fim de comprar uma maioria estável para aprovação dos projetos de interesse do Governo. Foi apurado ainda que os pagamentos feitos a parlamentares eram realizados a partir de instituições financeiras e agências de publicidade.

A cegueira deliberada foi invocada como fundamento para identificar a presença de dolo eventual no contexto da imputação de lavagem de dinheiro a acusados beneficiários de pagamentos considerados “extravagantes”, feitos por agência de propaganda de propriedade do acusado Marcos Valério Fernandes de Souza, contratada pela Administração Pública Federal, por solicitação do Partido dos Trabalhadores, recebidos “sem qualquer ressalva ou tentativa de esclarecer a origem deles”.⁸ Segundo apurado, os pagamentos – além de constituírem vantagem indevida, constitutiva de crime de corrupção passiva – possuíam origem ilícita, pois originários de peculato praticado por integrantes das empresas SMP&B Comunicação e DNA Propaganda, entre outras condutas ilícitas.

Sem adentrar o exame da tipicidade objetiva do crime de lavagem de dinheiro na imputação,⁹ chama atenção como a alegação dos acusados de desconhecimento da origem dos pagamentos foi utilizada para construir a fundamentação referente ao dolo no voto da ministra Rosa Weber.¹⁰

Alude-se especificamente ao voto da ministra Rosa Weber pois, de todo o julgamento feito em instância originária pelo Supremo, o seu voto foi o único¹¹ a fornecer parâmetros objetivos para a aplicação da cegueira deliberada no Direito brasileiro, em que pese tenha sido citado por apenas uma decisão dentre os acórdãos pesquisados.¹² Os excertos dos debates orais daquele julgamento referentes ao voto do ministro Celso de Mello, publicados nos Informativos n.º 677 e 684 do STF, embora citados por diversas decisões como precedente para a aplicação da cegueira deliberada,¹³

⁸ Para análise detalhada, ver BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro na APN 470/MG*. Revista dos Tribunais, n. 933, São Paulo, jul. 2013. p.383-400.

⁹ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.061-1.478.

¹⁰ Em sentença proferida na “Operação Lava Jato”, o juiz federal Sergio Fernando Moro equivocadamente alude à existência de manifestações pelos ministros Luiz Fux e Carlos Ayres Britto invocando “incidentemente a doutrina da cegueira deliberada”, equiparando-a ao dolo eventual (Sentença proferida na Ação Penal n.º 5013405-59.2016.4.04.7000, 13.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná. Disponível em: <<https://goo.gl/WzJfm4>>. Acesso em: 6 jun. 2017. Ver n.375). O magistrado cita como fonte artigo eletrônico publicado por Pierpaolo Cruz Bottini (A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*. Edição online, 30 jul. 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/KmtnjN>>. Acesso em: 6 jun. 2017). Em verdade, o levantamento feito por Bottini se refere à admissão da figura do dolo eventual como elemento subjetivo dos crimes de lavagem de dinheiro anteriormente às alterações pela Lei Federal n.º 12.683, de 2012, e não de cegueira deliberada.

¹¹ TRF-3, Ap. Crim. n.º 0001123-17.2008.4.03.6181, Rel. Denise Avelar, DJe 3 dez. 2015. Para a pesquisa completa, ver LUCCHESI, op. cit., p.211-257.

¹² Para a relação completa de casos, ver LUCCHESI, op. cit., 2018. p.47.

¹³ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297.

pouco acrescentam, apenas noticiando a existência da cegueira deliberada e sua possível aplicação no Brasil, não provendo qualquer critério para a sua configuração. Tais manifestações de Celso de Mello não constaram do voto escrito ou mesmo da transcrição dos debates orais publicados no acórdão. Da leitura da decisão se verifica que o ministro requereu o cancelamento de boa parte de suas intervenções nos debates orais.

Segundo o voto de Rosa Weber na Ação Penal n.º 470, indentifica-se na conduta dos parlamentares beneficiários dos pagamentos “a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada”.¹⁴ Como se vê, há ênfase ao elemento “indiferença”, como se de tal elemento decorresse necessariamente a presença de dolo eventual.

A partir da identificação de indiferença, passa Rosa Weber a tecer considerações a respeito do crime de lavagem de dinheiro na experiência comparada anglo-saxã, afirmando haver-se admitido naquela tradição a responsabilização criminal a título de cegueira deliberada, citando como exemplos os casos *United States v. Campbell*¹⁵, *United States v. Rivera-Rodriguez*¹⁶ e *United States v. Cunan*¹⁷. Explica a ministra que a cegueira deliberada permite estabelecer que “age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta”.¹⁸ Pontua, assim, a ministra que as Cortes americanas exigem três requisitos para a admissão da cegueira deliberada nos casos envolvendo lavagem de dinheiro: (i) a ciência pelo autor da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) a atuação indiferente do autor quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) a escolha deliberada pelo autor de permanecer ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.¹⁹

Embora Rosa Weber reconheça a origem e a construção da cegueira deliberada em sistema jurídico da tradição *common law*, o que poderia trazer problemas estruturais em seu transplante ao Brasil, busca desfazer eventuais preocupações a respeito da possível incompatibilidade ao noticiar que a cegueira deliberada foi acolhida pelo Supremo Tribunal de Espanha – vinculado à tradição *civil law* –, que equiparou a cegueira deliberada ao dolo eventual, categoria de imputação também existente no Direito brasileiro.²⁰ Transcreve, para tanto, trecho da Sentença n.º 33/2005,²¹ proferida por aquele tribunal em caso envolvendo lavagem de dinheiro, no qual decidiu-se não ser necessário que o autor aja com dolo direto, bastando o dolo eventual, sendo suficiente situar-se o autor na posição de ignorância deliberada. Entende a corte espanhola, assim, que aquele que podendo e devendo conhecer a natureza do ato solicitado por terceiro se mantém em situação de não querer saber o que se faz, prestando sua colaboração aos fatos, incorre nas consequências penais de sua atuação ilícita.

