XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marilia Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-032-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Cátedra. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Em tempo de crise econômica e política, em que colocadas em xeque as mais diversas instituições, as práticas por elas encetadas e as mazelas do sistema criminal, o livro apresenta um rico enredo de discussões que, sob uma visão crítica, reflete a necessidade de ser rediscutida a função da pena privativa de liberdade, seu caráter estigmatizante, e, sobretudo, a política criminal obsoleta, calcada em práticas penais que se encontram dissociadas da complexidade das relações sociais atualmente praticadas, o que ganha contorno de dramaticidade em um país de modernidade tardia como o Brasil.

O Estado policialesco descrito em diversos dos textos que ora se apresenta oferece uma vasta e séria gama de aspectos que, analisados e criticados, demonstram a vivência de uma conjuntura estagnada, que remonta a uma realidade descrita há anos por Nilo Batista, em prefácio à Criminologia Crítica de Alessandro Baratta, no sentido de que os problemas relacionados ao controle social penal violência urbana, drogas, violações de direitos humanos, instituição policial, Ministério Público, Poder Judiciário, a questão penitenciária, violência no campo, etc., - alimentam a agenda política dos partidos" e se reproduzem, cada dia mais, como novos discursos produzidos pela mídia.

Os textos refletem, pois, um outro espaço de discussão voltado para a superação de uma criminologia ortodoxa, que reduz seu horizonte a uma inadequada e solipsista explicação causal do delito, e buscam direcionar as práticas persecutórias e punitivas no sentido de preservar a dignidade humana, colhendo com isso os frutos necessários a uma política criminal que reconheça a natureza eclética dos seres quanto à etnia, condição social e pluralismo ideológico e que, assim, ultrapasse a resistência dogmático-positivista não condizente ao neoconstitucionalismo.

O livro é, assim, um convite ao leitor para a reflexão, em última instância, sobre a função do sistema penal, sobre as consequências do não abandono de práticas tradicionais há muito inadequadas e para uma visão prognóstica que revela a necessidade de mudanças.

Que tenham todos ótima leitura.

Aracaju, julho de 2015.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Bartira Macedo Miranda Santos

Marilia Montenegro Pessoa De Mello

A (DES)NECESSIDADE DA TUTELA PENAL NOS CRIMES DE SONEGAÇÃO FISCAL

EL (DES) NECESIDAD DE CUSTODIA EN DELITOS PENALES EVASIÓN FISCAL

amanda daniela Benfica
Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a (des)necessidade da tutela penal nos crimes de sonegação fiscal. Os programas governamentais criados para o contribuinte sonegador demonstram que o Estado nunca teve a intenção de penalizar tais criminosos com a severidade do direito penal. A política tributária utiliza-se do direito penal como meio de coerção para o recebimento dos tributos sonegados, tendo criado, para isso, os programas PAES e REFIS que possibilitam que o Estado receba os tributos sonegados, podendo o adimplemento gerar até mesmo a extinção da punibilidade do contribuinte sonegador. Tais condutas demonstram a administrativização do direito penal, podendo gerar consequências indesejáveis a essa seara, tais como uma maior suscetibilidade à impunidade, e via de consequência, o aumento de sua ineficácia. Questões administrativas como a cobrança de tributos sonegados, dentre outras funções administrativas do Estado, poderiam ser tratadas por outros ramos do Direito, como o Direito administrativo Sancionador, capaz de cumprir funções administrativas e sancionadoras de condutas infracionais dessa natureza. A metodologia de pesquisa utilizada é a jurídico-sociológica, ou seja, busca compreender o fenômeno jurídico em um ambiente social mais amplo. A investigação se dá no campo jurídico-prospectivo à medida que visa detectar tendências futuras na ordem jurídica.

Palavras-chave: Sonegação fiscal; administrativização do direito penal; direito administrativo sancionador.

