

Criminalidade Econômica e Princípio da Proporcionalidade: da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente

VINICIUS DE MELO LIMA

Promotor de Justiça no RS
Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

CAROLINE DE MELO LIMA

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

“Princípios valem, regras vigem” (Paulo Bonavides)

INTRODUÇÃO

O estudo em pauta repousa na aferição de um dos temas cuja envergadura preocupa a conjuntura socioeconômica e jurídica (trans)nacional: diz respeito ao Direito Penal Econômico e à incidência do princípio constitucional da proporcionalidade.

Com efeito, as mutações sociais desencadeadas pela globalização econômica e pelo capitalismo neoliberal têm derramado efeitos no âmbito penal, de tal modo que a criminalidade tradicional, caracterizada pela lesão a bens ou interesses de cunho individual, cede espaço à criminalidade “dourada”, em que são atingidos bens jurídicos coletivos e transindividuais.

Não obstante, a dogmática jurídica, imersa no modo de produção liberal-individualista, (ainda) compartilha dos conflitos individuais como prisma hermenêutico, conferindo, não raras vezes, respostas penais (in)compatíveis com a ofensividade das condutas praticadas no tecido social.

Nesse sentido, assume relevo o princípio constitucional da proporcionalidade, visto como instrumento de controle dos excessos – e insuficiências – do Poder Público e das agências estatais.

Noutras palavras, se é certo que o Direito Penal visa tutelar o *jus puniendi*, de modo a não ferir o *jus libertatis* do indivíduo, não menos verdade é a constatação de que não há direitos fundamentais absolutos. Significa dizer que a proporcionalidade dos meios e fins visados pelo Estado tem de, por óbvio, velar pela proteção dos direitos individuais, sem descuidar da gama de interesses coletivos e difusos carentes de proteção, mormente na esfera criminal.

Daí se insere a problemática do presente trabalho, qual seja, a de fomentar o debate em torno da tutela penal dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões na sociedade de risco hodierna, mormente em face da criminalidade econômica, a qual deita raízes, em geral, além-fronteiras.

Em seu primeiro capítulo, o trabalho em tela traça uma visão sistêmica relativa à criminalidade econômica e ao Estado Democrático de Direito. Enfoca-se desde a polêmica conceituação até os efeitos e projeções da delinquência organizada, que, não raras vezes, culminam na instabilidade democrática de um povo. As mutações sofridas pelo Estado de Direito também mereceram análise, bem como o papel basilar da principiologia constitucional.

Na seqüência, o segundo capítulo realiza uma abordagem em torno do princípio da proporcionalidade, em sua dupla perspectiva – proibição do excesso e proibição da insuficiência –, e de sua incidência no Direito Penal.

Por fim, o terceiro capítulo discute a aplicação do ventilado princípio na esfera dos crimes econômicos, tecendo considerações em torno da extinção da punibilidade nos crimes tributários, tendo como referência as perspectivas hermenêuticas e os postulados constitucionais que irradiam o Estado Democrático de Direito Brasileiro.

1 – CRIMINALIDADE ECONÔMICA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: REFLEXOS E TENDÊNCIAS NO CONTEXTO SOCIOJURÍDICO (TRANS)NACIONAL

1.1 – Delineamentos preliminares

O mundo pós-moderno vem presenciando as transformações sofridas na economia dos países, com a abertura dos mercados internos e a formação de blocos econômicos tendentes a forjar estruturas competitivas num cenário traçado pelas amarras da globalização e do capitalismo.

Despiciendo lembrar que os países emergentes, em especial, vivem admoestados com tamanhas alterações na seara econômica, uma vez que a volatilidade dos capitais, agregada ao estado de crise cambial evidenciado em muitos deles, como o Brasil, faz com que projetos sócio-culturais venham a perecer irremediavelmente.

A própria noção de Estado nacional e suas específicas funções de soberania entraram em crise, devido a circunstâncias externas (criação de espaços políticos supranacionais, como a União Européia, por exemplo) e internas (movimentos de regionalização e autonomia, que levaram à proliferação de poderes subestatais, cujo traço marcante se denota na privatização de funções e tarefas tidas como pilares do Estado). Tais elementos parecem confluir no sentido da desagregação e desarticulação estatal (Costa, 2001).

Nesse sentido, determinados efeitos permeiam o âmbito das relações jurídicas, consubstanciados nos inúmeros tratados e convenções internacionais engajados, ao menos em tese, na solução dos conflitos situados além-fronteiras.

A guisa disso, são perceptíveis os reflexos na Ciência Penal, em face de atividades criminógenas que desnudam uma importante ramificação daquela: o Direito Penal Econômico.

A preservação e a harmonização do sistema econômico de uma sociedade é tarefa imanente ao Direito Econômico; porém, quando determinadas condutas lesam ou põem em risco ou perigo os bens relacionados com essa ordem econômica, de maneira grave, com reflexos ao manto social, passa a atuar o Direito Penal (Econômico), como *ultima ratio* (Silva, 2001).

A delinquência econômica organizada, via de regra, fere de morte um bem jurídico metaindividual, qual seja, a ordem socioeconômica do Estado.

Segundo Callegari,

(...) quando se defrauda a previdência, o Fisco, etc., o Estado se fragiliza e passa a não prestar um bom serviço. É evidente que tais conseqüências têm repercussão na vida e na integridade física das pessoas, porém, não de maneira direta como na comissão da maioria dos delitos tradicionais em que a repercussão aparece, normalmente, em seguida (2001, p. 10).

Mister é a compreensão de que, quando se lesa o sistema econômico-financeiro de uma determinada extensão territorial, em verdade, se apunhala, oblíqua ou indiretamente, o seio social. Isto porque o desequilíbrio daquele sistema impede a consecução de programas assistenciais e caritativos, bem como os órgãos oficiais prestadores de serviços públicos – seguridade social, saúde, educação, entre outros – amargam insofismável deficiência funcional.

Os conflitos intersubjetivos imersos, no mais das vezes, no campo (ideal) da literatura (a qual se utiliza, amiúde, de situações fictícias), cedem lugar a um novo contexto, forjado pela criminalidade “dourada”, que compreende uma gama variada de crimes, tais como, os fiscais, de “colarinho branco”, contra as relações de consumo, o meio ambiente, etc. Desse modo, a objetividade jurídica afetada traduz-se em valores supra-individuais, que dizem respeito ao (regular) funcionamento da sociedade e do Estado.

Lamentavelmente, no Brasil, “predomina/prevalece (ainda) o modo de produção de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais” (Streck, 2000, p. 35).

Com efeito,

(...) a dogmática jurídica coloca à disposição do operador um *prêt-à-porter* significativo contendo uma resposta pronta e rápida! Mas, quando Caio (*sic*) e milhares de pessoas sem teto ou sem terra invadem/ocupam a propriedade de Tício (*sic*), ou quando Caio (*sic*) participa de uma “quebradeira” de bancos, causando desfalques de bilhões de dólares (como no caso do Banco Nacional, Bamerindus, Econômico, Coroa-Brastel, etc.), os juristas só conseguem ‘pensar’ o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito (Streck, 2000, p. 35-36).

O dogmatismo tradicional, calcado numa visão codicista e individual, não dispõe de soluções eficazes aos conflitos e demandas sociais, especificamente as de natureza transindividual, deflagrando uma crise do Direito forjado nesse modelo de pensamento/produção.

1.2 – Organizações criminosas e sua (in)definição

O crime organizado apresenta-se como uma espécie da interface penal-econômica, constituindo uma rede hierárquica e monetariamente estruturada, alicerçando-se, em regra, na participação de agentes estatais ávidos pela obtenção de lucratividade ilícita e desmesurada. Como ensinam Cer-

vini, Oliveira e Gomes (1998), a delinquência organizada constitui-se num sistema econômico marcado pela clandestinidade, com um produto bruto e lucros que sobejam o produto nacional bruto de vários países.

