

CAROLINA SENE TAMBURUS

**DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART.168-A, §1º,
INCISO I DO CÓDIGO PENAL) E SUA EFETIVA MATERIALIZAÇÃO
NO PLANO DA TIPICIDADE**

**FRANCA
2007**

CAROLINA SENE TAMBURUS

**DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART.168-A, §1º,
INCISO I DO CÓDIGO PENAL) E SUA EFETIVA MATERIALIZAÇÃO
NO PLANO DA TIPICIDADE**

Dissertação apresentada à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de História, Direito e Serviço Social, campus Franca, para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes.

**FRANCA
2007**

CAROLINA SENE TAMBURUS

**DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART.168-A, §1º, INCISO I DO
CÓDIGO PENAL) E SUA EFETIVA MATERIALIZAÇÃO NO PLANO DA
TIPICIDADE**

Dissertação apresentada à Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de História, Direito e Serviço Social, campus Franca, para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: _____
Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes – UNESP

1º Examinador(a): _____

2º Examinador(a): _____

Franca, ____ de _____ de 2007.

O presente trabalho é dedicado:

À minha mãe Luciana, exemplo de dedicação e perseverança na arte de aprender e ensinar.

À minha avó Teresinha, que com ternura soube me apoiar durante essa trajetória.

Ao meu irmão Felipe, amigo de todas as horas.

A Dimas Yamada Scardoelli, companheiro que durante toda minha jornada soube, com sabedoria, paciência e certa dose de humor, me dar forças para concluir esse trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade de poder estudar e prosperar nos meus sonhos.

Ao Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes, pela confiança em mim depositada, pelos preciosos ensinamentos e pelo apoio e dedicação durante essa jornada.

Aos Profs. Dr José Carlos de Oliveira e Dr. Paulo César Corrêa Borges, pelas participações decisivas no exame de qualificação.

Ao Professores integrantes da Banca Examinadora, por terem se disponibilizado a compor a banca de defesa do mestrado, valorizando sobremaneira o presente trabalho.

À minha família e ao Dimas, pela compreensão da minha ausência e pelo incentivo.

Ao amigo João Bernardo da Silva, inestimável companheiro de mestrado, por compartilhar as minhas angústias e as felicidades de tão importante caminhada.

Aos colegas da Procuradoria, por fazerem do convívio profissional uma amizade e um ambiente para o estudo do Direito.

À amiga Cláudia Jecov Schallemüller, estudiosa do Direito e exímia conhecedora do idioma alemão, pelos préstimos na tradução de termos técnicos.

Às professoras Sarah Barbieri e Regina Pupin, pelo apoio técnico em momentos cruciais.

Aos funcionários da Seção de Pós-Graduação e da Biblioteca da FHDSS, pela disponibilidade, atenção e colaboração dispensadas.

Aos companheiros da XIII Turma de Direito da UNESP, amigos para toda a vida.

Aos colegas da Associação de Ex-Alunos do Curso de Direito da UNESP (AEX), unidos para a consecução de um objetivo maior.

A Justiça, que é o valor-meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito, exige de todos os protagonistas jurídicos (legisladores, intérpretes e aplicadores) bom senso e proporcionalidade. A virtude está em buscar o equilíbrio entre os múltiplos interesses em conflito.