Abstract/Resumen/Résumé

Este artículo tiene como objetivo analizar la (des) protección de la ley penal en los delitos de evasión de impuestos. Los programas gubernamentales creados para los contribuyentes evader demuestran que el Estado nunca tuvo la intención de sancionar a esos delincuentes a la severidad de la ley penal. La política fiscal hace uso del derecho penal como medio de coacción para la recepción de los impuestos evadidos, habiendo creado, para ello, el PAES y REFIS programas que permitan al Estado para recibir los impuestos no pagados e incluso podría generar el debido cumplimiento de la extinción castigo del contribuyente evasor. Estas prácticas demuestran la ley penal administrativização puede tener consecuencias no deseadas a esta cosecha, como el aumento de la susceptibilidad a la impunidad, y la vía de consecuencia, el aumento de su ineficacia. Cuestiones administrativas, como la recaudación de impuestos no pagados, entre otras funciones administrativas del Estado, podrían ser

manejados por otras ramas del derecho como el derecho administrativo sancionador, capaces de cumplir las funciones administrativas y sancionar tales infracciones de conducta. La metodología utilizada es la jurídica y sociológica, es decir, trata de comprender el fenómeno jurídico en un entorno social más amplio. La investigación se lleva a cabo en el ámbito jurídico y prospectiva como pretende detectar las tendencias futuras en el sistema legal.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Evasión de impuestos; administrativização del derecho penal; derecho administrativo sancionador

1 INTRODUÇÃO

A Ordem Tributária foi eleita como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, visando proteger o Sistema Tributário Brasileiro. O intuito era no sentido de que Direito Penal se tornasse um importante mecanismo estatal de desincentivo à Sonegação Fiscal.

No entanto, algumas políticas estatais como a edição de Programas de Recuperação Fiscal e Parcelamento (Refis I e Refis II), dentre outras legislações que concedem benefícios devido ao pagamento, demonstraram que o Direito Penal foi usado apenas como um instrumento de barganha para o pagamento de impostos.

Por meio desses Programas de Recuperação Fiscal se buscou a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, ocorrendo à suspensão do *jus puniendi* em caso de parcelamento, ou até mesmo a extinção da punibilidade através do pagamento da dívida. Com isso, demonstra-se uma confusa política criminal, refletindo em uma falta de critérios jurídico-penais referentes aos tipos penais contidos nos arts. 1° e 2° da Lei 8.137/90.

O Direito Penal deve ser regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, protegendo apenas os bens jurídicos mais importantes. Tais princípios norteadores do Direito Penal, desencadeiam na lógica de que as condutas tuteladas pelo direito penal não conseguiriam ser tuteladas por outros ramos do direito.

O que se percebe com tais práticas é a utilização do Direito Penal para cumprir funções estatais, levando a uma administrativização do Direito penal e sua consequente ineficácia, já que vários tipos penais tributários poderiam ser tutelados por outras esferas, como a do direito administrativo sancionador.

2 A ASCENSÃO DA ORDEM TRIBUTÁRIA COMO BEM JURÍDICO SUJEITO A TUTELA PENAL

A definição de bem jurídico é alvo de grandes críticas devido a sua subjetividade. Definir o que deve ser elevado a categoria de bem jurídico envolve principalmente

critérios políticos. Nesse sentido, é imprescindível para o ordenamento jurídico a eleição de bens que devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico. O direito penal como *ultima ratio* tem a missão de proteger os bens mais elementares aos indivíduos.

Luiz Regis Prado em sua obra nos ensina que:

> A ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vinculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a critica do direito positivo. (PRADO, 2013, p. 21).

Ainda, segundo o autor, a função político criminal do bem jurídico constitui critério essencial de delimitação da matéria destinada a ser objeto da tutela penal com o escopo que preservar cada vez mais a função precípua do Direito Penal evitando o seu desgaste desnecessário. Nesse mesmo aspecto leciona Prado (2002) ao afirmar que o bem jurídico passou por uma extensa evolução histórica, sendo alvo de inúmeras teorias e estudos.

Todos os estudos e teorias acerca do bem jurídico possuem um só fito: identificar suas características e sua finalidade. Savio Guimaraes Rodrigues ao lecionar sobre o assunto aduz a teoria de Birnbaum a mudança de paradigma em relação ao pensamento da época, em suas palavras:

> Essa teoria representou, assim, uma mudança de paradigma em relação ao pensamento vigente a época: do subjetivismo- espiritual de Feuerbach ao conceito de cariz empírico-naturalista. A maior concretude atribuída ao objeto de tutela penal mostrou-se importante nas delimitações mais precisas das fronteiras entre lesão e exposição a perigo; tentativa e consumação do delito; e entre bens individuais e coletivos. (RODRIGUES, 2013, p. 37)

Vários foram os entendimentos sobre a noção de bem jurídico, e aperfeiçoamentos de teorias que retratavam sobre o tema. Contudo, no sentido de não extrapolar o objetivo da presente pesquisa diante da complexidade teórica, não será tema desse trabalho a evolução histórica e das teorias que permeiam o bem jurídico.