Conforme a Rede de Combate aos Crimes Financeiros do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos (FINCEN), “o crime organizado está assumindo um papel cada vez mais significativo, o que ameaça a segurança das pessoas, dos Estados e das instituições democráticas” (Lilley, 2001, p. 17).

A proliferação do sistema capitalista, notadamente sob o modelo (neo)liberal, aliado ao desenvolvimento de novas tecnologias, entre outros fatores, fomentaram a criação de estruturas criminosas em diversos países, cujo traço característico é a complexa teia organizacional.

De Lampião à era da *Internet*, novos mecanismos são implementados com o fito da acumulação e do uso de capitais, donde se infere que as raízes do crime (organizado) datam de certo período. Na verdade, assemelha-se a uma árvore repleta de frutos, os quais se renovam *ad eternum*.

O poderio econômico e a influência desse tipo delinqüencial, não raras vezes infiltrado no tecido estatal, podem levar ao rompimento do ordenamento jurídico (existência, validade e eficácia da norma), e, conseqüentemente, desvirtuar a preservação/proteção dos direitos fundamentais.

A despeito disso, remanesce uma dificuldade (ou má vontade política) dos Estados na conceituação jurídica da ventilada realidade fenomênica. A literatura, a seu turno, tem se ocupado dessa tarefa, extraíndo definições e predicados com o escopo de viabilizar sua apreensão normativa.

Vale trazer a lume o entendimento de Zaffaroni apud Pietá: “Frank Hagan revisou definições do crime organizado compulsando 13 autores, tendo observado consenso entre eles nos seguintes pontos: a) implica uma empresa permanente, que opera racionalmente para obter benefícios mediante atividades ilícitas; b) sustenta sua ação mediante violência real ou suposta; c) envolve corrupção de funcionários públicos” (1999, p. 323).

Maia (1999) desmembra a criminalidade organizada em cinco categorias essenciais, a saber:

- 1) o fornecimento de serviços ilegais (jogo, prostituição, etc.);
- 2) o suprimento de mercadorias ilícitas (drogas, pornografia, etc.);
- 3) a infiltração em negócios ilícitos (atividades extorsionárias, aquisição de empresas legítimas para lavagem de dinheiro, etc.);

4) o uso de empresas legítimas ou formalmente legítimas para a prática de crimes (empresas de fachada, crimes de colarinho branco, etc);

5) a infiltração no mecanismo estatal e a corrupção dos agentes públicos (concessão, financiamento de campanhas políticas, etc.).

Consoante Cervini e Gomes (1997), uma associação ilícita organizada apresenta algumas das seguintes características:

I) hierarquia estrutural;

II) planejamento empresarial;

III) uso de meios tecnológicos avançados;

IV) recrutamento de pessoas;

V) divisão funcional das atividades;

VI) conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público;

VII) oferta de prestações sociais;

VIII) divisão territorial das atividades ilícitas;

IX) alto poder de intimidação;

X) alta capacitação para a prática de fraude;

XI) conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Todavia, sobreleva notar que os Estados Unidos e outros 123 países, incluindo o Brasil, assinaram a Convenção das Nações Unidas sobre Delinquência Organizada Transnacional, durante uma conferência realizada entre os dias 12 e 15 de dezembro de 2000, na cidade de Palermo, Itália.

A Convenção pretende promover a cooperação entre os Estados-Partes para prevenir e combater mais eficazmente o crime organizado internacional, estabelecendo alguns traços básicos, tais como, o intuito econômico, a estabilidade, a transnacionalidade, a participação de mais de três elementos, além de conceitos como o de delito determinante, delito grave, entrega viável, grupo estruturado, bens, etc.

Apresenta uma definição do que vem a ser uma organização criminosa transnacional (“grupo delitivo organizado”):

Artículo 2 (Definiciones)

Para los fines de la presente Convención:

a) Por “grupo delitivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

- b) Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de a menos cuatro años o con una pena más grave;
- c) Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada (...).¹

Decompondo-se a leitura do ventilado dispositivo, nota-se que um “grupo organizado” corresponde a um grupo estruturado e estável, composto de, no mínimo, três pessoas, que atue com o fito de cometer um ou mais delitos graves (cuja pena é igual ou superior a quatro anos), visando a obtenção de uma vantagem econômica ou material (*animus*).

Vale repisar que o âmbito de aplicação da Convenção em tela se subsume ao caráter transnacional da organização delitiva, à luz do art. 3, n. 2:

Artículo 3 (Ámbito de aplicación)

2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si:

- a) Se comete en más de un Estado;
- b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
- c) Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
- d) Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.²

Importante registrar que a maneira pela qual o crime organizado é entendido pode influir consideravelmente nas políticas públicas destinadas ao seu enfrentamento. Daí reside o maior entrave que a questão enseja, visto que

(...) o tema da criminalidade organizada presta-se a manipulações políticas e a introdução de normas legais repressivas que podem emascular as liberdades democráticas com o enrijecimento do direito penal, além de possibilitar a insuportável ingerência

¹ Tradução livre: Artigo 2 (Definições) Para os fins da presente Convenção: a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá um grupo estruturado de três ou mais pessoas que exista durante certo tempo e que atue concertadamente com o propósito de cometer um ou mais delitos graves ou delitos tipificados de acordo com a presente Convenção visando obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício de ordem material; b) Por “delito grave” se entenderá a conduta que constitua um delito punido com uma privação de liberdade máxima de ao menos quatro anos ou com uma pena mais grave; c) Por “grupo estruturado” se entenderá um grupo não constituído fortuitamente para a comissão imediata de um delito e no que não necessariamente se tenha distribuído a seus membros funções formalmente definidas nem haja continuidade na condição de membro ou exista um estrutura desenvolvida (...).

² Tradução livre: Artigo 3 (Ámbito de aplicación) 2. Para os efeitos do parágrafo 1 do presente artigo, o delito será de caráter transnacional se: a) Se comete em mais de um Estado; b) Se comete dentro de um Estado mas uma parte substancial de sua preparação, planificação, direção ou controle se realiza em outro Estado; c) Se comete dentro de um só Estado mas entraña a participação de um grupo delictivo organizado que realiza atividades delictivas em mais de um Estado; ou d) Se comete em um só Estado mas tem efeitos substanciais em outro Estado.

nos assuntos internos dos países econômica e politicamente mais frágeis pelos países mais ricos e mais pobres (Maia, 1997, p. 13).

Hobsbawm, discorrendo acerca da desintegração dos valores e costumes tradicionais da sociedade capitalista, lembra que

Todo observador realista e a maioria dos governos sabiam que não se diminuía nem mesmo se controlava o crime executando-se criminosos ou pela dissuasão de longas sentenças penais, mas todo político conhecia a força enorme e emocionalmente carregada, racional ou não, da exigência em massa dos cidadãos comuns para que se punisse o anti-social (1995, p. 335).

Assim, se por uma vertente, é mister coligir esforços na tentativa de impedir o recrudescimento da criminalidade de perfil organizado, face aos seus reflexos no contexto global, imperativa é a análise do “reverso da moeda”: não se pode, sob esta justificativa, admitir o controle das políticas públicas dos países (sub)desenvolvidos por órgãos monetários internacionais, ou mesmo, nações mais favorecidas política e economicamente.

Da mesma forma, revela-se de todo prejudicial submeter os princípios fundamentais de direito interno ao jugo de um “combate” às organizações criminosas, haja vista a possível involução a um autêntico “terrorismo penal”.