Luiz Flávio Gomes

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o delito de apropriação indébita previdenciária, analisado sob a ótica legitimadora do bem jurídico-penal, por referência a determinados critérios político-criminais, com vistas a propiciar uma delimitação do âmbito de intervenção penal, distinguindo-se aquelas condutas cujo grau de ilicitude se restringe ao plano extrapenal daquelas que, por configurarem uma intensa danosidade social, caracterizam um verdadeiro ilícito penal. O trabalho parte da análise sobre a estrutura constitucional da Seguridade Social, a legislação previdenciária em matéria de custeio, bem como aspectos criminológicos e o desenvolvimento do tratamento legal dos crimes contra o sistema de Seguridade Social nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e pátrio. Na seqüência, são analisados os critérios de dignidade penal e carência de tutela penal, bem como seus respectivos princípios político-criminais, de modo a se verificar a legitimidade da intervenção penal, particularmente em relação à Previdência Social. Após esse necessário enfoque, chega-se propriamente ao crime de apropriação indébita previdenciária, sendo inicialmente analisados os elementos componentes do tipo penal previsto no art.168-A, §1º, inciso I do Código Penal para que, em seguida, seja enfrentado o núcleo central da pesquisa, a compatibilização do citado delito com a função legitimadora do bem jurídico-penal, possibilitando, no plano da tipicidade material, diferenciá-lo do ilícito administrativo-fiscal. Para tanto, afirma-se que o mero não recolhimento no prazo legal não se mostra suficiente para caracterizar a figura típica, impondo-se a configuração de um *plus* como elemento diferenciador do simples inadimplemento fiscal. O tipo penal em análise deve ser classificado como um tipo omissivo impróprio, exigindo-se a comprovação de uma conduta comissiva anterior à omissão penalmente relevante. Torna-se, ainda, imprescindível à adequação típica a presença do elemento subjetivo do tipo, representado não pelo tradicional *animus rem sibi habendi*, uma vez que não há efetiva “apropriação”, mas caracterizado pela especial finalidade de fraudar os cofres previdenciários. Com isso, não se quer afirmar a ilegitimidade do Direito Penal para tutelar a Previdência Social, pelo contrário, esta se revela um bem jurídico digno de proteção penal. É certo, porém, que a mera afirmação da dignidade penal de determinado bem jurídico não autoriza a intervenção estatal por meio da tutela penal, sendo indispensável a verificação quanto ao aspecto da carência de tutela penal. Aqui reside o cerne da questão: a carência estaria caracterizada quando, e somente quando, restarem observados os princípios da idoneidade, subsidiariedade, *ultima ratio* e proporcionalidade, de modo a que todas as situações que não forem aptas a preencher todos esses princípios político-criminais devam ser afastadas da tutela penal. Somente com a observância de tal regra é que será possível distinguir o mero inadimplente do delinqüente.

Palavras-chave: Seguridade Social. Bem jurídico-penal. Critérios político-criminais. Tipicidade material. Apropriação indébita previdenciária.

ABSTRACT

The present paper tells about Social Security embezzlement crime offense under the view of the criminal legal property legitimacy, referring to certain penal-political criteria, intending to restrain the criminal intervention aspect; distinguishing the conducts in which illicit degree is restricted to the lawful plan from those that characterize an actual offense for representing an intense social damage. This paper starts from the analysis of the Social Insurance constitutional structure, the social security legislation in terms of cost, as well as the crime aspects, and the development of the legal crime treatment against the Social Security according to the alien and native legal systems. Then, the criteria of the penal dignity and lack of criminal tutela, as well as their respective penal-political principles are analyzed in order to verify the legitimacy of the penal intervention, particularly in respect to the Social Security. After this necessary introduction, we get to the Social Security embezzlement crime offense itself, and the component elements of the criminal type of the 168-A sec., § II from the Penal Code, so that, afterwards we are able to reach the central part of the research, that is, the compatibility of the mentioned criminal offense with the legitimate power of the criminal legal property, making it possible to differentiate it, to what concerns the matter vagueness doctrine, from the fiscal administrative illicit. To make such differentiation, we state that the simple fact that the collection is not made within the legal term is not enough to characterize criminal offense, being necessary the configuration of a plus as a differentiating element from the simple fiscal default. This criminal offense under analysis should be classified as an improper omission crime, being a must the proof of a previous active conduct to the relevant penal omission. It is yet extremely important to the practice of the specific crime the presence of the subjective element of the crime represented not by the traditional *animus rem sibi habendi*, since there is no effective appropriation, but characterized by the special intention of defrauding the Social Security. The purpose is not to state the Criminal Law legal incapacity to tutor the Social Security, on the contrary, it is a juridical property worthy of criminal protection. It is certain, however, that the mere statement about the penal dignity of a certain juridical property does not authorize state intervention through criminal tutela. It is essential to check the aspect of the lack of criminal tutela. The main question lies here: the lack would be characterized only when the principles of good repute, subsidy, *ultima ratio* and proportion were observed, in a way that all the situations that do not fulfill all these penal political principles must be put away from the criminal tutela. Only if this rule is observed, will it be possible to tell the mere defaulter from the delinquent.