¹⁴ *United States v. Campbell*, 977 F.2d 854 (4th Cir., 1992).

¹⁵ *United States v. Rivera-Rodriguez*, 318 F.3d 268 (1st Cir., 2003).

¹⁶ *United States v. Cunan*, 152 F.3d 29 (1st Cir., 1998).

¹⁷ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297. A afirmação é problemática, na medida em que trata de intenção, categoria que no direito americano melhor se assemelha a *purpose* que a *knowledge*, elemento subjetivo passível de substituição pela *willful blindness* (ver LUCCHESI, op. cit., p. 65-86).

¹⁸ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297.

¹⁹ STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297.

²⁰ A referência feita no voto foi à “Sentencia 22/2005 do Supremo Tribunal Espanhol” (STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.297). Acredita-se que, por um lapso, a ministra tenha se equivocado quanto à numeração da sentença citada, visto que a Sentença n.º 22/2005, proferida pela 1.ª Sala do Supremo Tribunal de Espanha em 3 de fevereiro de 2005, se refere a danos causados pela ingestão de soda cáustica, e não a matéria penal.

²¹ Segundo Renato de Mello Jorge Silveira (A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.122, p. 267, set./out. 2016), “[n]ão se pode, nunca, simplesmente ter a referência da previsão da norma estrangeira, como se dissesse ela respeito à mesma ordem de coisas que a legislação nacional.”

É interessante notar como a passagem transcrita por Rosa Weber em seu voto pouco tem a ver com os requisitos para a configuração da cegueira deliberada, segundo ela exigidos pelas cortes americanas. De acordo com o trecho transcrito, os requisitos para a responsabilização penal baseada na cegueira deliberada exigidos pelo Supremo Tribunal espanhol aparentam ser (i) a solicitação de atuação ou colaboração do autor por terceiro; (ii) a possibilidade e o dever de conhecimento da natureza dessa atuação ou colaboração pelo autor; (iii) a decisão por se manter em situação de não querer saber o que se faz e (iv) a efetiva contribuição para os fatos. Ademais, o fato de a cegueira deliberada ter sido aplicada na Espanha contribui em muito pouco para a análise de compatibilidade de tal figura ao Direito brasileiro, pois, em que pese serem ambos países da tradição *civil law*, há peculiaridades e vicissitudes inerentes aos respectivos sistemas de imputação criminal de cada país, notadamente a delimitação do conceito legal de *dolo*, presente no Brasil, mas ausente na Espanha.²²

Após brevíssima análise do Direito Comparado, Rosa Weber passa a tratar do elemento subjetivo necessário para a imputação de crime de lavagem de dinheiro, ressaltando o conceito legal de *dolo* previsto no art. 18 do CP, enquanto vontade consciente de produção do tipo penal objetivo ou a assunção do risco de produzir o resultado delitivo, e a inexistência de vedação quanto à admissibilidade no tipo penal básico de lavagem de dinheiro, insculpido no *caput* do art. 1.º da Lei n.º 9.613, de 1998.

Aduz a ministra ser necessário reconhecer que, nos casos de lavagem de dinheiro em que o autor dos atos de lavagem não for o autor do crime antecedente, é incomum que o autor dos atos de lavagem tenha conhecimento pleno e absoluto quanto à origem dos bens ocultados ou dissimulados. Entende, assim, que a vedação à imputação a título de *dolo* eventual conduziria invariavelmente à impunidade desses crimes, em especial aqueles praticados por profissionais da lavagem.²³ Com a possibilidade de se imputar a prática de lavagem a título de *dolo* eventual, seria possível viabilizar uma resposta penal julgada apropriada para esse feixe de casos, sem que se necessite “ir ao extremo de prescindir da ciência pelo agente da lavagem da elevada probabilidade da procedência criminosa do objeto da transação”.²⁴

Analisando as provas do caso do “Mensalão”, Rosa Weber pondera ser difícil afirmar que os dirigentes das empresas responsáveis pelas transações de ocultação e dissimulação do dinheiro recebido das empresas de Marcos Valério agiram com *dolo* direto, isto é, “cientes, com absoluta certeza, da procedência criminosa dos valores envolvidos”.²⁵ Entende a ministra, contudo, parecer “óbvio que tinham ciência da elevada probabilidade da origem criminosa dos valores envolvidos e, mesmo assim, persistiram na conduta, evitando se aprofundar a respeito e assumindo o risco de lavar produto de crime”.²⁶ Por tal motivo, conclui terem agido com *dolo* eventual.