Insta salientar que, no plano internacional, os Estados são independentes, regendo-se pelas regras da coordenação e não da subordinação – ao menos em tese.

No Brasil, parcela da doutrina sustenta a ausência de uma definição jurídica do que vem a ser uma organização criminosa, face às deficiências de técnica legislativa encontradas na Lei n. 9.034/95, alterada posteriormente pela Lei n. 10.217/01,³ embora também haja posicionamento no sentido de que a sua conceituação é tarefa afeta à doutrina e à jurisprudência, com o emprego da definição traçada pela Convenção das Nações Unidas sobre Delinquência Organizada Transnacional.⁴

Não bastasse isso, são visíveis alguns problemas estruturais, tais como: a intrincada organização das redes criminais que desafiam as limitações das forças de ordem em reprimi-las; a desarticulação entre os setores estatais encarregados da prevenção e da repressão destas práticas; o tráfico de influência e a elevada concentração de renda, etc.

Tais indicativos, na visão de Maia (1997), desnudam um Estado desorganizado, carente de recursos materiais e humanos, e, ainda, sem uma regulação normativa que direcione sua atuação de modo mais eficaz em face do crime (organizado).

³ Nesse sentido, ver GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei nº 10.217, de 11.04.2001? – Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei nº 9.034/95. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, n. 11, p. 9-16, dez./jan. 2002.

⁴ Vide, v.g. BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005. 247 p.

1.3 – Projeções do Direito Penal Econômico

Trilhando a lição sempre autorizada de Damásio de Jesus (2000), cumpre destacar algumas tendências imanentes ao âmbito do Direito Penal Econômico:

a) Foro transnacional: significa que o delito econômico organizado não se submete a delimitações fronteiriças, porquanto o *iter criminis*, em geral, não se dá tão-somente num país.

Aludida espécie de criminalidade tem, cada vez menos, um território nacional, onde atue e se desenvolva, caracterizando-se, em suma, pela inexistência de um *locus delicti*, ao menos sob a ótica da dogmática jurídica tradicional (Costa, 2001).

b) Crescente adoção de exceções ao princípio da territorialidade: a criminalidade econômica intercepta a dogmática jurídica num ponto nevrálgico: a aplicação da lei penal no espaço.

O princípio da territorialidade prevê a aplicação da lei nacional ao fato praticado no território do próprio país. Deriva da soberania do Estado, o qual possui jurisdição sobre as pessoas que em seu território se encontram (Mirabete, 1985).

Assume relevância o princípio da justiça universal, como substrato tendente a acompanhar a evolução espacial do crime, conquanto se defronte com os problemas relativos à variação legislativa, produção de prova, entre outros.

c) Introdução de preceitos penais segundo critérios supranacionais definidos no âmbito internacional: como há uma dissociação entre a execução material do delito econômico e o seu resultado, via de regra, tal circunstância exige “modelos unificados de resposta penal”.

d) Perfil fundamentalmente econômico – uma vez que o poder econômico confere aos autores desses crimes influência e impunidade, em regra.

A corrupção de determinados agentes públicos leva a uma espécie de “legitimação” do crime, desestruturando os poderes constituídos nas suas esferas basilares de atuação: legislativa, administrativa e judiciária.

e) Busca de um conceito uniforme de crime organizado – se deve ao fato de que tais crimes, em várias ocasiões, desconhecem limites de soberania estatal.

f) Relativização das garantias materiais e processuais e flexibilização das regras de imputação: há inegável tendência na flexibilização das normas de direito material e processual, incitando a discussão sobre a dificuldade em se estabelecer um “termo médio” entre o interesse público e o individual;

É mister lembrar, também, da necessária Cooperação Penal Internacional, porquanto as organizações criminosas movimentam-se rapidamente entre os Estados, ao passo que os mecanismos democráticos são naturalmente lentos, envolvendo procedimentos e formas específicas.

Merece destaque o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (Protocolo de São Luiz/Argentina), celebrado entre os países membros do Mercosul, em vigor no Brasil desde o dia 17 de maio de 2000, que prevê a comunicação dos atos processuais por meio de correio eletrônico.

De igual forma, o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os Estados Unidos da América (MLAT), o qual deverá ingressar em breve no ordenamento jurídico pátrio. Este último reconhece a importância de combater em conjunto graves crimes, inclusive lavagem de dinheiro e tráfico de armas, implementando a possibilidade de rápida tramitação direta de pedidos de cooperação no âmbito penal entre o Ministério da Justiça do Brasil e o Departamento de Justiça norte-americano (Gonçalves, 2001).

Contudo, no mais das vezes, (ainda) se utilizam as (in)adequadas cartas rogatórias, notadamente no cenário jurídico pátrio, cuja tramitação é permeada pela burocracia.

A par dessas transformações, além da intensa lesividade social ocasionada pelo crime organizado em geral, observa-se um enrijecimento autoritário do Direito Penal, de modo a que as garantias fundamentais previstas nas Constituições dos Estados Democráticos sejam, muitas vezes, desconhecidas pelo Poder Constituído.

Com efeito, a “revolução dos códigos” (em certos países subdesenvolvidos da *Civil Law*), consubstanciada na mera alteração restritiva da lei penal (adjetiva e substantiva) vigente, exsurge como apanágio destinado à (re)frear os elevados índices de criminalidade. Trata-se de uma medida simbólica, de pouca (ou nenhuma) efetividade prática, haja vista que os reais problemas (sociais, culturais, econômicos, etc.), são relegados a um plano inferior.

Por outro lado, cumpre sublinhar que não existem direitos fundamentais absolutos, porquanto os textos constitucionais traçam objetivos conflitantes entre si, como, por exemplo, a liberdade individual e a segurança pública.

Torna-se imperativa uma justa ponderação dos bens jurídicos em conflito, campo em que toma destaque o princípio da proporcionalidade, que funciona como um instrumento de controle ao exercício da atividade estatal.

A moderna dogmática jurídica, então, vê-se compelida a enfrentar constantes desafios, especificamente, na produção de respostas penais compatíveis com as mutações no plano fático, sem, contudo, descuidar os postulados e princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito (legalidade, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, entre outros).

Como infere Maia, “combater tenazmente o crime organizado sem abdicar dos princípios e garantias que norteiam um Direito Penal Democrático, este o verdadeiro desafio” (1999, p. 20).

1.4 – Da mutação paradigmático-estatal e o papel fundamental da principiologia constitucional

Há que se estabelecer algumas premissas básicas atinentes ao arcabouço normativo frente às mudanças de paradigma estatal, ou seja, as transformações sofridas pelo Estado de Direito.

Nota essencial ao Estado Liberal de Direito foi a submissão ao império da lei, vista como ato formal proveniente do Poder Legislativo. Em sua crítica contundente a esta concepção estatal, Silva traça o seguinte recorte:

(...) se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado Legislativo, o que constitui uma redução deformante. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente (2001, p. 118).

A seu turno, no Estado Social de Direito (*Welfare State*), o individualismo e a neutralidade típicos do sistema liberal cedem lugar a um jaez social/material, em função dos variados movimentos sociais do século passado. Seu intento consiste na adequação do modo de produção capitalista ao bem-estar social geral (neocapitalismo). Revela-se, porém, uma concepção insuficiente e ambígua, haja vista a “propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial” (Silva, 2001, p. 120).

Na visão proporcionada pelo Estado Democrático de Direito, em que o poder emana do povo (Poder Constituinte), uma norma (infraconstitucional) só é considerada válida se possui coerência e compatibilidade com a Lei Maior. Assim, pode uma norma vigorar num determinado local (plano da vigência), mas não ser reconhecida como válida.