Nesse viés de escolha de bens a ser tutelados pelo direito penal, ainda nos debatemos com a questão do bem jurídico supraindividual. Os direitos do indivíduo devem ser salvaguardados e nesse mesmo sentido não podemos deixar de tutelar bens que sejam interesse da coletividade, vez que atingem cada componente da sociedade em sua individualidade.

Para Ramiro García Falconi muito se debateu na doutrina se o bem jurídico apenas seria de cunho individual ou também abrangeria o coletivo, senão vejamos:

> [...]el problema de los bienes jurídicos colectivos há suscitado, como casi todos los demás aspectos del Derecho Penal Economico, una árdua discusion em la dogmática penal, pues, tradicionalmente, en la forma que Birnbaum

> concibio el bien jurídico, estos tenían una referencia neamente individual. Aun ahora Hassemer y los demás miembros de la Escuela de Frankfurt consideran que los biens jurídicos colectivos constituyen la suma de los bienes jurídicos de los individuos [...]. (RAMIRO, 2012, p. 180)

Em outro viés, Savio Guimarães Rodrigues expõe que a proteção de bens jurídicos coletivos asseguram os direitos fundamentais do homem:

> Em síntese, os bens jurídicos coletivos legítimos hão de representar instituições fundamentais a dinâmica social, condições de subsistência do Estado e da convivência entre as pessoas e, por isso mesmo, fatores indispensáveis ao gozo, promoção e/ou proteção de direitos fundamentais do homem. (RODRIGUES, 2013, p. 142).

Luiz Regis Prado explica que não existe uma preponderância do interesse social sobre o privado no estado democrático de direito, senão vejamos:

> De logo, e para espancar qualquer duvida, convém advertir que não há num Estado Democrático de Direito nenhuma preponderância do bem jurídico transindividual sobre o individual. Muito ao contrario. O que esta em debate aqui nada mais é que a tutela de bens jurídicos que se encontram além do individuo em si, que se fazem presentes em uma dimensão ampla, grupal ou comunitária, e não sobre o individuo, no sentido de lhe ser hierarquicamente superior. (PRADO, 2013, p. 112)

A necessidade de tutela de bens transindividuais emerge de um estado democrático de direito globalizado, que se depara com questões que vão além do indivíduo, atingindo a sociedade como um todo. A sociedade de risco, onde as relações são cada vez mais complexas, devido a tecnologia e a velocidade de seu desenvolvimento, necessita cada vez mais da atuação do Estado para protegê-la.

O problema na tutela desses bens nos permeia a delimitação de sua abrangência. Existem bens jurídicos penais tutelados que necessitam da tutela penal, no entanto, percebemos que certas condutas ofensivas a esses bens, poderiam ser tuteladas por outras searas do direito, respeitando o princípio da *ultima ratio* do direito penal.

Ainda nos ensinamentos de Luiz Regis Prado, temos que:

> Esse Estado não pode desconhecer a significação que por si mesma implica extensão social de um determinado interesse, mas, de outro lado, não pode prescindir de reclamar como mínima uma determinada gravidade na repercussão do bem jurídico, coletivo ou difuso na esfera individual. Isso para se evitar a perigosa tendência que tem quase todo estado social de hipertrofiar o Direito penal através de uma administrativização de seu conteúdo o que se verifica quando se prima em excesso pela ordem coletiva. (PRADO, 2013, p. 117)

A ordem coletiva deve ser protegida de ações lesivas aos seus interesses, contudo, deve se pautar pela gravidade das ações direcionadas a esses bens tutelados.

Dentre os bens jurídicos coletivos está a ordem tributária a qual vamos nos ater ao estudo, segundo Savio Guimarães Rodrigues:

> [...] logo se vê que o conteúdo do injusto penal, quando relacionado a esfera tributaria, independentemente da corrente que se adote, não escapa a um viés coletivo. Seja qual for o aspecto ressaltado do fenômeno da tributação, fato é que atende a toda coletividade de forma indivisível, inafastável e imune a apropriações individuais ou exclusões." (RODRIGUES, 2013, p. 142).

Ainda na doutrina do autor acima citado, a ideia de bem jurídico tributário envolve pelo menos mais duas teorias: a primeira, de visão claramente patrimonialista, que se preocupam com um bem jurídico material, onde o patrimônio público merece tutela assim como o privado. E uma segunda corrente, de cunho funcionalista, que entendem que o bem jurídico ordem tributária não se limita ao sistema arrecadatório do Estado, mas possui outros fins.