Buscando vacinar-se contra eventuais críticas, Rosa Weber ressalta não estar buscando “ampliar indevidamente o alcance do tipo”²⁷ de lavagem, mas somente aplicar ao crime “institutos *consagrados* do Direito Penal brasileiro”²⁸, por entender que a conduta é dolosa não apenas quando o autor quer

²² STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.299.

²³ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.299-1.300.

²⁴ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

²⁵ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

²⁶ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300.

²⁷ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300. Itálico não original.

²⁸ “Exige-se, para reconhecimento do *dolo* eventual, cumulativamente, (i) que o agente pratique condutas de ocultação e dissimulação (também exigidas no *dolo* direto).” (STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.300-1.301).

o resultado delitivo, como também quando assume o risco de produzi-lo agindo de maneira indifferente ao resultado de sua conduta.

O ponto crucial do voto da ministra Rosa Weber quanto à aplicação da cegueira deliberada aos casos de lavagem de dinheiro reside no grau de ciência que possui o autor no momento da conduta, entendendo que não basta “mera suspeita” da procedência ilícita dos bens envolvidos na transação. Defende a ministra serem necessários três requisitos cumulativos para a existência de dolo eventual nos casos de lavagem de dinheiro em que o autor esteja em situação de cegueira deliberada. Primeiro, deve o autor realizar o *tipo objetivo* do crime de lavagem, isto é, praticar condutas de ocultação ou de dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores envolvidos.²⁹ Segundo, ao praticar as condutas típicas, o autor deve ter ciência da *elevada probabilidade* de que os bens, direitos ou valores envolvidos tenham por origem algum crime antecedente de lavagem.³⁰ Terceiro, deve o agente, mesmo ciente da probabilidade de origem criminosa, persistir indifferente a essa suposta origem na conduta delitiva de ocultação ou de dissimulação, *evitando propositadamente aprofundar seu conhecimento* quanto à origem dos bens, direitos ou valores envolvidos quando estiver em condições de fazê-lo.³¹

A justificativa para a condenação dos beneficiários do chamado “Mensalão” residiria no argumento de que alguém “minimamente razoável” *recusaria* o pagamento de vultoso numerário em espécie nas condições pagas ou, ao menos, preocupar-se-ia em investigar a origem do dinheiro e o motivo pelo pagamento da maneira como foi pago.³² Com isso, conclui ser desnecessário o conhecimento específico quanto à procedência do numerário, bastando o conhecimento de sua origem criminosa, perceptível até mesmo pela forma como o dinheiro fora entregue, em malas e em quartos de hotel.³³

Tem-se no voto da ministra Rosa Weber, portanto, o principal marco judicial fundamentando a aplicação da cegueira deliberada no Brasil. É possível, no entanto, identificar dois principais problemas com a decisão, um de ordem comparada e outro de ordem dogmática.

²⁹ “Exige-se [...] (ii) que o agente, ao realizá-las, tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crimes antecedentes.” (STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301).

³⁰ “Exige-se [...] (iii) que o agente, mesmo tendo presente a probabilidade da origem criminosa, persista indifferente na conduta delitiva de ocultação ou dissimulação, deliberadamente evitando aprofundar o conhecimento acerca da origem criminosa dos bens, direitos ou valores envolvidos, a despeito de em condições de fazê-lo.” (STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301).

³¹ STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301. Há, no caso do “Mensalão” uma circunstância complicadora, pois o pagamento poderia configurar também crime de corrupção passiva, como deduzido pela ministra Rosa Weber no início dessa parte de seu voto, ao discorrer sobre o crime antecedente de lavagem de dinheiro (p.1.292-1.295). Diante do concurso aparente de crimes, haveria um dever de recusa do numerário pelo fato de o pagamento configurar corrupção, podendo-se evitar por inteiro a discussão quanto à lavagem de dinheiro. Como reconhece a própria ministra, o propósito específico dos beneficiários era receber o dinheiro sujo, e não lavá-lo.

³² “Não é necessário, para configuração do dolo, que tivessem conhecimento específico de que proveniente, o numerário, de peculatos de recursos do Visanet, de bônus de volume, da Câmara ou de crime financeiro praticado no âmbito do Banco Rural. Suficiente o conhecimento da procedência criminosa dos recursos. E, do modo como entregues, inclusive em espécie, em malas e quartos de hotel, não é possível afastar a inferência do agir doloso, senão direto, então eventual.” (STF, APn n.o 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301).

³³ Tal análise depende invariavelmente de um estudo aprofundado das premissas da imputação penal nos Estados Unidos. Para tanto, ver LUCCHESI, op. cit., p. 65-132.