Key words: Social Security. Criminal legal property. Penal-political criteria. Vagueness doctrine matter.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 - BASES CRIMINOLÓGICAS JUSTIFICADORAS DA INTERVENÇÃO PENAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA	15
1.1 Evolução histórico-legislativa da Seguridade Social no mundo e no Brasil	15
1.2 A Seguridade Social como um dos pilares da ordem social na Constituição Federal de 1988: Saúde, Previdência Social e Assistência Social como elementos da Seguridade Social no Brasil	20
1.3 Financiamento da Seguridade Social	24
1.3.1 <i>Princípios constitucionais em matéria de custeio</i>	26
1.3.2 <i>Normas sobre arrecadação e recolhimento das contribuições previdenciárias</i>	33
1.4 Projeção criminológica	39
1.5 Medidas legislativas de natureza penal em matéria de direito previdenciário	44
1.5.1 <i>Delitos previdenciários nos ordenamentos jurídicos estrangeiros</i>	50
1.5.2 <i>Histórico evolutivo da tutela penal do patrimônio da Seguridade Social no direito brasileiro</i>	59
CAPÍTULO 2 - POLÍTICA CRIMINAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL	67
2.1 Do bem jurídico-penal: noções iniciais	67
2.2 Do bem jurídico-penal supra-individual	78
2.3 Critérios político-criminais e Previdência Social	85
2.3.1 <i>Critério da dignidade penal do bem jurídico</i>	87
2.3.1.1 <i>Princípio da fragmentariedade do Direito Penal</i>	89
2.3.1.2 <i>Princípio da lesividade (ofensividade)</i>	90
2.3.1.3 <i>Princípio da insignificância</i>	96
2.3.1.4 <i>Princípio da proporcionalidade (razoabilidade)</i>	98
2.3.2 <i>Critério da carência de tutela penal do bem jurídico</i>	101
2.3.2.1 <i>Princípio da idoneidade</i>	103
2.3.2.2 <i>Princípio da subsidiariedade</i>	104
2.3.2.3 <i>Princípio da ultima ratio</i>	106

2.3.2.4	Princípio da proporcionalidade	106	
2.4	Síntese conclusiva	109	
CAPÍTULO 3 – DA TIPICIDADE MATERIAL DO DELITO DE			
APROPRIAÇÃO INDEBITA PREVIDENCIÁRIA (art.168-			
A, §1º, inciso I, do Código Penal)			113
3.1	Dos elementos descritivos objetivos	115	
3.1.1	<i>Do bem jurídico penalmente protegido</i>	116	
3.1.2	<i>Da natureza da conduta</i>	125	
3.1.3	<i>Do sujeito ativo</i>	131	
3.1.4	<i>Do sujeito passivo</i>	132	
3.1.5	<i>Do resultado</i>	133	
3.1.6	<i>Do nexa causal</i>	135	
3.2	Dos elementos descritivos circunstanciais	137	
3.3	Dos elementos normativos	138	
3.4	Dos elementos pessoais	139	
3.5	Dos elementos subjetivos	139	
3.6	Compatibilização do delito previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal (com redação dada pela Lei nº 9.983/2000) com a função legitimadora do bem jurídico-penal	144	
CONSIDERAÇÕES FINAIS		155	
REFERÊNCIAS		162	

APRESENTAÇÃO

No desenvolvimento do tema proposto foi privilegiado o método dialético, por meio da análise e discussão das posições doutrinárias antagônicas em face de cada argumento ou problema¹, bem como pela discussão dos posicionamentos jurisprudenciais, possibilitando uma abordagem dinâmica e total do objeto investigado.

Como método de procedimento, foram empregados os métodos histórico e comparativo, visando resgatar a gênese e traçar o perfil do instituto jurídico objeto da pesquisa.

Pelo método histórico se tornou possível a reconstrução histórica dos aspectos econômicos, políticos e sociais que podem ter influenciado a legislação, a doutrina e a jurisprudência a adotar medidas de natureza penal em matéria previdenciária², além de possibilitar a análise da evolução legislativa sobre o assunto.

O método comparativo, por seu turno, permitiu a abordagem da legislação, doutrina e jurisprudência estrangeiras sobre o tema, de forma a possibilitar a proposição de soluções (em sede de doutrina ou *de lege ferenda*) em relação ao ordenamento jurídico pátrio³.

Também foi utilizado o método indutivo, por meio do qual, através da análise dos princípios constitucionais, tornou-se possível a formulação de diretrizes para a identificação do bem jurídico a ser penalmente protegido.

Ainda, o método indutivo, pela observação e análise de casos concretos, permitiu a formulação de uma possível solução ou regra geral⁴, em especial, o estabelecimento de um princípio comum a ser aplicado a todos os fenômenos jurídicos envolvendo o delito de apropriação indébita previdenciária, com uma solução coerente com o bem jurídico tutelado e com os demais elementos do tipo penal.

Na elaboração do presente, além das fontes formais do Direito, foram utilizados livros, artigos de revistas especializadas, nacionais e estrangeiras e demais documentos que se mostraram úteis e concernentes ao tema, sem qualquer pretensão exaustiva, primando-se pela visão crítico-contemporânea do tema.

¹ MARCHI, E. C. S. **Guia de metodologia jurídica**: teses, monografias e artigos. Lecce (Itália): Edizioni Del Grifo, 2000, p. 105.

² Ibid., loc. cit.