Para Savio o tributo não é apenas fiscal, mas também tem cunho extrafiscal, e tais características legitimam a intervenção penal, senão vejamos:

> São argumentos preciosos para se aferir a legitimidade da intervenção penal, a relevância dos institutos jurídicos envolvidos, e bem demonstram as metas maiores que podem ser alcançadas com a preservação de uma dada politica fiscal respeitadora de suas balizas constitucionais. (RODRIGUES, 2013, p. 161)

O bem jurídico tributário, tutela não apenas a arrecadação fiscal pelo Estado, mas também a repartição de riquezas e da regulação de atividades privadas, visando o interesse público.

Savio aduz que o bem jurídico tributário não se limita ao interesse fiscal, mas se preocupa com os direitos e deveres inerentes aos indivíduos:

> A tipificação da sonegação só adquire legitimidade constitucional enquanto protetiva do sistema tributário como um todo, bem jurídico coletivo imprescindível a garantia de direitos fundamentais dos cidadãos.(RODRIGUES, 2013, p. 169).

Em outra passagem da obra de Savio, ele aduz que em virtude do caráter subsidiário do direito penal a sanção deve ser tão somente em relação a proteção do bem jurídico, tendo em vista que os demais ramos do direito demonstram-se incapazes de garantir a estabilidade do sistema tributário.

A proteção do sistema tributário se demonstra imperiosa para a garantia do desenvolvimento econômico social do país. A atividade arrecadatória do Estado está intimamente ligada a políticas sociais para saciar as necessidades coletivas.

No entanto, podemos perceber em certos casos que a tutela do bem, ordem tributária, muitas vezes, favorece a facilidade do Estado de coibir os contribuintes a sanar suas dívidas tributárias, por meio do Direito Penal.

Um exemplo é que não se pode usar como muleta à atividade tributária estatal a

arrecadação para fins sociais, imprimindo aos contribuintes força do direito penal, sendo que outras searas do direito poderiam resolver tal questão.

Atualmente, alguns crimes contra a ordem tributária são beneficiados com medidas que demonstram clara violação ao princípio da *ultima ratio* do direito penal. A sonegação fiscal prevista no artigo 1° e 2° da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1.990, possui políticas criminais de parcelamentos e pagamentos dos débitos tributários que levam a suspensão e extinção da punibilidade.

A administrativização do direito penal é latente, ora se há a suspensão ou extinção da punibilidade, simplesmente pelo parcelamento ou pagamento do débito, qual a necessidade de se ter a tutela penal para esses casos?

O bem jurídico tributário é imprescindível para a sociedade, mas a questão é de longe simplória. Qual conduta deve ser considerada lesiva para ser tutelada pelo direito penal?

3 SONEGAÇÃO FISCAL E A TIPIFICAÇÃO NOS ARTIGOS 1º E 2º DA LEI 8.137/90

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a proteção do sistema tributário na Constituição de 1988, bem como em leis esparsas. A Lei 8.137, publicada no Diário Oficial da União em 28 de dezembro de 1.990, traz em seu contexto, dentre outros tipos, a sonegação fiscal em seus artigos 1º e 2º, senão vejamos:

> Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
> I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
> II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;
> III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
> IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;
> V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.
> Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
> Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.
> Art. 2° Constitui crime da mesma natureza:

> I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;
> II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;
> III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;
> IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;
> V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O tipo penal do art. 1º da lei 8.137/90 é considerado pela doutrina como crime material, e o tipo penal previsto no art. 2º como crime formal. Com esse entendimento, a questão da consumação do crime tipificado no art. 1° da referida lei, foi alvo de repercussão jurisprudencial, devido a necessidade de exaurimento da instância administrativa para a verificação e persecução do crime. Os debates jurisprudenciais da matéria levaram a edição da Súmula Vinculante n. 24, que dispõe em síntese, que somente após o lançamento definitivo do tributo, poderá haver a tipificação do crime previsto no art. 1°, incisos I a IV da lei 8.137/90.

Quanto aos crimes tipificados no art. 1°, I a IV da Lei 8.137/90, o direito penal encontra-se condicionado a esfera administrativa. Tal restrição de incidência recai se o tributo é exigível ou não, porém as condutas descritas no tipo penal perpassam a simples exigibilidade do tributo, vez que trazem em si elementos como a fraude.