Se no Estado Liberal cultuava-se a lei, no Estado Democrático o culto é o da Constituição.

Nesta ótica, a lei se caracteriza como reflexo da Constituição, impondo mudanças democráticas, não obstante continue a exercer uma função conservadora, sobejamente na garantia dos valores socialmente aceitos (Silva, 2001).

Caberá ao órgão judicante (monocrático/colegiado), na aferição do caso concreto, proceder a uma (necessária) filtragem constitucional dos dispositivos legais, negando-lhes aplicabilidade se contrariarem a principiologia (axiológica/deontológica) imanente à Carta Magna.

Daí emana a acepção garantista do Direito Penal, cujo propulsor Ferrajoli a define com maestria:

'Garantismo', en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario (1995, p. 335-336).⁵

Quiçá a preservação dos direitos fundamentais seja uma das questões mais debatidas na atualidade, não obstante seja iterativamente (so)negada pelo Estado, mormente no Brasil, em que os sucessivos governantes têm “amoldado” a Carta Constitucional a seu bel-prazer.

Nessa esteira, sobreleva notar a dupla função dos princípios constitucionais: axiológica e deontológica. Enquanto a primeira congrega a iluminação valorativa da Constituição às demais normas infraconstitucionais, a outra possui uma carga normativa, impositiva e vinculativa do Texto Maior.

A lesão a um princípio assume maior gravidade, notadamente em face da teoria material da Constituição, prevalecendo aí o entendimento de que um “sistema de valores via de regra faz a unidade normativa da lei maior. De tal sorte que todo princípio fundamental é norma de normas, e a Constituição é a soma de todos os princípios fundamentais” (Bonavides, 2001, p. 365).

⁵ Tradução livre: “Garantismo”, com efeito, significa precisamente tutela daqueles valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra os interesses da maioria, é o fim justificador do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos débeis mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito também de sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que se faz aceitável para todos, incluída a minoria dos réus e dos imputados, ao direito penal e ao mesmo princípio majoritário.

Outro não é o entendimento de Streck, segundo o qual a “Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico*” (2000, p. 225).

Insta referir que toda a metodologia de política criminal encontra suas limitações naturais no Estado Democrático de Direito, entendido como barreira intransponível à atuação do Poder Constituído.

Vale trazer a lume a lição de Cervini:

No existe mayor triunfo para el Estado de Derecho que el de viabilizar la convivencia, aún bajo las circunstancias más extremas, en un marco de seguridad jurídica. Una claudicación en esos principios, que admitimos puede ser necesaria frente a hechos excepcionalmente críticos que pongan en juego la propia sobrevivencia institucional, tendrá siempre un costo muy elevado y probablemente irreversible para todos. En casos tan extremos, sólo el fino criterio y ponderación de los juristas podrá atemperar las aristas más gravosas de una legislación que se siente tan excepcional como peligrosa (1998, p. 33).⁶

Deve-se conferir vida à hermenêutica constitucional, sobretudo, através da principiologia nela inserta, diminuindo-se o abismo existencial entre o ser (ontologia jurídica) e o dever ser (deontologia jurídica). Do contrário, o espírito constitucional/constituente não será mais do que mera carta (programática) de intenções.

2 – DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.1 – Panorama histórico-conceitual

Originariamente, o princípio da proporcionalidade volve-se ao âmbito do Direito Administrativo, representando uma limitação ou restrição à ingerência estatal (Administração) em razão da observância dos direitos e garantias individuais. Com a transmutação do princípio da proporcionalidade à seara do Direito Constitucional, eleva-se à categoria de princípio fundamental, ampliando, por conseguinte, seu raio de incidência às demais esferas de atuação do Estado.

⁶ Tradução livre: Não existe maior triunfo para o Estado de Direito que o de viabilizar a convivência, ainda sob as circunstâncias mais extremas, em um marco de segurança jurídica. Uma claudicação nesses princípios, que admitimos pode ser necessária frente a fatos excepcionalmente críticos que ponham em jogo a própria sobrevivência institucional, terá sempre um custo muito elevado e provavelmente irreversível para todos. Em casos tão extremos, somente o fino critério e a ponderação dos juristas poderá temperar as arestas mais gravosas de uma legislação que se sente tão excepcional como perigosa.

Segundo Mello este princípio constitucional revela que as competências administrativas “só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas” (2001, p. 81). Encontra amparo no art. 5º, II, e § 2º, combinado com o art. 37, ambos da Carta Constitucional.

Consoante ensina Canotilho (1999), contém o princípio em tela três subprincípios constitutivos, a saber:

a) Princípio da conformidade ou adequação de meios: Revela que a medida a ser adotada com o intuito de almejar o interesse público deve ser apropriada à persecução da finalidade a ele inerente;

b) Princípio da exigibilidade ou da necessidade: Saliencia a fato de que o indivíduo tem direito à menor desvantagem possível. A doutrina vislumbra outros elementos substanciais, quais sejam: 1) a exigibilidade material, uma vez que o meio empregado deve ser o que menos imponha limites aos direitos fundamentais; 2) a exigibilidade espacial, que conduz à imperiosa limitação no âmbito da intervenção; 3) a exigibilidade temporal, no que pertine à delimitação temporal à medida coativa do poder público; d) a exigibilidade pessoal, visto que a medida deve ser circunscrita à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados;

c) Princípio da proporcionalidade em sentido restrito: Mesmo quando presentes a necessidade e a adequação da medida coativa do poder público visando atingir certa finalidade, necessário se perquirir se o resultado obtido com a intervenção é proporcional a “carga coativa” da mesma. Trata-se, então, de sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim, num juízo de ponderação ou de justa medida.

Cumprе sublinhar que o campo vital de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade é o relativo à limitação ou restrição dos direitos, liberdades e garantias por atos praticados pelo poder público. Todavia, como infere Canotilho, o seu “domínio lógico” de aplicação “estende-se aos *conflitos de bens jurídicos* de qualquer espécie” (1999, p. 266).

No campo do Direito Penal, Beccaria, na obra “Dos Delitos e das Penas”, já salientava que “O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos” (2000, p. 61).

2.2 – A dupla perspectiva do princípio da proporcionalidade

2.2.1 – A proporcionalidade como proibição do excesso

O princípio da proporcionalidade, sob a ótica da proibição do excesso, traduz-se na impossibilidade de o Estado agir excessiva ou abusivamente na consecução de suas finalidades.

Nessa esteira, os subprincípios constitutivos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito – atuam como mecanismos a reprimir o *jus puniendi*, de tal modo a buscar um equilíbrio entre o ato do Poder Público e a correspondente limitação ou restrição aos direitos fundamentais do cidadão.

Deve, pois, o Estado agir de maneira a exercer suas atividades, através dos Poderes Constituídos e Instituições, com nítida observância aos direitos e garantias individuais, conquistados ao largo de vários séculos, pena de retroceder ao *Ancién Regime*.

Um dos exemplos típicos de aplicação da proibição do excesso é justamente através do princípio da insignificância, o qual significa que as condutas penais têm de causar lesão ao tecido social ou sério risco de ofensa aos bens jurídicos fundamentais.

Daí que fatos colhidos no mundo empírico sem repercussão social não se inserem na moldura jurídico-penal, eis que carecem de um dos elementos do conceito analítico de crime, qual seja, a tipicidade.

Noutras palavras, significa dizer que, no enfrentamento da criminalidade, a resposta penal deve guardar coerência e proporção com o fim colimado, a fim de que não se pretenda matar um passarinho com um tiro de canhão, sob pena de descrédito do direito penal, visto como *ultima ratio* do sistema.