³ Ibid., loc. cit.

⁴ Ibid., loc. Cit..

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, dentre outras inúmeras inovações, introduziu em nosso Ordenamento Jurídico a estrutura da Seguridade Social (artigos 194 a 204). Esta, por sua vez, é composta por três pilares, a saber, Saúde, Previdência Social e Assistência Social.

Dessa forma, a Seguridade Social passou a integrar a Ordem Social, possuindo como fundamentos e objetivos a prestação de serviços e benefícios nas áreas da Saúde, Assistência e Previdência Social.

Dada a relevância e a imprescindibilidade desses três pilares, houve por bem o constituinte em instituir contribuições próprias ao financiamento de suas atividades, delimitando os contribuintes, bem como os fatos geradores e bases de cálculo. Ainda, instituiu a obrigatoriedade de elaboração de orçamento próprio da Seguridade Social, distinto do orçamento fiscal da União (artigo 165, § 5º, inciso III, CF/88), de modo a evitar desvios e qualquer tipo de fraude, tamanha a relevância das atividades inerentes ao sistema de Seguridade Social.

Especialmente no que concerne à Previdência Social, o constituinte impôs como princípio básico “o equilíbrio financeiro e atuarial” (artigo 201, caput, CF/88), de modo a evitar insuficiência de recursos ao financiamento de suas atividades. Referido princípio deve ser conjugado com o princípio da “diversidade da base de financiamento” (artigo 194, parágrafo único, inciso VI, CF/88), de modo a se concluir que o financiamento da Seguridade Social como um todo e, em específico, da Previdência Social, deve ser estruturado de modo a se evitar fraudes, desvios e eventuais ausências de recursos, uma vez que se trata de prestações e serviços hábeis a efetivar o princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Todavia, em que pese ter o constituinte assegurado tratamento prioritário e diferencial ao sistema de Seguridade Social e no que, essencialmente, diz respeito ao objeto desse estudo, não raras são as notícias de corrupção e descobertas de fraudes perpetradas contra a Previdência.

Aliado a esse fator tem-se as inúmeras alegações por parte dos órgãos governamentais de insuficiência de recursos destinados ao financiamento da Previdência, argumento fortemente utilizado a sustentar os debates envolvendo as últimas reformas previdenciárias (Emendas Constitucionais nº.s 20/98 e 41/03).

Por outro lado, o recrudescimento da fiscalização por parte dos Agentes Fiscais da Secretaria da Receita Previdenciária, do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, seja em atuações isoladas ou por meio de forças tarefas, permitiu a descoberta de inúmeras práticas evasivas por parte dos contribuintes da Previdência Social, notadamente pelas pessoas jurídicas, caracterizadas pelo não pagamento das contribuições, por retenções indevidas e realização de atos fraudulentos (ocultação de dados, adulteração de documentos fiscais etc.), práticas essas cada vez mais utilizadas e reiteradas.

Ante a necessidade de se manter o equilíbrio financeiro do orçamento da Previdência Social, de modo a viabilizar a manutenção da prestação de seus serviços e benefícios, somada à crescente verificação da prática de atos ilícitos envolvendo a Previdência Social, houve por bem o legislador, apoiado em critérios de política criminal (não bem esclarecidos), implementar medidas legislativas de natureza penal nessa área.

Dessa valoração político-criminal, assentada em fatores criminológicos, surgiu a previsão legal do delito, de apropriação indébita previdenciária, descrito no artigo 168-A do Código Penal. Contudo, essa opção legislativa não foi submetida à análise jurídico-penal em relação ao bem jurídico tutelado, seja no que diz respeito à dignidade, seja em relação à carência de tutela penal.

Nesse contexto, o presente projeto objetiva analisar o delito de apropriação indébita previdenciária sob a ótica legitimadora do bem jurídico-penal, propiciando, assim, a delimitação do âmbito de intervenção penal, de modo a possibilitar sua distinção do mero ilícito administrativo-fiscal.

Como um último enfoque a ser destacado, o desenvolvimento de a presente pesquisa objetiva analisar o delito de apropriação indébita previdenciária, em especial no plano da tipicidade, de modo a construir elementos aptos a permitir a consolidação do tipo penal previsto no art.168-A, §1º, inciso I do Código Penal, em um tipo penal que alcance toda a dimensão do bem jurídico-penal, bem como que respeite todos os princípios lógico-rationais do Direito Penal, visando sua efetiva sistematização.

Há que se mencionar a escassez de trabalhos científicos que abordem o tema em discussão sob o enfoque proposto, além da existência de posicionamentos conflitantes e divergentes, tanto no âmbito doutrinário, quanto na jurisprudência pátria, fator a mais a ensejar um estudo aprofundado da temática.