Nesse mesmo sentido, Savio Guimarães Rodrigues:

> O tributo devido ao qual se refere o tipo penal da sonegação é a obrigação oriunda do fato gerador, não a sua transmutação em credito tributário. Não menciona a lei em momento algum que tributo devido seria tributo lançado, ou tributo exigível.
> Logo, a pretensão de se subordinar consumação do crime de sonegação fiscal ao lançamento tributário só faz reforçar o papel do direito penal como meio coercitivo de cobrança. (RODRIGUES, 2013, p. 185).

Nos deparamos com a administrativização do direito penal onde o Estado utiliza de seu meio mais coercitivo para cumprir uma função administrativa. O bem jurídico ordem tributária no contexto acima exposto, demonstra-se vazio de sua finalidade de assegurar a coletividade suas necessidades sociais.

Além desse contexto jurisprudencial, as políticas criminais direcionadas a estes tipos penais, demonstram um Direito Penal administrativizado, sendo utilizado como meio coercitivo de recebimento de tributos.

4 POLÍTICAS CRIMINAIS: SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O Estado através de políticas fiscais editou leis que permitiram a criação de programas para que os contribuintes com débitos tributários pudessem pagar seus tributos, sejam de forma parcelada ou ainda integral.

Nesse mesmo contexto, alguns dos crimes tributários puderam ser contemplados com tal benesse, sendo a punibilidade suspensa ou extinta, de acordo com o pagamento realizado.

A suspenção e extinção da punibilidade nos crimes tributários foram objeto de grandes estudos e discussões pela jurisprudência e doutrina.

Atualmente é pacífico na nossa Corte Suprema, o entendimento que o pagamento do débito extingue a punibilidade em crimes tributários, senão vejamos:

> EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PARCELAMENTO E PAGAMENTO DO DÉBITO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido da possibilidade de suspensão da pretensão punitiva e de extinção da punibilidade nos crimes de apropriação indébita previdenciária, admitindo a primeira se a inclusão do débito tributário em programa de parcelamento ocorrer em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a segunda quando o débito previdenciário for incluído - e pago - no programa de parcelamento ordinário de débitos tributários. Precedentes. 2. Questão de ordem resolvida no sentido de declarar extinta a punibilidade do réu em relação ao crime de apropriação indébita previdenciária, pela comprovação da quitação dos débitos discutidos no presente processo-crime, nos termos das Leis ns. 10.684/03 e 11.941/09.
> (AP 613 QO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2014 PUBLIC 04-06-2014)

Outra questão polêmica, se refere ao limite temporal para o parcelamento ou pagamento dos débitos, com a consequente suspensão ou extinção da punibilidade.

Em 2000 foi promulgada a Lei 9.964 que instituiu o primeiro REFIS. De acordo com o art. 1º da citada lei, o programa abrangeria os débitos de pessoas jurídicas, retratava ainda que a pretensão punitiva do Estado referente aos

crimes tipificados nos art. 1° e 2° da Lei 8.137/90 restaria suspensa durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente estivesse incluída no programa, e que tal inclusão tivesse ocorrido anteriormente ao recebimento da denúncia. Esta lei também tratou da prescrição criminal, dispondo que durante o período da suspensão da pretensão punitiva, a prescrição não correria.

Em 2003 foi editada a Lei Federal n. 10.684, que tratou do parcelamento especial de débitos junto à Procuradoria da Fazenda Nacional, Secretaria da Receita Federal e Instituto Nacional do Seguro Social. Mencionada Lei não restringiu os benefícios ao recebimento da denúncia, ou a outra questão temporal. Retratou, ainda, que quando do pagamento integral do débito haveria a extinção da punibilidade.

Nas palavras de Savio Guimarães Rodrigues, por motivos políticos criminais foi afastada a punição do agente, senão vejamos:

> Na situação em questão o pagamento do debito tributário foi elevado a categoria de causa de supressão da punibilidade. Isto é, por motivos de ordem politico- criminal, pensou-se por bem afastar a punição do agente, depois de operada a consumação do fato típico, antijurídico e culpável, quando houver uma disposição dele em apurar sua divida e realizar voluntariamente o pagamento. (RODRIGUES, 2013, p. 201).