3. A cegueira deliberada à brasileira *versus* a *willful blindness* da *common law*

Primeiramente, de um aspecto comparado, o voto da ministra Rosa Weber quanto à cegueira deliberada possui defeitos insuperáveis. A comparação entre a *willful blindness* utilizada no sistema jurídico-penal dos Estados Unidos depende de extensa e aprofundada análise não apenas do desenvolvimento e aplicação dessa categoria nos tribunais dos Estados Unidos da América, como do próprio desenvolvimento das categorias de *imputação subjetiva* nos principais sistemas jurídicos da tradição *common law*. Isso porque a realidade jurídica daquela tradição em muito difere da realidade do sistema jurídico-penal brasileiro, eis que se trabalha em cada qual com categorias de imputação absolutamente distintas, com matrizes jurídico-filosóficas diferentes.³⁴

O Direito Penal americano desconhece as categorias jurídicas do dolo e da culpa utilizadas nos sistemas jurídico-penais de bases continentais. Ainda que não exista “um” sistema jurídico americano,³⁵ em geral são utilizadas as categorias *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*, identificadas no Código Penal Modelo,³⁶ que não podem ser simplesmente sobrepostas às categorias de dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau, dolo eventual e culpa inconsciente.³⁷ Há pontos de tangência entre tais noções, no entanto não há correspondência. Tal leitura não passaria de grosseira simplificação de conceitos, predisposta a encontrar pontos de comunicação na análise comparada dos sistemas. Quando se parte da premissa de que serão encontradas equivalências, a probabilidade de encontrar equivalências aumenta. É de fundamental importância que não se contamine o trabalho de pesquisa comparada com expectativas de tal natureza, sob pena de, ao projetar sobre a *common law* as categorias jurídicas da *civil law*, fazer da pesquisa comparada um processo de preparação das conclusões já traçadas de antemão.

Não é correto, portanto, afirmar levemente que *purpose*, tal como definida no Código Penal Modelo dos Estados Unidos, corresponde ao dolo direto de primeiro grau, e que *knowledge* corresponde ao dolo direto de segundo grau.³⁸ Da mesma forma, *recklessness* não é dolo eventual ou culpa consciente, tampouco uma categoria intermediária entre ambos. O Direito Penal americano não conhece o dolo eventual ou a culpa consciente, não havendo como desenvolver uma categoria intermediária entre tais conceitos que possa ser simplesmente transplantada ao Direito Penal continental como alguma espécie de resolução da recorrente discussão sobre o limite entre dolo e culpa. O que se chama de *culpa grave* ou *leviandade*³⁹ não se confunde com *recklessness*; trata-se de categorias de conteúdos e alcances distintos. *Recklessness* é uma categoria bem definida no Código Penal Modelo americano, que exige para sua configuração diversos elementos, estando fundada no conhecimento do risco pelo autor.⁴⁰

³⁴ MEADOR, Daniel John. *American courts*. 2.ed. St. Paul: West, 2000. p.1.

³⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model penal code*. Filadélfia: American Law Institute, 1962. Ver também DUBBER, Markus D. *An introduction to the model penal code*. 2. ed. New York: Oxford, 2015.

³⁶ DUBBER, Markus D. Comparative criminal law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p.1320.

³⁷ Equívoco comum, cometido, entre outros por Luís Jiménez de Asúa (*Tratado de derecho penal*. T I. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1964. p. 669) e Spencer Toth Sydow. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p.75, nota 85.

³⁸ A tradução do termo alemão *Leichtfertigkeit* como “leviandade” é proposta por Luís Greco (Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.13-14. nota 5).

³⁹ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal law: A comparative approach*. Oxford: Oxford, 2014. p. 247.

⁴⁰ Ver acima nota 19 e texto correspondente.

Assim sendo, não se pode simplesmente querer transplantar ao Brasil – ou a qualquer outro sistema jurídico de matrizes distintas – a cegueira deliberada sem verificar se o papel a ser desempenhado corresponde àquele desempenhado no seu sistema jurídico originário. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de Direito Comparado.

A cegueira deliberada em seu sistema originário esteve desde sempre situada como um substituto para o elemento subjetivo *knowledge* nos crimes que exigem do autor conhecimento a respeito de alguma circunstância elementar do delito. O elemento *knowledge*, nos sistemas influenciados pelo Código Penal Modelo americano, é um requisito adicional imposto pela legislação com relação ao elemento padrão de responsabilidade subjetiva, a *recklessness*. Significa dizer que no Direito Penal americano, em geral, toda vez que o legislador não inclui na definição de crime algum modo de responsabilidade subjetivo, presume-se que o autor será responsabilizado se agir no mínimo com *recklessness*. Isto é, se o autor conscientemente ignorar algum risco substancial e injustificável de que alguma circunstância elementar do delito exista ou resultará de sua conduta. Alguns crimes podem exigir mais: que o autor – em vez de ignorar o risco existente ou criado – aja sabendo da presença de alguma elementar do crime ou sabendo que o resultado criminoso de sua conduta é praticamente certo. A cegueira deliberada em tais sistemas serve para permitir que o autor possa ser condenado mesmo quando tal conhecimento a respeito da certeza do resultado, da natureza de sua conduta ou da presença de alguma circunstância elementar concomitante não esteja plenamente configurada. Vale dizer, aplicando-se a cegueira deliberada, os tribunais podem condenar um indivíduo nos crimes que exigem conhecimento mesmo que tal indivíduo não tenha conhecimento dele.