Destaca-se também a atualidade do tema, que constantemente é foco de debates, tanto na esfera jurídica quanto na esfera política, ponto a mais a ressaltar a relevância do tema ora proposto.

Acresce-se a complexidade do tema, que se insere na seara do denominado Direito Penal Econômico, uma vez que envolve institutos jurídicos de diversos ramos do Direito (Penal, Constitucional, Tributário, Previdenciário), além de demandar confrontações de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes, bem como o estudo de soluções encontradas em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Cumprir observar que no desenvolvimento do tema proposto foi privilegiado o método dialético, a fim de propiciar uma visualização do objeto de estudo como resultado de múltiplos fatores e determinantes, especialmente de ordem histórica e constitucional.

Nesse sentido, o capítulo 1 analisa a estrutura constitucional da Seguridade Social, a legislação previdenciária em matéria de custeio, bem como aspectos criminológicos e o desenvolvimento do tratamento legal dos crimes contra o sistema de Seguridade Social nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e pátrio.

Já o capítulo 2 enfrenta os critérios de dignidade penal e carência de tutela penal e seus respectivos princípios político-criminais, com vistas a possibilitar a verificação da legitimidade da intervenção penal.

Por fim, no capítulo 3, num primeiro momento, são analisados os elementos componentes do tipo penal previsto no art.168-A, §1º, inciso I do Código Penal para que, em seguida, seja enfrentado o núcleo central da pesquisa, a possibilidade de se compatibilizar o delito previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I do Código Penal com a função legitimadora do bem jurídico-penal, de modo a, no plano da tipicidade material, diferenciá-lo do ilícito administrativo-fiscal.

Nessa ordem lógica de idéias, almejou-se alcançar o objetivo principal da presente pesquisa, cujas conclusões foram ordenadas ao final, na esperança de ter contribuído para a introdução de novos elementos para a discussão do tema e, num espectro mais amplo, para a conscientização de todos os operadores do Direito na busca por uso racional e adequado das medidas de natureza penal.

Cumprir, ademais, ressaltar a inserção lógica do tema abordado na área de concentração do curso de mestrado em que o presente trabalho é apresentado (Direito Obrigacional Público e Privado), notadamente no que se refere ao núcleo central da pesquisa, ou seja, na distinção entre os elementos típicos ínsitos à configuração da figura delitiva prevista no artigo 168-A, §1º, inciso I do Código Penal, e o mero descumprimento da obrigação fiscal de recolher as contribuições previdenciárias, com vistas à atuação legítima do Direito Penal.

Por outro lado, sendo certo que o direito à segurança (gênero) possui como uma de suas espécies o direito à segurança social¹, também se verifica aqui a inserção da presente pesquisa no núcleo obrigacional, uma vez que pelo direito à segurança social o Estado se vê compelido a estabelecer condições sociais dignas aos indivíduos e suas famílias, de modo a protegê-los dos riscos sociais que possam, de algum modo, lhes subtrair a capacidade de manutenção da sobrevivência.

¹ Conforme desenvolvimento exposto no capítulo 1.

CAPÍTULO 1 BASES CRIMINOLÓGICAS JUSTIFICADORAS DA INTERVENÇÃO PENAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

1.1 Evolução histórico-legislativa da Seguridade Social no mundo e no Brasil

A Constituição Federal de 1988, ao introduzir no sistema constitucional o capítulo II, intitulado “Da Seguridade Social”, no título VIII (“Da Ordem Social”), impôs um tratamento destacado e preferencial às áreas da Saúde¹, Previdência Social² e Assistência Social³.

Assim, a partir da atual Constituição as três áreas acima destacadas passaram a integrar um sistema protetivo maior e complexo, composto por ações coordenadas dos entes federativos, bem como por toda a sociedade⁴.

Todavia, a análise evolutiva do tratamento legal conferido à seguridade social, como hoje conhecida, possibilita o reconhecimento de que sua regulamentação sempre esteve atrelada às opções e modelos de Estado existentes⁵.

Nesse contexto, há que se mencionar que a marcha evolutiva do sistema de proteção é composta, basicamente, por três grandes momentos, a saber: mútua assistência, assistência estatal e noção de seguro social.

¹ Artigos 196 a 200 da CF/88.

² Artigos 201 e 202 da CF/88.

³ Artigos 203 e 204 da CF/88.

⁴ Nesse sentido há que se observar a regra do artigo 194 da CF/88: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência”.