Para Gabriela Cabral Pires, existe um verdadeiro afastamento da antijuridicidade com o pagamento do débito:

> Inadmissível, na realidade, seria manter a pretensão punitiva estatal diante da inexistência de crime a ser punido. Explica-se: a lei tributaria define como ilícito o não pagamento de um tributo. Na medida em que esse tributo foi pago e não há nem mesmo medida administrativa com a finalidade de punir o contribuinte, resta configurado o afastamento da antijuricidade. Consequentemente, torna-se impossível a manutenção da punibilidade do agente. (PIRES, 2010, p. 194).

Entende a autora que a extinção da punibilidade não ocorre devido à políticas criminais, mas sim pela inexistência de conduta criminosa, tendo em vista o pagamento do débito tributário.

Contudo, tal entendimento doutrinário não nos parece o mais acertado, de certo que o legislador por meio de políticas criminais, entendeu por bem, conceder a esta categoria benefícios, caso houvesse o pagamento dos tributos.

5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA OFENSIVIDADE

O Direito Penal deve intervir nas relações sociais apenas em situações extremamente necessárias. Sua subsidiariedade orienta-se pelo princípio da reserva legal, que prevê condutas lesivas aos bens jurídicos eleitos como os mais essenciais ao indivíduo e a sociedade. Da mesma forma, a fragmentariedade também está prevista como princípio orientador da atuação do Direito penal como faceta da *ultima ratio*.

Vania Samira Doro Pereira aduz que o princípio da intervenção mínima se subdivide em dois outros princípios, o da fragmentariedade e o da subsidiariedade, em suas palavras:

> • princípio da subsidiariedade: a intervenção em abstrato deve se dar como ultima ratio, ou seja, o ordenamento jurídico conta com diversas outras formas de controle com aplicação de sanções (como, por exemplo, o Direito Administrativo) e, somente quando estas se mostrarem insuficientes à proteção do bem juridicamente tutelado, deverá ser chamado à atuação o sistema de repressão penal. Isso porque a intervenção Estatal que recai sobre o indivíduo por meio da atuação do Direito Penal é por demais agressiva e, por isso, deve ser evitada a todo custo, sendo legítima apenas quando for a única adequada;
> • princípio da fragmentariedade: o direito penal deve ser fragmentário, isto é, em concreto, somente deve atuar em caso de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão para intervenção em concreto. (PEREIRA, 2012, p. 83).

O Direito Penal como *ultima ratio* só deve intervir em situações em que os demais ramos do Direito não conseguirem tutelar o bem jurídico. Suas características de fragmentariedade e subsidiariedade garantem a observância da intervenção mínima em respeito a ordem jurídica constitucional adotada.

Ao direito penal é reservado aos bens jurídicos de maior importância aos indivíduos, esse é o entendimento da doutrina, senão vejamos:

> Quando o ordenamento jurídico opta pela tutela de um determinado bem, não necessariamente a proteção deve dar-se no âmbito penal. A este, segundo o princípio da intervenção mínima, são reservados os mais relevantes bens jurídicos, focando-se as mais arriscadas condutas, que possam, efetivamente, gerar dano ou perda ao bem tutelado. (NUCCI, 2011, p. 70).

Nucci (2011) ainda nos ensina que não é todo bem jurídico que merece a tutela do Direito Penal, podendo existir situações lesivas a certos bens, mas que não são ofensivas na seara penal.

Ao lado do princípio da intervenção mínima está o princípio da ofensividade que prevê a incidência da norma penal quando ocorra lesão ao bem jurídico tutelado pelo direito penal.

O princípio da ofensividade tem como uma de suas características a limitação do poder de punir do Estado, devendo o direito penal agir somente em relação àquelas condutas lesivas aos bens jurídicos penalmente tutelados.

Nas palavras de Vitor Gonçalves Machado o princípio da ofensividade é a ideia de que o delito apenas passa existir a partir de ofensa ao bem jurídico tutelado pelo direito penal. Aduz ainda que o princípio deve ser interpretado com os demais princípios relevantes do direito penal, como o da intervenção mínima, senão vejamos:

> A ofensividade/lesividade, pois, atua como princípio garantista e deve ser interpretada conjuntamente com outros relevantes princípios, tais como o da intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da insignificância, todos tendo como sustentáculo máximo o princípio máximo da dignidade humana. Sua importância para o Direito Penal moderno, assim, é no sentido de impor limites ao jus puniendi do Estado, dando-lhe um sentido político, humano e limitador, ainda mais neste atual momento com que passa a sociedade, de embrutecimento do aparelho penal e crescimento de discursos puramente retribucionistas. (MACHADO, 2013, p. 42).