Nesse sentido, os delitos de bagatela, pela ausência de lesividade ou ofensividade, conduzem à atipicidade da conduta do agente, sendo desarraizado a movimentação da máquina judiciária.

Por óbvio, despiciendo lembrar que a insignificância tem de ser vista à luz do caso concreto e da multiplicidade das relações, bem como dos interesses postos em conflito.

Vale trazer a lume o julgado a seguir, *in verbis*:

EMENTA: CRIME DE BAGATELA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RES FURTIVA AVALIADA EM R\$12,80. POSSIBILIDADE. Os crimes de bagatela são figuras fáti-
cas que, na aparência, amoldam-se ao modelo típico, mas, identificado tratarem-se de
ofensas a bens jurídicos sem reprovação ou censura social, dispensam a necessidade

de atuação do **direito penal**. Serve como um instrumento de restrição à amplitude injusta do tipo penal, destinada à resposta àquelas condutas relevantes e marcadas pela nocividade ao meio social onde é praticada, assegurando e viabilizando a aplicabilidade do princípio da **proporcionalidade** entre a pena e a gravidade do fato incriminado. Avaliada em R\$ 12,80 os objetos subtraídos, evidente a bagatela. Ordem concedida. (Habeas Corpus Nº 70009808189, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 06/10/2004)

Ainda, a proibição do excesso é utilizada como espécie de readequação típica das condutas, de tal modo a adequar a sanção prevista no tipo penal ao caso concreto e suas peculiaridades.

Veja-se, por exemplo, alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais admitindo a aplicação da majorante prevista no artigo 157, § 2º, inciso II, ao invés do aumento previsto na qualificadora incrustada no artigo 155, § 4º, inciso IV, do CP, para a aplicação da pena ao delito de furto qualificado pelo concurso de pessoas; a readequação judicial da conduta típica do delito moeda falsa, a distintos patamares de pena, em face da amplitude do tipo penal descrito no artigo 289 do CP, dentre outros.

Por outro lado, mister é frisar que o princípio da proporcionalidade possui dupla perspectiva: se é constituído pela proibição do excesso, também possui em sua composição o princípio da vedação da proteção insuficiente, a seguir explanado.

2.2.2 – A proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente

A interpretação acerca dos conflitos sociais exerce valor significativo na análise da compreensão do Direito, visto como fenômeno cultural e dinâmico, fruto do contexto espacial e temporal dos acontecimentos do mundo da vida.

A crise paradigmática da sociedade e do Estado, provocada pelos processos de flexibilização, (des)institucionalização, (des)regulação e autonomia das regras de mercado, impõe uma releitura do ordenamento jurídico, no sentido de identificar uma conexão entre os eventos, sob um prisma holístico, a fim de que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais sejam efetivamente concretizados, em prol da cidadania e do Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, vale sublinhar que os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões também são merecedores de tutela, assim como os de primeira dimensão, inclusive na esfera criminal, como imperativo de tutela ou dever de proteção do Estado.

Daí que a proporcionalidade não pode ser vista apenas como proibição do excesso, porquanto apresenta dupla perspectiva, englobando em seu conceito a vedação da proteção insuficiente ou deficiente.

Na lição de Sarlet:

(...) o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermaßverbot*). (2004, p. 98)

Aduz, ainda, o referido jurista que “o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de dignidade e equilíbrio” (2004, p. 122).

Exsurge, pois, a necessidade de mandados constitucionais de criminalização em face da existência de “zonas de danosidade inequívoca”, as quais reclamam a tutela penal do Estado.

Como ensina Feldens, “Considerado o Direito Penal como instrumento de proteção a bens jurídicos, a determinação constitucional no sentido de criminalizar-se determinada(s) conduta(s) – ou mesmo de não despenalizá-la(s), quando já existe a norma penal incriminadora – veicula um nítido propósito protetivo daquela objetividade jurídica que, haja vista sua transcendência, mereceu incorporação constitucional (...)”. (2005, p. 76)

Mister é salientar que os direitos a prestação positivas do Estado (direitos sociais, econômicos e culturais) podem ser afetados pela criminalidade difusa, a qual, não raras vezes, conduz ao aniquilamento das políticas públicas básicas, tais como a saúde, segurança, previdência social, educação, entre outras.

Daí que o controle das normas penais, no âmbito do Estado Democrático de Direito, é feito sob as perspectivas do excesso e da insuficiência, de tal sorte que os atos administrativos, legislativos e jurisdicionais devem nortear-se por tais balizamentos, pena de violação do princípio da proporcionalidade.

No magistério de Streck:

Não há, repito, qualquer blindagem que “proteja” a norma penal do controle de constitucionalidade (entendido em sua profundidade, que engloba as modernas técnicas ligadas à hermenêutica, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto, o apelo ao legislador, etc.). Ou isto, ou teríamos que considerar intocável, por exemplo, um dispositivo legal que viesse a descriminalizar a corrupção, a lavagem de dinheiro, os crimes fiscais (de certo modo isto já ocorre, desde a Lei 9.249, confirmada agora pela Lei 10.684), os crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) em face do casamento (sic) da vítima com terceira pessoa (art. 107, VIII, do Código Penal), tudo em nome do princípio da legalidade, como se a vigência de um texto jurídico implicasse, automaticamente, a sua validade, problemática que, paradoxalmente, em determinadas situações, coloca na mesma trincheira penalistas de orientação dogmática e acentuadamente positivista e aqueles defensores de um liberalismo exacerbado (2006).

Assevera, também, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não conduz tão-somente a um garantismo negativo, e, sim, para uma espécie de garantismo positivo, diminuindo-se, assim, a liberdade de conformação do legislador.

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot). Este conceito, explica Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção. (2006)

2.3 – Da casuística

A aplicação do princípio da vedação da insuficiência no direito penal encontra amparo na literatura jurídica.

Com efeito, vale lembrar, v.g., da alteração promovida pela Lei nº 10.792/2003, referente à dispensa do exame criminológico para efeito de progressão de regime, bastando o atestado de conduta carcerária expedido pelo diretor do estabelecimento penitenciário (art. 112 da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais).

Tal modificação legislativa colide com o princípio da proibição da proteção deficiente, além do princípio da reserva de jurisdição.

Nesse sentido, o dispositivo afigura-se inconstitucional, porquanto viola o direito fundamental à segurança pública, eis que, via de regra, o apenado apresenta bom comportamento carcerário, razão pela qual o laudo criminológico, conquanto dotado de certa subjetividade, permitia uma aferição mais segura acerca do perfil do criminoso e de sua evolução.