Desde seu remoto surgimento no Direito inglês, a noção de que pudesse ser imputada a um autor a prática de um delito que exige conhecimento como elemento subjetivo, mesmo que o autor não tivesse conhecimento de fato, sofreu transformações até que viesse a ser estabelecida de forma mais ou menos estável. Essas transformações se deram no campo processual, com o constante resgate de decisões anteriores e reiterada aplicação até se estabelecer uma regra não positivada. Convencionou-se denominar essa regra “cegueira deliberada”. Devido à inexistência de uma fonte central e unificadora do Direito Penal americano, não é possível se estabelecer um enunciado único e preciso do que se pode entender por cegueira deliberada. Há, no entanto, elementos comuns encontrados nas decisões dos principais tribunais americanos que permitem extrair alguma síntese de sua aplicação: a partir das sucessivas aplicações dessa regra e a remissão ao Código Penal Modelo, pode-se afirmar que uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Quando os três elementos enunciados estão presentes, é possível condenar o autor por um crime que exige *knowledge*, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito. Isso é cegueira deliberada nos Estados Unidos da América.

Nesse ponto, há clara inconsistência entre a definição de cegueira deliberada encontrada no voto da ministra Rosa Weber e a regra extraída a partir da análise dos precedentes americanos. Diferentemente do que restou exposto no voto do caso “Mensalão”,⁴¹ *cegueira deliberada* nos Estados Unidos

⁴¹ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. Apurou-se que ao tempo do julgamento da APN 470, havia sido cedido pelo TRF-4 ao STF para atuar como magistrado instrutor no gabinete da

é utilizada como substituto do elemento *knowledge*, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito; (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, amparada direta ou indiretamente nos escritos de Sergio Fernando Moro,⁴² convencionou aplicar o que se chama “cegueira deliberada” a partir do reconhecimento de dolo eventual na lavagem de dinheiro quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.

Embora os enunciados contenham pontos em comum, nota-se de plano uma distinção relevante. A construção americana da “cegueira deliberada” trata da subjetividade do autor, ao exigir que ele não acredite que a circunstância elementar era inexistente. Com isso, afasta-se o recurso a algum critério objetivamente estabelecido, como da pessoa média, utilizado para a responsabilidade a título de *recklessness* e *negligence*. Incorreu em erro, portanto, a ministra Rosa Weber ao aplicar a cegueira deliberada em conjunto com um pretense dever de conhecimento por parte do autor, que seria fundamento para o dolo eventual caso comprovado seu desconhecimento.

Por outro lado, o conceito de cegueira deliberada delineado na Ação Penal n.º 470 inclui um requisito inexistente no enunciado americano: a indiferença do autor quanto à elevada probabilidade de ocorrência do resultado.⁴³ Naturalmente, a exigência de indiferença não é feita no Direito anglo-americano, pois a indiferença não é uma categoria fundamental para a identificação de *knowledge* ou *recklessness*. Como há a crença equivocada de que o CP teria adotado no inciso I do seu art. 18 a teoria do consentimento, a indiferença do autor pelo resultado é característica marcante do dolo eventual, em oposição ao propósito, de um lado, e o mero descuido, de outro. Com isso, buscou-se aparentemente introjetar artificialmente um componente do dolo eventual na definição de cegueira deliberada, visando facilitar a acomodação da cegueira deliberada enquanto dolo eventual no Direito brasileiro.

Cotejando o teor dos enunciados de cegueira deliberada nos Estados Unidos da América e no Brasil, verifica-se não haver coincidência. Comparando-se tais formulações, demonstrou-se serem conceitos diferentes, aplicados com finalidades diferentes – nos Estados Unidos, como substituto do elemento

ministra Rosa Weber (TRF-4, Portaria n.º 63, DJe 30 jan. 2012), havendo muita similitude entre os argumentos e referências utilizadas, ainda que a obra de Moro não tenha sido diretamente citada.

⁴² “Exige-se [...] (iii) que o agente, mesmo tendo presente a probabilidade da origem criminosa, persista indiferente na conduta delitativa de ocultação ou dissimulação, deliberadamente evitando aprofundar o conhecimento acerca da origem criminosa dos bens, direitos ou valores envolvidos, a despeito de em condições de fazê-lo.” (STF, APn n.º 470/MG, Rel. Joaquim Barbosa, DJe 22 abr. 2013. p.1.301). Aponta-se, aqui, um grave erro de tradução cometido por Sergio Fernando Moro, ao traduzir trecho da decisão do caso *United States v. Jewell* (532 F.2d 697 (9th Cir., 1976): “To act ‘knowingly,’ therefore, is not necessarily to act only with positive knowledge, but also to act with an awareness of the high probability of the existence of the fact in question”) como “Agir ‘com conhecimento’, portanto, não é necessariamente agir apenas com conhecimento positivo, mas também agir com indiferença quanto à elevada probabilidade da existência do fato em questão” (MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ____ (Org.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.98).

⁴³ TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. *Modern Law Review*, London, v. 61, p.12, 1998.

subjetivo *knowledge*; no Brasil, como subespécie de dolo eventual –, não havendo identidade entre tais categorias, apesar da insistência pela jurisprudência nacional.

Se os critérios para identificação da cegueira deliberada no Brasil são diferentes daqueles enunciados em seu sistema de origem, e se cegueira deliberada pode ser considerada equivalente ao dolo eventual, não se vislumbra sentido em desenvolver uma teoria sobre cegueira deliberada no Brasil. Não há motivo algum para se denominar pelo mesmo nome categorias distintas. Se o enunciado da cegueira deliberada “à brasileira” não corresponde ao enunciado da cegueira deliberada em seu sistema de origem, evidentemente não são a mesma coisa. Com isso, cegueira deliberada no Brasil não é o mesmo que *willful blindness* nos Estados Unidos. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de Direito Comparado.