O princípio da ofensividade tem como fim político criminal a limitação do poder punitivo, permitindo a intervenção penal apenas em ações que de fato são ofensivas ao bem jurídico. Não nos parece que a criminalização de condutas que tem como benefício a suspensão e a extinção da punibilidade com o mero pagamento do tributo, seja lesiva ao ponto de levar tal conduta a tutela do direito penal.

Por fim, os princípios da intervenção mínima e da ofensividade visam garantir a *ultima ratio* do direito penal, tendo a sua incidência limitada as relações de lesões a bens jurídicos de maior importância para o ser humano, tanto na individualidade de cada ser como na coletivamente.

5 A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Com o desenvolvimento da sociedade e relações cada vez mais complexas surge a necessidade de uma maior intervenção estatal. O direito penal vem expandindo com a finalidade de proteger a sociedade dos novos riscos emergidos de seu desenvolvimento.

A atuação cada vez mais protetiva do Estado e a criminalização crescente de condutas demonstram a necessidade de respostas a sociedade diante das situações de ricos.

Bernardo Feijoo Sanchez, ao referir-se as características do direito penal nas sociedades modernas, aduz que existi uma crescente criminalização, em desrespeito ao princípio da *ultima ratio*, senão vejamos:

> Quando os teóricos do direito penal tentam descrever as características do direito penal próprio das sociedades modernas, referem muitas vezes tratar-se de um direito penal expansivo. A expressão "expansão do direito penal" converteu-se em um topos característico do atual debate político criminal. _Com esta referência à expansão, o que se quer salientar, essencialmente, é que, do ponto de vista político-criminal, não vivemos uma fase caracterizada pela descriminalização, mas por um claro processo crescente de criminalização_que, por outro lado, tendo em conta o horizonte atual de reformas, parece não ter fim. (SANCHEZ, 2011, p. 23).

As sociedades modernas ditas de riscos, fez com que ocorresse a expansão do direito penal. A criminalização de bens antes não tutelados pelo direito penal, a exemplo disso, a proteção dos bens supraindividuais, passaram a ser tutelados. Nas palavras de Luciano e Ticiana:

> O direito penal Econômico passou a proteger valores outros, que não avaliados no Direito Penal de tradição liberal. A proteção aos bens jurídicos individuais cedeu lugar a tutela de valores supraindividuais. Como já mencionado, a sociedade de riscos condicionou esta expansão punitiva.(LOPES e FRANCO, 2014, p. 89)

Nesse mesmo sentido, Jesus Maria Sanchez nos ensina em sua obra que:

> A combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo "delito lesão de bens individuais"ao modelo "delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais" passando por todas as modalidades intermediarias. (SANCHEZ, 2013, p. 146).

As políticas criminais da atual sociedade de risco traduzem em um direito penal cada vez mais abrangente, protetivo, que tutela bens e condutas abertas a interpretação.

Jesús-María Sánchez ainda ao lecionar sobre o tema aduz que a expansão do direito penal, faz com que esse se converta em um direito de gestão, sendo administrativizado, senão vejamos:

> [...] essa orientação a proteção de contextos cada vez mais genéricos (no espaço e no tempo) da fruição dos bens jurídicos clássicos leva o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, no que as aportações individuais, autonomamente contempladas, são, ao contrário, de "intensidade baixa". Com isso, tem se produzido certamente a culminação do processo: o Direito penal que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está "administrativizado". (SANCHÉZ, 2013, p. 148)

A administrativização do direito penal tem origem nos riscos gerais onde o Estado atribui uma função que é sua a essa seara do direito. O estigma do direito penal é utilizado em situações de baixa lesividade para que a sociedade pense estar protegida e

que funções estatais sejam cumpridas e respeitadas.

Alguns autores defendem que esse processo de administrativização do direito penal poderia ser evitado se algumas condutas fossem transferidas para a tutela do Direito Administrativo Sancionador.

O Direito Administrativo Sancionador é visto por muitos autores como alternativa de sanção aquelas condutas que apesar de serem lesivas a bem jurídicos, não são relevantes à tutela penal.