Outra solução alvitrada por segmentos da doutrina e da jurisprudência é a adoção da interpretação conforme a Constituição e a decretação da nulidade parcial sem redução de texto, com o objetivo de salvar a norma jurídica guerreada. Assim, a hermenêutica adequada do dispositivo normativo em comento é a que permite ao Magistrado, ouvido o Ministério Público, determinar o exame criminológico, se o mesmo for necessário, diante das peculiaridades do caso concreto.⁷

Todavia, corrente jurisprudencial expressiva vem conferindo interpretação literal ao texto da lei, como se vê dos julgados em seqüência:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. LEI 10.792/03. ART. 112 DA LEP. Com o advento da Lei 10.792/03, que alterou alguns dispositivos da LEP, dentre eles o art. 112, o único requisito subjetivo para a progressão do regime passou a ser o atestado de bom comportamento carcerário, a ser dado pelo diretor do estabelecimento penitenciário, ficando dispensada a elaboração de laudos pelas comissões que examinam os apenados. Porém, no caso, como o comportamento prisional do apenado não pode ser reputado como bom, deve ser negado o benefício. Agravo desprovido. (Agravo Nº 70012862033, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 16/11/2005)

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME, DO FECHADO PARA O SEMI-ABERTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 112 DA LEP, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI 10.792/03 (CUMPRIMENTO DE AO MENOS DE 1/6 DA PENA E BOM COMPORTAMENTO). LAUDOS INEXIGÍVEIS. BENEFÍCIO CONCEDIDO. Agravo provido. (Agravo Nº 70012981411, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 27/10/2005)

Em virtude disso, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, através do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador de Justiça Lenio Luiz Streck, encaminhou representação ao Procurador-Geral da República pela inconstitucionalidade do dispositivo legal em tela, postulando, alternativamente, a interpretação conforme a Constituição, no sentido de que *“o art. 112 só será constitucional se não vedar a realização do exame criminológico diante das necessidades do caso concreto, podendo servir de fundamento para o deferimento ou indeferimento do pedido de progressão”*.⁸

⁷ Nessa linha de raciocínio, vale citar precedente do TJRS: Agravo em Execução nº 70010476992, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Danúbio Edon Franco, j. 03-03-2005.

⁸ Ver a notícia “Ministério Público questiona, junto à PGR, constitucionalidade da nova redação do art. 112 da LEP”, disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/relacionamentos/noticias/id6293.htm>. Acesso em: 23 jan. 2006.

Por oportuno, cumpre citar, também, a necessidade de queixa ou representação nos delitos de atentado violento ao pudor e estupro.

Nessa esteira, tem-se que, com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, parece desarrazoado exigir a representação da vítima ou a deflagração da ação penal privada – regra geral – o que agride frontalmente o princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proteção insuficiente, cuja bem jurídico tutelado na espécie é a dignidade da mulher.

Como explica Streck, ao defender a aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto, inclusive pelo juízo singular e pelos demais Tribunais,⁹ com a incidência do artigo 225 do CP tão-somente aos crimes previstos nos artigos 215 a 218 do CP, não catalogados como hediondos:

Neste sentido, parece ser razoável dizer que, se o legislador entendeu por classificar tais delitos como hediondos, não há qualquer justificativa para mantê-los no rol dos crimes nos quais somente se procede mediante queixa (sic) ou representação. Entendo, assim, que a partir do momento em que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram transformados em hediondos, por autorização constitucional, o antigo dispositivo do Código Penal que coloca os citados delitos como privados torna-se inaplicável, em face da incompatibilidade constitucional, circunstância que é extremamente reforçada pelo art. 129, inc. I, da Constituição Federal, que dá ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, sem fazer qualquer ressalva com relação à ação penal pública condicionada (ou ação privada). (2006)

A vedação da insuficiência também encontra campo fértil de aplicação na esfera do Direito Penal Econômico, consoante análise crítica realizada no capítulo seguinte.

3 – DIREITO PENAL ECONÔMICO E PROPORCIONALIDADE: A DEFESA DOS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS NA ESFERA CRIMINAL

3.1 – Breve intróito

Múltiplas e variáveis são as conseqüências acarretadas pelos delitos econômicos, prescindindo do nível de desenvolvimento e/ou de industrialização dos povos.

⁹ Nesse sentido, ver Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 614-16 e 659-60. O autor caracteriza a ventilada técnica interpretativa como espécie do gênero “decisões interpretativas”, ou seja, as que “surgem no interior de um processo hermenêutico-corretivo do texto normativo, agregando-se acepções muitas vezes aquém ou além do explicitado ou querido pelo legislador” (p. 615).

Concorrência desleal, oscilações nos índices de câmbio, ingresso de capitais especulativos, instabilidade econômica, precariedade e imprecisão na delimitação das políticas públicas. A enumeração exemplificativa revela quão graves os reflexos proporcionados.

A gravidade do crime comum (homicídio, latrocínio, roubo, furto, estelionato, extorsão, etc.) circunscreve-se, em regra, a certa delimitação territorial, atingindo bens jurídicos individuais (por exemplo, a vida e o patrimônio).

Já o crime de perfil econômico deita raízes, na sua maioria, além-fronteiras, solapando a soberania e a autodeterminação dos países. Daí dizer-se que a metaindividualidade é o traço nuclear do bem jurídico aqui tutelado (normalidade do sistema econômico-financeiro).

Aí reside justamente o problema: os bens jurídicos transindividuais são de todos e de ninguém ao mesmo tempo, o que dificulta sensivelmente a percepção e a apreensão do fenômeno na vida cotidiana. Isso deriva da própria natureza humana, no cultivo (e, não raras vezes, no culto) dos valores individuais; porém, somente se realiza, em toda a sua plenitude, na junção do uno ao todo, como uma partícula atômica.

A circulação em massa de capitais ilícitos nos sistemas financeiro e econômico nacionais pode gerar sérias conseqüências à sociedade, tais como:

a) a erosão da legitimidade dos sistemas de representação democrática, bem como da confiabilidade dos representantes populares;

b) a desmoralização da administração pública, através da corrupção dos seus servidores;

c) a impunidade dos criminosos poderosos, gerando uma flexibilização dos valores e um maior descrédito no aparelho judiciário;

d) a sonegação fiscal, que, ao desviar os recursos tributários necessários à consecução das políticas públicas do Estado, contribui para o aumento das desigualdades sociais;

e) a possível instabilidade da economia nacional, sobretudo nos países subdesenvolvidos, em que os investimentos externos não são prescindíveis, lícitos ou não, além da existência de uma insuficiente proteção legislativa;

f) a crise no sistema financeiro, quando pela sua volatilidade esses capitais migram para outros países, deixando um rastro de desemprego, quebras, além de perdas das poupanças populares (Maia, 1999).

Nesse contexto, assume relevo a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal Econômico, em sua dupla dimensão – proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente – como mecanismo de controle dos excessos e das insuficiências do poder estatal.

É curial destacar que os delitos econômicos, em especial a sonegação fiscal, importam na violação dos direitos fundamentais da coletividade, haja vista que contribuem para o recrudescimento das disparidades sociais, além do processo de (des)legitimação do sistema penal.

Dentre outros temas, a questão referente à extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, analisada no tópico subsequente, impõe uma (re)discussão acerca do papel do Direito Penal na atualidade.

3.2 – Campo de incidência

3.2.1 – A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária e suas vicissitudes (in)constitucionais

A imposição de penalidades às fraudes fiscais encontra fundamento na significativa lesão social das condutas, as quais, não raras vezes, afetam o contexto socioeconômico e as perspectivas materiais dos cidadãos, relativas ao gozo dos bens jurídicos coletivos e transindividuais.

De início, no plano legiferante, cumpre referir que a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, no artigo 2º, atribuía ao pagamento do tributo eficácia extintiva da punibilidade, desde que efetuado antes da ação fiscal.

Por sua vez, o artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, passou admitir como marco a decisão administrativa de primeira instância, com a extinção da punibilidade se o agente possuísse, junto à Fazenda, crédito fiscal superior ao montante não-recolhido.

Na seqüência, a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, no artigo 14, estabeleceu o recebimento da denúncia como limite temporal para o pagamento extintivo.

A Lei nº 8.383 de 30 de dezembro de 1991, no artigo 98, revogou as disposições normativas que conferiam ao pagamento do tributo eficácia extintiva da punibilidade, benesse restabelecida através do artigo 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

Recentemente, a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, previu a extinção da punibilidade aos acusados que, mesmo após condenados pela prática de crime contra a ordem tributária, efetuem o parcelamento do débito e cumpram (teoricamente) com a obrigação fiscal, ampliando, desse modo, o espectro de incidência então existente (até o recebimento da denúncia).