A disciplina do Direito Comparado identifica importante fonte de desenvolvimento jurídico nos chamados “transplantes jurídicos”, metáfora que identifica o processo de transposição orgânica de dispositivos legais de um ordenamento jurídico para o outro. Assim como em um transplante de órgãos, normas jurídicas não podem ser carregadas de um contexto legal para o outro sem os devidos cuidados em manter o destinatário intacto, pois é necessária cuidadosa implantação e cultivo em seu novo habitat.⁴⁴ A esse método foram feitas importantes críticas,⁴⁵ que apontam à necessidade de adaptação do dispositivo legal ao novo ordenamento, de modo que este frequentemente imporá àquele novas funções, muitas vezes não condizentes com aquelas desempenhadas em sua origem. Muitas vezes, o “transplante” pode produzir “irritações” – isto é, desencadear uma série de efeitos colaterais inesperados pelo jurista, que perturba a sintonia interna do sistema, o qual não se adapta à inserção do elemento alienígena.⁴⁶

Tais críticas não levam necessariamente à conclusão de que é impossível a importação bem sucedida de normas jurídicas estrangeiras ao ordenamento jurídico nacional. Todavia, é importante que nesse processo sejam observadas as transformações que podem sofrer o dispositivo ou a categoria ao ser realocada de um sistema para o outro, mantendo o foco particularmente sobre o texto a ser traduzido.

Entende-se, assim, não ser possível a adoção indiscriminada de institutos jurídicos estrangeiros, pois é necessário observar as vicissitudes dos ordenamentos jurídicos originário e destinatário, a fim de perquirir a compatibilidade da norma (ou conceito) transplantada com o sistema em que se pretende a inserir. Esse cuidado deve ser tomado por todo e qualquer estudo da legislação comparada antes de se tentar introduzir conceitos e categorias alienígenas no Direito nacional, principalmente por meio da jurisprudência.

Ademais, é preciso que se olhe para a utilidade ao sistema nacional da categoria transplantada. Não se deve fazer Direito Comparado por simples diletantismo ou para dar aparência de cientificidade às decisões. E mais: o transplante não pode ir de encontro com as garantias legais existentes no sistema

⁴⁴ Idem, *ibidem*, p.11. LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 45, n.1, p. 30-31, inverno de 2004.

⁴⁵ TEUBNER, *op. cit.*, p.12.

⁴⁶ Não há uniformidade na legislação penal dos países de tradição jurídica continental. Há países em que não há qualquer definição de dolo na legislação. Por outro lado, há países como o Brasil que trazem alguma definição de dolo e de culpa em seus respectivos códigos penais.

jurídico destinatário. Nesse ponto, a criação da “cegueira deliberada” pela jurisprudência não sobrevive a um rigoroso escrutínio dogmático.

Como se vê, a ausência de método para o estudo comparado no voto da ministra Rosa Weber levou a sérias distorções na apresentação do contexto americano da *willful blindness*, o que contamina a definição do conceito de cegueira deliberada proposto no voto. Isso resultou na inclusão artificial do elemento indiferença na cegueira deliberada. No entanto, como se passa a expor, indiferença e dolo eventual não estão intimamente ligados, sintoma de desconhecimento do conceito de dolo no Direito Penal brasileiro.

4. Indiferença e dolo eventual na formulação do conceito de cegueira deliberada

Ao contrário de muitos sistemas jurídico-penais da tradição *civil law*, o Código Penal brasileiro, ao dispor sobre os elementos subjetivos dos crimes em sua parte geral, fornece uma definição mais ou menos precisa de *dolo* e de *culpa*. Sob a rubrica “crime doloso”, o CP estabelece que o autor age com dolo quando ele quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Por outro lado, a lei penal nacional indica haver “crime culposo” quando o autor dá causa a um resultando ao agir com imprudência, negligência ou imperícia.

Embora não seja usual,⁴⁷ a partir da redação do art. 18 pode-se dizer que o legislador brasileiro adotou uma das diversas teorias desenvolvidas pela doutrina para definição de dolo. Segundo Nelson Hungria, o Código Penal adotou a teoria do consentimento.⁴⁸ O consentimento da ofensa ao bem jurídico pelo autor, contudo, não decorre diretamente do texto legal. Sendo dolo eventual uma modalidade de dolo, cujo conceito convencionou-se atrelar ao conhecimento e à vontade, foram desenvolvidas diversas teorias para delimitar o espaço entre dolo e culpa, sendo a teoria do consentimento – segundo a qual o autor age com vontade no dolo eventual em razão de uma vinculação emocional com o resultado, pois além de o representar como possível, também se conforma com ele ou aceita a sua produção – apenas uma delas.⁴⁹ Andou mal, portanto, a decisão de Rosa Weber ao atrelar a configuração do dolo eventual à existência de “indiferença” por parte do autor.