Segundo Jesús-María Sánchez o Direito Administrativo Sancionador ″é o reforço da ordinária gestão da administração″, em suas palavras:

> [...] cabe afirmar que é o Direito sancionador de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalidade do modelo, no setor em sua integralidade e por isso tipifica infrações e sanciona sob perspectiva gerais. Não se trata aqui do risco concreto, como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, senão que o determinante é a visão macroeconômica ou macrossocial (as "grandes cifras"; o "problema estrutural" ou "sistêmico"). SANCHÉZ, 2013, p. 150).

O autor acima citado (2013, p. 151/152) diz ainda que para o Direito Administrativo Sancionador interessa que as condutas sejam lesivas a "boa ordem do setor de atividade determinado", tendo em vista que as tipificações administrativas tem como objetivo a proteção social.

Para Fabio Medina Osório o Direito Administrativo Sancionador é muito mais amplo, abrangente que o Direito Penal:

> Diga-se que o Direito Administrativo Sancionador pode incidir, portanto, em campos distintos, v.g., ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios a saúde publica, urbanismo, ordem publica, e qualquer campo que comporte uma atuação fiscalizadora e repressiva do Estado. É muito mais amplo do que o Direito Penal, dado que inclusive atua como instrumento repressivo de múltiplos órgãos e entidades, diferentemente do que ocorre com o Direito Criminal.(OSÓRIO, 2005, p. 36).

O Direito Administrativo Sancionador tem como finalidade atuar em questões ligadas ao Estado, questões administrativas que necessitem de alguma forma de repressão, retirando assim da seara do Direito Penal a tutela de condutas que não demonstrem efetivamente lesividade.

7 CONCLUSÃO

Ao direito penal não deve ser atribuído função outra, senão a sua de assegurar a sociedade proteção. Funções de cunho administrativo, como recebimento de impostos, dentre outras condutas funcionais estatais, podem ser reservadas a outros ramos do direito, tal como a do Direito Administrativo Sancionador.

O direito penal tem como orientação princípios que limitam o poder punitivo, sendo que a intervenção penal deve ocorrer apenas quando houver a prática de condutas lesivas a bem jurídico que outro ramo do Direito não seja capaz de evitar. A criminalização de condutas que tem como benefício a suspensão e a extinção da punibilidade com o mero pagamento do tributo, nos faz acreditar que o direito penal está sendo utilizado incorretamente em tal situação.

O direito penal utilizado como mero instrumento arrecadatório faz com que o mesmo seja administrativizado. Os princípios do direito penal de que as infrações penais perpassam em muito a mera função administrativa, que furtivamente o Estado lhe atribui, como é o caso da sonegação fiscal, não podem ser eivados em prol de uma política arrecadatória.

A administrativização do direito penal acarreta diversos problemas à seara criminal, o sistema penal demonstra-se ineficaz e quanto maior sua atuação na sociedade maior é a percepção da ausência de segurança social, e maiores serão as chances de sua ineficácia.

A tutela de certas condutas pelo direito administrativo sancionador certamente retiraria da seara do Direito Penal a tutela de condutas que apesar de lesivas, não representam relevância penal, observando assim o princípio da *ultima ratio*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Federal n. 8.137, de 27 de dezembro de 1.990. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: **Direito penal e criminologia**. Organização: CONPEDI/UNINOVE: Coordenadores: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna;

BORGES, Paulo César Corrêa; LANGROIVA, Cláudio José. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 83 a 109. Disponível no seguinte endereço eletrônico: http://www.publicadireito.com.b/publicacao/uninove/ficha/15.pdf

MACHADO, Vitor Gonçalves. Sobre a relevância do princípio da ofensividade para o direito penal moderno. In: **TribunaVirtual**, IBCRIM, ano 1, 4ª ed., maio, 2013, p. 42-45.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª ed. rev., atual. e ampl, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2 ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Vania Samira Doro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica financeira. In: **Revista Liberdades**, IBCRIM, número 9, jan/abr, 2012, p. 79-100.

PIRES, Gabriela Cabral. Hipóteses de Extinção da Punibilidade nos Crimes contra a Ordem Tributária. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (Coord.). **Grandes Temas do Direito Tributário Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 189- 204.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constitucional**. 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GARCÍA FACONI, Ramiro. SCHUNEMANN, Bernd; BASOCO, Juan María Terradillos. **Derecho Penal Econômico**, tomo 1. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012.

RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário**: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. **Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco"**. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. In: **Revista Liberdades**, IBCCRIM, número 7, maio/ago, 2011, p. 23- 61.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas

sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.