O artigo 9º do citado diploma legal prescreve o seguinte:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos e nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos dos tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Tal inovação normativa fere de morte o princípio republicano, além do princípio da proporcionalidade, cumprindo notar que não há qualquer distinção entre o mero inadimplemento da obrigação tributária das hipóteses de expressivas fraudes fiscais, o que traz consigo inarredável sensação de impunidade, em desrespeito ao princípio da prevenção geral positiva.

Ademais, a obrigação de reparar o dano é efeito da sentença penal condenatória, que não pode, por sua vez, levar à extinção da punibilidade do autor do fato, pena de contradição autofágica e violação dos princípios democráticos, dentre os quais o da proporcionalidade, na perspectiva traçada pela vedação da proteção insuficiente.

Noutras palavras, até que ponto o dispositivo em comento vai ao encontro dos interesses da coletividade. Não se pode admitir, por razões de ordem pragmática ou de política criminal, seja premiado o infrator contumaz, em desprestígio aos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões.

Por outro lado, a jurisprudência vem aplicando o diploma legal em estudo, sem qualquer discussão em torno da sua constitucionalidade, seja através do controle difuso ou do controle concentrado.

Calha, no momento, a seguinte perquirição: No Estado Democrático de Direito, em que os valores e princípios constitucionais vinculam os Poderes Constituídos, e considerando que a arrecadação de tributos é imprescindível à consecução de políticas públicas essenciais ao desenvolvimento da sociedade, pode ser considerada válida a Lei n. 10.684, no tocante à previsão da referida causa de extinção da punibilidade?

Entende-se que não! E justamente num país permeado por desigualdades (sociais, econômicas, políticas, jurídicas, culturais, etc.), como o Brasil, extrai-se da hermenêutica que a lei em comento padece da mácula de inconstitucionalidade, em virtude da nítida violação ao princípio da vedação da proteção insuficiente (garantismo positivo).

Ora, não se pode olvidar que, na tutela dos bens jurídicos individuais (patrimônio, v.g.), a resposta penal – e a dogmática jurídica tradicional –

caminham noutro sentido, revelando autêntico paradoxo: ao agente que subtrai uma bicicleta ou uma camisa em uma loja, é cabível, em tese, o benefício da suspensão condicional do processo (pena mínima de um ano); todavia, se a mesma conduta for praticada em concurso de pessoas, não é cabível tal benefício legal, eis que o tipo penal derivado (qualificadora) estabelece um preceito penal secundário que varia de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão.

No magistério de Feldens:

(...) a descriminalização – direta ou indireta – dessas condutas há de passar, principalmente, por um crivo de razoabilidade que venha a discernir situações a serem evidentemente distinguidas (v.g. situações de mero inadimplemento em comparação com as gigantescas fraudes fiscais antes referidas), sob pena de esvaziamento do conteúdo do dever constitucional em relação àqueles que o descumprem deliberada e fraudulentamente, hipótese a traduzir situação de evidente desigualdade jurídica em relação àqueles que o observam rigorosamente. Exemplo recente envolvendo essa questão foi a recente aprovação, no Brasil, da edição da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, oferecendo a extinção da punibilidade àqueles acusados que, ainda que já condenados, ofereçam – e teoricamente cumpram – um parcelamento do débito perante o fisco. (2005, p. 208-9)

Como bem acentua Arruda:

Como se vê, a evolução legislativa, nesse campo, deixa à mostra a tendência de se *afrouxar* – senão suprimir – os tipos penais tributários, ao pretender desnaturá-los com a quitação da exação, quer à vista, quer parceladamente, tão ao gosto dos sectários do laxismo penal. Evidencia-se, com isto, o propósito de se comunicar escopo meramente arrecadador à incriminação. A bem da verdade, quando o caso aponta em juízo, tem-se, na prática, genuína, “*ação penal de cobrança*”, bem o sublinhou o desembargador federal **Carreira Alvim**. (2005, p. 9)

Não obstante, a jurisprudência vem sinalizando entendimento diverso, com se percebe dos julgados em seqüência:

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DOS EMPREGADOS. PARCELAMENTO E QUITAÇÃO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, POR FORÇA DA RETROAÇÃO DE LEI BENÉFICA. As regras referentes ao parcelamento são dirigidas à autoridade tributária. Se esta defere a faculdade de parcelar e quitar as contribuições descontadas dos empregados, e não repassadas ao INSS, e o paciente cumpre a respectiva obrigação, deve ser beneficiado pelo que dispõe o artigo 9º, § 2º, da citada Lei n. 10.684/03. Este preceito, que não faz distinção entre as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e as patronais, limita-se a autorizar a extinção da punibilidade referente aos crimes ali relacionados. Nada importa se o parcelamento foi deferido antes ou depois da vigência das leis que o proíbe: se de qualquer forma ocorreu, deve incidir o mencionado artigo 9º. O paciente obteve o parcelamento e cumpriu a obrigação. Podia fazê-lo, à época, antes do recebimento da denúncia, mas assim não proce-

deu. A lei nova permite que o faça depois, sendo portanto, *lex mitior*, cuja retroação deve operar-se por força do artigo 5º, XL da Constituição do Brasil. Ordem deferida. Extensão a paciente que se encontra em situação idêntica (*Habeas Corpus* nº 85452/SP, Primeira Turma do STF, Rel. Min. Eros Grau, j. 17-5-2005, DJU 3-6-2005)

EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário (*Habeas Corpus* nº 81929/RJ, Primeira Turma do STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16-12-2003, DJU 27-02-2004)

Não bastasse isso, percebe-se nitidamente que o *discrímen* utilizado, de cunho econômico, ofende o princípio da isonomia, porquanto aquele que não puder pagar o débito ver-se-á incurso nas sanções penais respectivas.

Nesse ínterim, impõe-se perscrutar quais os limites e funções do Direito Penal na sociedade, haja vista que, sob o argumento pragmático (e *dúbio*) do “saneamento das finanças públicas”, afasta-se da missão relativa à tutela dos bens jurídicos da coletividade, além da prevenção geral positiva.

3.3 – Funções e limites do Direito Penal (Econômico): a defesa dos bens jurídicos na sociedade de risco

A evolução dos acontecimentos sociais aponta um processo de mutação paradigmática, ditada pelas regras da globalização e da ruptura da concepção de Estados Nacionais, em prol da formação de blocos econômicos regionais, supra-estatais.

Com efeito, a reverberação da criminalidade no cenário mundial, mormente em função dos seus efeitos aos diversos organismos estatais, conduziu a adoção de medidas multilaterais e nacionais que se envolvem, ao menos em tese, na perspectiva de uma contenção ou diminuição desse fenômeno.

Sob o enfoque global, merecem destaque, dentre outras, as seguintes iniciativas: A Convenção de Viena sobre repressão do narcotráfico e a lavagem de dinheiro de 1988, o Regulamento Modelo da Comissão Interamericana para o controle do abuso de drogas da Organização dos Estados Americanos (CICAD-OEA), as 40 recomendações emanadas do grupo de ação financeira contra a lavagem, o GAFI/FATF, e, recentemente, a Convenção das Nações Unidas contra a delinquência organizada transnacional.

No âmbito nacional, percebe-se uma paulatina (re)adequação do ordenamento jurídico penal às orientações normativas internacionais, e, concomitantemente, um debate em torno do papel do Direito Penal na sociedade de risco.