Analisando-se o teor da definição de dolo fornecida pelo legislador brasileiro no art. 18 do CP, logo percebe-se que se definiu muito pouco. Não basta simplesmente tomar o sentido comum das expressões “quis o resultado” e “assumiu o risco de produzi[r o resultado]”. É preciso definir o que pode ser entendido por *querer* um resultado, se há algum grau de volição e de cognição nesse querer. Da mesma forma, a *assunção de risco* de um resultado precisa ser definida, principalmente porque todo aquele que conscientemente cria um risco de lesão a bens jurídicos de alguma forma assume o risco de produzir a lesão representada como possível – ainda que se esteja atuando de forma imprudente, tomando as precauções necessárias para evitar que o resultado venha a ocorrer. Por tal motivo, mesmo quem atua culposamente assume o risco de produzir o resultado delitivo de sua conduta. É necessário, assim, que a dogmática do Direito Penal estabeleça a delimitação do alcance da expressão

⁴⁷ “Pela leitura da *Exposição de motivos*, não padece dúvida que o Código adotou a *teoria do consentimento*.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. T II. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.122). Como demonstra Luís Greco (Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.xi), o entendimento de Hungria foi repetido pelas obras nacionais posteriores.

⁴⁸ Para uma visão aprofundada e posição crítica sobre as teorias do dolo, ver VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017; PUPPE, op. cit.

⁴⁹ GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. PUPPE, op. cit., p. xvii.

definida pelo legislador, de modo a orientar a correta aplicação do Direito Penal. Greco, inclusive, defende que a “lei não resolveu nada” com relação ao conceito de dolo.⁵⁰

Tomando-se os próprios dispositivos do CP, pode-se perceber, em verdade, que o art. 18 não esgota o conceito de dolo; deve ser complementado pelo *caput* do art. 20, que define erro de tipo. Ao estabelecer a lei penal que “[o] erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo”, coloca-se o conhecimento do autor a respeito das circunstâncias elementares do crime como elemento essencial do dolo.⁵¹

Greco aponta que é o conhecimento – e não a vontade – o elemento essencial para se estabelecer o dolo, pois *conhecimento* é o fator fundamental para se estabelecer a atuação pelo autor com domínio ou controle sobre a sua conduta.⁵² A partir de uma análise das situações de dolo direto e dolo eventual, defende não haver relevância na vontade do autor, propondo um conceito unitário de dolo, fundado em parâmetros puramente cognitivos.⁵³

Em se tratando o conhecimento de uma circunstância elementar do dolo, não pode ter o seu alcance ampliado indevidamente para situações de desconhecimento a partir de interpretação doutrinária ou jurisprudencial. Pode-se considerar conhecimento tanto a noção tradicional enquanto dado psicológico-descritivo quanto uma construção jurídica a partir de parâmetros normativo-atributivos. Não há vedação legal ou dogmática nesse sentido.

Vale dizer, não há uma definição legal de conhecimento. Isso não é necessariamente algo ruim, pois permite que o conceito de conhecimento possa ser preenchido pela academia, desde que atendidos os parâmetros mínimos estabelecidos pelo inciso I do art. 18 e pelo *caput* do art. 20 do CP. Por outro lado, não se pode dizer que há conhecimento em situações de desconhecimento.

Não se pode ampliar o âmbito da punibilidade delimitado pelo conhecimento para situações de desconhecimento, ainda que o conhecimento seja potencial. Situação diversa ocorreria quando se estabelece que o conceito de conhecimento engloba alguma situação distinta daquela que normalmente se tem por “conhecimento real” ou “conhecimento efetivo”, a partir de uma noção psicológico-descritiva. Utilizando critérios normativo-atributivos, pode-se dizer haver conhecimento mesmo nos casos em que não há necessariamente comprovação empírica pelo autor de determinada situação. Conhecimento, para o Direito Penal, pode ser menos que o conhecimento pleno e efetivo, desde que não extrapole os limites cognitivos estabelecidos pela legislação, como no regramento do erro.

Nesse sentido, algumas situações idênticas na jurisprudência como casos de cegueira deliberada poderiam integrar o âmbito de alcance do conhecimento a partir de critérios bem definidos, sendo este o caso da imputação de lavagem no julgamento da Ação Penal n.º 470. Tivessem sido bem analisados os fundamentos do dolo nas condutas imputadas, não haveria reparos a serem feitos a este aspecto da condenação. O que não se pode admitir, porém, é que a noção de “cegueira deliberada” seja indevidamente transplantada do Direito americano, onde desempenha uma função de expansão da punibilidade a partir do conhecimento, que impede a imputação dolosa no Direito Penal brasileiro. Essa atuação acrítica da

⁵⁰ Idem, *ibidem*.

⁵¹ GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Org.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 891.

⁵² Idem, *ibidem*, p. 902.

⁵³ Para casos de mau uso da cegueira deliberadas, ver LUCCHESI, *op. cit.*, p.183-187.

jurisprudência, que acolhe ideias incompatíveis com o Direito pátrio, sem os devidos ajustes e prévias considerações metodológicas, contribui para o empobrecimento do Direito e da dogmática nacional.

Defende-se, ademais, que dolo eventual não coincide com cegueira deliberada. Pode haver situações de sobreposição, mas nem toda situação de desconhecimento provocado pelo autor preencherá os requisitos cognitivos exigidos pelos arts. 18 e 20 do CP para formação do dolo eventual. Apesar dos esforços teóricos despendidos para dar à cegueira deliberada status de compatibilidade com o sistema de imputação desenhado na legislação nacional e na doutrina jurídico-penal de matriz germânica, percebe-se do aprofundado estudo do dolo e de seus fundamentos que as construções teóricas feitas sobre a cegueira deliberada em nada acrescentam para distinguir “cegueira deliberada” de dolo.