⁵ Segundo Sérgio Pinto Martins “o Direito tem uma realidade histórico-cultural, não admitindo o estudo de qualquer de seus ramos sem que se tenha uma noção do seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo. Ao pretendermos estudar o passado, é possível compreendermos o desenvolvimento da ciência no decorrer dos anos, o que se mostra uma necessidade premente” (MARTINS, S. P. **Direito da seguridade social**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 29). Já para Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia “para que se possam compreender a verdadeira finalidade e a função exercida pela seguridade social em determinado Estado, acreditamos imprescindível que se determine o modelo econômico adotado por este” (CORREIA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B. **Curso de direito da seguridade social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22). No que se refere ao âmbito do Direito Penal propriamente dito, Paulo César Corrêa Borges assinala que “invariavelmente, o Direito Penal estará marcado pelo tipo de Estado em que é estabelecido e aplicado. Mais que isto, o Direito Penal terá características diversas em um Estado totalitário e em um Estado Democrático. Os paradigmas são distintos e, por isso, em um Estado Totalitário, prepondera a maximização do Direito Penal, enquanto em um Estado Democrático a tolerância implicará em uma redução do seu campo de abrangência, no sentido do extremo oposto àquela, que é o minimalismo penal” (BORGES, P. C. C. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005, p. 48).

Num primeiro momento, predominava a ausência de intervenção estatal de cunho protecionista. No entanto, por ser da própria essência do ser humano o instinto de sobrevivência, é certo que a preocupação com a cobertura e socorro em situações de risco sempre existiu.

Podem ser citadas, como exemplos dessa busca constante por proteção, as organizações e associações de caridade e as corporações de ofício.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari recordam que, em tempos remotos, a defesa e proteção do trabalhador perante os riscos inerentes ao trabalho e à sua subsistência ocorriam por meio da assistência caritativa ou pela reunião de pessoas, mediante a contribuição para um fundo comum. Esses autores destacam também que esses meios protetivos, de cunho nitidamente privatista, somente vieram a sofrer intervenção estatal após o desenvolvimento industrial, ante a necessidade de prever e institucionalizar medidas de proteção coletiva, em especial no que se refere ao ambiente de trabalho⁶.

Como exemplo de mútuo assistencialismo, pode ser citada a figura do *pater familias* que possuía a obrigação de assistir seus servos e clientes. Ainda é possível incluir nesse cenário as confrarias e associações religiosas que reuniam pessoas com comunhão de objetivos, as quais contribuía com taxas anuais para pagamento de futuras medidas protetivas⁷.

Em um segundo momento, o Estado passou a adotar algumas medidas protetivas, de caráter puramente assistencial. Todavia, esse “assistencialismo estatal” mostrava-se insuficiente para atender à demanda emergente.

Com o aparecimento do Liberalismo, o Estado assumiu uma postura de *laissez-faire, laissez-passer*, ou seja, a característica era a ausência de intervenção estatal e um Estado mínimo, primando pelas liberdades individuais, em que imperava uma grande separação entre a classe operária e a classe detentora dos meios de produção.

Em que pese essa postura estatal de não-intervenção, é possível destacar a existência de algumas medidas, ainda que notadamente tímidas, de caráter protetivo como o pagamento de pensões pecuniárias e fornecimento de abrigo aos carentes. Cabe destacar a edição pela Inglaterra, em 1601, do *Poor Law Act* (lei de amparo aos pobres), que previa a

⁶ CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. 6. ed. rev. São Paulo: LTr, 2005, p. 35.

⁷ Sobre o tema vide MARTINS, 2005, op. cit., p. 29-30; CASTRO; LAZZARI, 2005, op. cit., p. 35; CORREIA; CORREIA, 2002, op. cit., p. 1-11.

instituição de uma contribuição obrigatória voltada para objetivos sociais⁸.

Também há que se mencionar a inclusão, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de princípio pertinente à Seguridade Social, caracterizado por um direito subjetivo assegurado a todos⁹. Aqui começa a se desenhar a mudança de postura que viria a se definir no século seguinte, com a assunção pelo Estado da obrigação de adotar políticas de proteção na esfera social.

Com a evolução e desenvolvimento do sistema industrial, o Estado viu-se obrigado a se debruçar sobre as contingências e necessidades do corpo social. Desse modo, o modelo liberal, caracterizado por um Estado individualista que se mostrou incapaz de resolver os problemas sociais advindos do capitalismo, viu-se substituído por um Estado Interventor, caracterizado pela preocupação com a expansão da atuação estatal, nitidamente de cunho social.