Na lição de Santos, o qual sustenta que a sociedade atual enfrenta um período de transição paradigmática, com reflexos no campo jurídico,

(...) Tanto no centro como na periferia do sistema mundial, os mecanismos nacionais de comando estão a degradar-se devido à intensificação das transacções e interações transnacionais. A impossibilidade de se sustentar, à escala global, um bem-estar social mercadorizado, juntamente com o agravamento das desigualdades sociais, a transformação dos valores culturais numa direcção pós-materialista e a crescente visibilidade social de formas de opressão até agora ocultas (opressão das mulheres, das minorias culturais e étnicas, das crianças e da natureza), tudo isto contribui para questionar, a um nível fundamental, a qualidade e a quantidade de vida produzida pela transformação normal. (...) Finalmente, devido à crescente discrepância entre a capacidade de acção e a capacidade de previsão, os riscos, sobretudo os das intervenções tecnológicas e ambientais, de conseqüências cada vez mais imprevisíveis, multiplicaram-se descontroladamente em termos de escala e de frequência. (2005, p. 181)

Toledo, na obra “Princípios Básicos de Direito Penal”, ensina que

A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso. (1994, p. 13-4)

Nesse passo, o Direito Penal tem por função primordial a tutela de bens jurídicos, atuando como “soldado de reserva” (Hungria), porquanto somente deve atuar quando houver falha ou ausência dos demais ramos do direito, pautado pelo significado social da lesão ou perigo a determinada objetividade jurídica.

Como registra Ferrajoli:

(...) el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente e en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él (1995, p. 335).¹⁰

¹⁰ Tradução livre: (...) o fim do direito penal não é reduzível à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça representada pelos delitos. É, isto sim, a proteção do débil contra o mais forte: do débil ofendido ou ameaçado pelo delito, assim como do débil ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o

Noutras palavras, importante assinalar que tanto a criminalização quanto a descriminalização de certas condutas devem ter por crivo a proporcionalidade, em sua dupla dimensão: proibição do excesso (garantismo negativo) e proibição da insuficiência (garantismo positivo).

Infere-se, pois, que, aos comportamentos que frustram as expectativas sociais sobre a vigência e validade das normas jurídicas, devem incidir preceitos cominatórios, inclusive na esfera penal, a fim de se tutelar os interesses da coletividade, pena de a ausência ou absenteísmo estatal contaminar a credibilidade social das instituições democráticas e das agências estatais e prevenção e/ou repressão à delinquência.

Mormente na seara socioeconômica, cujos graves efeitos reclamam a intervenção do Direito Penal, na luta contra a macrocriminalidade, com o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais, em especial os de segunda – direitos políticos, sociais e econômicos – e terceira dimensões – interesses difusos.

Portanto, urge a compreensão da (necessária) proteção dos bens jurídicos, função afeta ao Direito Penal, mormente em relação aos interesses coletivos e difusos da sociedade, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, sob pena do fenecimento dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea vem atravessando um processo de mutação paradigmática, reflexo da globalização e da formação de blocos econômicos, alterando significativamente a concepção dos Estados Nacionais.

Com efeito, sobressaem-se a flexibilização, a (des)regulação, os dilemas confrontados pelo dualismo Direito Internacional/Direito Nacional e pelo dualismo Direito Público/Direito Privado, dentre outros fenômenos que correspondem à repercussão do mercado capitalista e neoliberal no cenário jurídico, em especial na esfera do Direito Penal.

Não se pode olvidar que o crime organizado se alicerça, em regra, no caráter transnacional de suas operações, visando ilidir as atividades persecutórias, circunscritas a um determinado âmbito espacial. Daí que a sociedade (desorganizada) sofre incontáveis prejuízos, notadamente se infiltrado nas funções basilares dos Poderes Constituídos: administrativa, legislativa e judiciária.

mais forte, que no delito é o delinquente e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele.

Mister é salientar que, não obstante as sensíveis alterações no mundo da vida causadas por tais circunstâncias, a reclamar uma proteção mais efetiva aos bens jurídicos coletivos e transindividuais, a dogmática jurídica tradicional (ainda) comunga de conceitos ou modos de produção liberais-individualistas.

Nesse contexto, extrai-se que o sentido da análise e a análise do sentido na interpretação ou leitura das normas jurídicas sob o manto constitucional se entrelaçam à perspectiva garantista do Direito Penal.

A principiologia constitucional, com a implantação do Estado Democrático de Direito, passa a ter força normativa, informando e conformando todo o ordenamento jurídico, sob o plano da validade.

Assim, se um diploma vigente não é compatível com a Lei Maior, a mácula da inconstitucionalidade impede a sua aplicação pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público. Equivale a um corpo sem alma, dada a sua invalidade plena ou ausência do espírito constitucional/constituente.

Sabido é que a criminalidade econômica pode minar as soberanias estatais, bem como as políticas públicas fundamentais ao desenvolvimento social (saúde, educação, segurança, previdência, etc.). Daí a importância em se (des)velar a tutela penal da coletividade, campo em que assume relevo o princípio da proporcionalidade.

Cumprir frisar que, por um lado, se a proporcionalidade atua como instrumento de controle dos excessos do Estado e suas agências, na perspectiva da proibição do excesso (garantismo negativo), de outro, atua como mecanismo de vedação da insuficiência ou omissão de providências destinadas à consecução dos direitos fundamentais (garantismo positivo).

Assim, a proteção de bens jurídicos, tarefa imediata do Direito Penal, encontra balizamento na lesividade social da conduta praticada pelo sujeito ativo, de tal modo que a (des)criminalização pura e simples de determinados tipos penais, como ocorre na esfera dos delitos tributários, além de frustrar as expectativas sociais, reabre a discussão em torno do enfraquecimento do sistema penal.

É preciso ter em mente que o absenteísmo estatal pode conduzir ao descrédito nas agências de prevenção e repressão da criminalidade, em desprestígio dos direitos e garantias fundamentais, retroagindo, dessa maneira, ao Estado de Natureza, em que imperava a máxima hobbesiana *lupus homini lupus* (o homem é o lobo do homem).

Por conseguinte, revela-se curial (re)pensar o papel do Direito Penal na sociedade hodierna, mormente em face da criminalidade econômica, através da hermenêutica constitucional e do princípio da proporcionalidade, com o escopo de assegurar a proteção dos cidadãos no âmbito do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA, Elcio. Existe crime tributário? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 12, n. 149, abr. 2005, p. 9.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000. 117 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. 797 p.
- BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005. 247 p.
- CALLEGARI, André Luís. Importância e efeito da delinquência econômica. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 101, p. 10-11, abr. 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414 p.
- CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 388 p.
- CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 373 p.
- COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 34, p. 9-25, abr./jun. 2001.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223 p.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayán Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trota, 1995. 991 p.
- GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei nº 10.217, de 11.04.2001? – Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei nº 9.034/95. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 11, p. 9-16, dez./jan. 2002.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598 p.
- Damásio de Jesus. Criminalidade organizada: tendências e perspectivas modernas em relação ao direito penal transnacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 31, p. 137-143, jul./set. 2000.
- LILLEY, Peter. *Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais*. Tradução de Eduardo Lassere. São Paulo: Futura, 2001. 254 p.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999. 206 p.
- . *O Estado Desorganizado contra o Crime Organizado: anotações à Lei Federal nº 9.034/95 (Organizações Criminosas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. 135 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. 870 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985. v. 1. 432 p.

NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Disponível em: <http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_spa.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2002.

PIETÁ, Elói. Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo: Relatório Final da CPI do Crime Organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 321-346, abr./jun. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, p. 60-122, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005. 415 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 304 p.

———. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

———. *Constituição e Bem Jurídico: a Ação Penal nos crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor – O Sentido Hermenêutico-Constitucional do art. 225 do CP*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina>>. Acesso em: 23 jan. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362 p.