Vale dizer, tomando uma situação em que estão presentes os fundamentos do dolo, pode-se reconhecer a presença de dolo. Não há nenhum ganho em chamar algumas destas situações onde estão presentes os fundamentos do dolo de “cegueira deliberada” ou de qualquer outro conceito. Muito pelo contrário, dar denominação diversa a um feixe de situações em que se reconhece a existência de dolo obscurece os critérios de imputação, criando insuperável confusão.

De acordo com o disposto no art. 18 do CP, somente pode haver imputação se o autor tiver agido com dolo ou com culpa. Ademais, segundo o parágrafo único de tal dispositivo, só se admite a punição na modalidade culposa nos casos em que houver expressa permissão legal. Desse modo, a regra para a punibilidade no Direito Penal brasileiro é o dolo. Isso significa que, excetuadas as excepcionais situações de punibilidade a título de culpa, somente é possível a punição se estiver identificado o dolo. A lógica adotada é binária. Não se admitem modalidades intermediárias.

Diante de tais considerações sobre o dolo, salvo a superveniência de alguma alteração legislativa, a punição das situações envolvendo uma possível cegueira deliberada pressupõem que estejam presentes os pressupostos para a punibilidade dolosa. Não pode a doutrina criar um *tertium genus* de categoria de imputação subjetiva. Portanto, é imprescindível que no Direito brasileiro qualquer conduta em que se reconheça a existência de cegueira deliberada pelo autor seja praticada dolosamente, caso contrário não poderá ser considerada punível. A cegueira deliberada, dessa forma, se limita a identificar situações em que pode ser reconhecido o dolo.

A aplicação da teoria do dolo é suficiente para alcançar as situações envolvendo cegueira deliberada, tratando-se de uma teoria desnecessária para fundamentar a punibilidade. Ademais, não se verifica lacuna de punibilidade na aplicação da teoria do dolo que necessite ser colmatada por uma “teoria” da cegueira deliberada. Não possuem consequência dogmática as considerações a respeito do merecimento de punição de determinadas condutas. Diante da ausência de previsão de modalidade culposa, ou há dolo e, conseqüentemente, punibilidade, ou não há dolo e não se pode punir a conduta.

5. Conclusão

O voto da ministra Rosa Weber no caso do “Mensalão” é um nítido exemplo do mau uso do Direito Comparado e da conseqüente aplicação indiscriminada da cegueira deliberada no Brasil, de modo incompatível com teoria do dolo. Invocando indevidamente a cegueira deliberada como fundamento da condenação, de alguma forma buscou-se fornecer um adorno retórico à decisão, quando bastaria analisar a conduta sob o aspecto do dolo e das provas produzidas no processo. Ainda que se possa permitir a

punição dolosa nesse caso – desde que, evidentemente, presentes os elementos objetivos necessários –, a decisão erra ao legitimar a invocação da cegueira deliberada como se fosse necessária para identificar dolo eventual no caso. A condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber acerta por acaso, errando naquilo que é fundamental: o fundamento da decisão.

Nos casos em que há dolo, pode haver a condenação por crime doloso, diante da demonstração de conhecimento do risco criado pelo autor – seja conhecimento “efetivo” ou conhecimento normativamente atribuído a partir de critérios precisos de imputação – de modo que tal conhecimento permita inferir que a produção do resultado típico é algo que o autor domina. Não é necessário afirmar que o autor agiu com cegueira deliberada.

As distorções decorrentes do mau uso do Direito Comparado pela jurisprudência, que insiste em apegar-se à “cegueira deliberada”, defendendo sua aplicação a partir das pretensas “soluções” trazidas por essa categoria no Direito americano, provocam a violação de garantias fundamentais no Direito brasileiro. O voto da ministra Rosa Weber acaba por legitimar o uso da cegueira deliberada pela jurisprudência, autorizando o seu uso para permitir a punibilidade de condutas em que seria impossível a atribuição de conhecimento ao autor, de modo a obstar o reconhecimento de dolo. Permite, ainda, que a cegueira deliberada seja aplicada de modo a superar a ausência efetiva de prova desfavorável ao autor, presumindo – e não atribuindo – conhecimento.⁵⁴ Nenhuma dessas aplicações é juridicamente permissível. Não há categoria dogmático-penal que possa influir na interpretação judicial de provas ou ultrapassar os limites de punibilidade impostos pelo legislador.

Tem-se, portanto, que o uso adequado do Direito Comparado, realizado a partir de parâmetros metodológicos bem definidos, poderia evitar as distorções ora criadas pela jurisprudência. Houvesse um estudo cuidadoso, e não distorcido ou seletivo, do Direito americano, restaria evidente a impossibilidade de se simplesmente transplantar a cegueira deliberada ao Direito Penal brasileiro. Tal cuidado seria reforçado pelo profundo conhecimento da dogmática penal, cujos fundamentos não deixam lacunas de punibilidade que necessitariam ser colmatadas. A necessidade de uma “teoria da cegueira deliberada” é produto do desconhecimento do próprio Direito por segmentos da jurisprudência.