Dessa forma, a partir do século XIX, gradativamente os Estados foram introduzindo em seus respectivos ordenamentos jurídicos mecanismos de proteção social, como busca pela minimização das diferenças sociais. Essa conduta mostrou-se mais sensível, num primeiro momento, na Europa, com a adoção de um sistema protetivo que previa a cobertura de riscos sociais tanto em relação ao próprio trabalhador (como velhice, invalidez e doença), como em relação a seus dependentes (pensão por morte).

A preocupação com o amparo do trabalhador e de seus familiares, em determinadas situações de necessidade, ganhou força a partir do momento em que, ao lado do assistencialismo privado, a figura do Estado assumiu para si funções protetivas (Estado provedor).

⁸ Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia lecionam que o referido ato “[...] dentre outras medidas, previa o pagamento de pequenos valores, de caráter mais paliativo, a desempregados doentes e de idade avançada. Trata-se de medida editada mais exatamente em 19 de dezembro de 1601, no reinado da primeira rainha, Isabel I, da Inglaterra, filha de Henrique VIII. Referido ordenamento, ao instituir assistência paroquial aos pobres, criou, para o seu custeio, contribuições compulsórias, denominadas *poor tax*, que vigiram por, aproximadamente, um século e meio” (CORREIA; CORREIA, 2002, op. cit., p. 2-3).

⁹ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, admitidos pela Convenção Nacional em 1793: “XXI - Os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar” (FRANÇA. Convenção Nacional. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão**. 1793. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em: 5 out. .2005).

Começa, assim, a se configurar um sistema de seguro social, com a introdução da noção de solidariedade que norteará todas as regulamentações sobre a matéria¹⁰.

Neste ponto, cabe mencionar que esse sistema de seguro social se insere, num contexto maior, na concepção do direito à “segurança”, visto como gênero, do qual são espécies a segurança *social*, a segurança jurídica, a segurança pública e a segurança nacional¹¹.

A segurança *social*, que integra a idéia de Seguridade Social, está relacionada ao estabelecimento de vários meios tendentes a propiciar condições sociais dignas aos indivíduos e suas famílias¹². O direito à segurança social é decorrência direta da solidariedade entre os homens, significando que todos os cidadãos têm o direito de proteção diante das contingências sociais, presentes e futuras, que possam vir a comprometer sua capacidade laborativa e, via de consequência, seu sustento e de sua família¹³.

Essa noção de solidariedade, como bem ressaltam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, é fundamental para a consolidação de um sistema de seguro social, uma vez que sem a característica de proteção de todos por todos, por meio de uma cotização geral dos indivíduos, não se pode falar em previdência social¹⁴.

A partir do momento em que ocorreu uma acentuação no aspecto social, começa a se delinear o direito previdenciário, destinado a socorrer aqueles que não se encontrem aptos a prover suas necessidades e de suas famílias em decorrência de incapacidade.

¹⁰ Segundo Marciano Seabra de Godoi “a solidariedade passa a ser efetivamente um elemento constitutivo do discurso jurídico hegemônico na medida em que são afirmadas as teses do pluralismo jurídico (o direito não se resume aos atos do legislador estatal), da efetividade social como elemento fundamental para a interpretação da norma e, principalmente, da necessidade de superação do fosso então existente entre o Estado e a sociedade civil” (GODOI, M. S. *Tributo e solidariedade social*. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 145).

¹¹ Segundo Paulo César Corrêa Borges “a palavra segurança, em um sentido amplo, exprime uma garantia, proteção, amparo e estabilidade. Fala-se em direito à segurança, segurança social, segurança jurídica, segurança pública e segurança nacional. A determinação de seu conteúdo a partir do adjetivo que a acompanha é solução encontrada para caracterizar as espécies do direito à segurança, posto que este é uma das finalidades precípua do contrato social, na formação do Estado, enquanto as demais denominações são seus desdobramentos” (BORGES, 2005, op. cit., p. 42).

¹² Paulo César Corrêa Borges afirma que “infere-se, pois, que a segurança social é espécie do direito à segurança, voltada para o combate da miserabilidade, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana. A seguridade social tem sido reconhecida com o propósito de conciliar, em um mesmo sistema, o capitalismo, como forma de produção, e o bem-estar social geral, coincidindo com o surgimento do neocapitalismo” (BORGES, P. C. C. **Responsabilidade do Estado: reparação dos danos causados pelo crime, cometido durante a execução penal**. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca. p. 38).

¹³ BORGES, 2005, op. cit., p. 43-44.

¹⁴ CASTRO; LAZZARI, 2005, op. cit., p. 36.

Foi efetivamente com a promulgação das Constituições Sociais, que o Direito Previdenciário se solidificou¹⁵. Posteriormente, nas décadas de 30 e 40, ganharam relevo as chamadas “Política de Bem Estar Social” (*Welfare State*), por meio das quais se almejava implementar melhores condições de vida para a classe trabalhadora e a redistribuição de renda entre as camadas sociais, por meio da previdência social¹⁶.

Há que se destacar ser o princípio da solidariedade, em relação à Previdência Social, inerente à idéia de Estado do bem-estar social, uma vez que a promoção do bem-estar da coletividade funciona, ainda que indiretamente, como forma de redistribuição de renda.

Nosso ordenamento jurídico também acompanhou esse movimento de evolução social. No início a proteção aos trabalhadores e necessitados ocorria, como nos demais países, por meio do mutualismo e assistencialismo privados, caracterizados pelas santas casas de misericórdia e sociedades beneficentes.

A Constituição da República, de 1891, foi a primeira a prever o instituto da aposentadoria, ainda que restrito à aposentadoria por invalidez para os funcionários públicos, custeada integralmente pelo Estado.

Por outro lado, o Decreto Legislativo nº. 4.682, de 24.01.1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, tornou-se um marco na evolução da proteção social, ao introduzir o sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensões para os empregados das empresas ferroviárias, com posterior extensão às demais categorias profissionais, mediante a contribuição dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado. Essas Caixas de Aposentadorias e Pensões foram posteriormente unificadas em Institutos Públicos de Aposentadoria e Pensão (IAP's).

Em que pese a Constituição de 1891 ter abordado a questão da aposentadoria, foi a Constituição Federal de 1934 que esboçou um sistema previdenciário, prevendo a cobertura nos casos de velhice, invalidez, maternidade, morte e acidente de trabalho, além da tríplice forma de custeio (ente público, empregadores e trabalhadores). As Constituições de 1937, 1946 e 1967 não alteraram, na essência, o sistema implementado inicialmente pela Constituição de 1934.

¹⁵ A 1ª Constituição no mundo a incluir a previdência foi a Mexicana (1917), seguida pela Constituição de Weimar (Alemanha – 1919).

¹⁶ Para aprofundamento do estudo da evolução do direito previdenciário no mundo e no Brasil vide indicações na nota 7, bem como SETTE, A. L. M. A. **Direito previdenciário avançado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

De outro lado, a Constituição Federal de 1988, seguindo o que já foi exposto no início desse item, ao trazer um capítulo apenas sobre seguridade social, compreendendo a saúde, a assistência social e a previdência social, inovou por completo o sistema de proteção social até então vigente¹⁷.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari reconhecem que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social como objetivo a ser alcançado pelo Estado, por meio da atuação simultânea nas áreas da Saúde, Previdência Social e Assistência Social¹⁸.

Também como consequência desse reconhecimento constitucional, houve uma ruptura entre o tratamento conferido ao direito do trabalho e o tratamento destinado às três áreas da seguridade social¹⁹.

Para uma maior compreensão da dimensão da Seguridade Social no âmbito da Constituição Federal de 1988, imperiosa se torna a análise de seu conceito, com os desdobramentos inerentes no que se referem as suas três áreas de atuação: Saúde, Previdência Social e Assistência Social.

1.2 A Seguridade Social como um dos pilares da ordem social na Constituição Federal de 1988: Saúde, Previdência Social e Assistência Social como elementos da Seguridade Social no Brasil

A Constituição Federal de 1988, ao introduzir em nosso Ordenamento Jurídico um capítulo destinado ao tratamento da Seguridade Social, capítulo este inserido no Título da Ordem Social, inovou por completo toda a regulamentação até então vigente sobre a matéria.

¹⁷ Destaca-se, por ser oportuno, importante comentário de Douglas Yamashita: “o acréscimo do adjetivo ‘democrático’ ao conceito de Estado de Direito visa, portanto, garantir que o princípio do Estado de Direito da Constituição de 1988 não seja interpretado como princípio do Estado de Direito meramente formal, mas, também, como princípio do Estado de Direito material, a explicitar em si o princípio do Estado Social, verdadeira norma de Direito Constitucional em prol da solidariedade” (YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 55).

¹⁸ CASTRO; LAZZARI, 2005, op. cit., p. 55.

¹⁹ Sérgio Pinto Martins alerta que “com a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, houve a nítida separação entre o Direito da Seguridade Social e o Direito do Trabalho, ao se trazer para o bojo da Lei Maior um capítulo versando sobre a Seguridade Social (arts.194 a 204). Na atual Constituição, a Ordem Social abrange a saúde, a previdência e a assistência social, o que não era previsto na Lei Maior anterior, que incluía a matéria no título da Ordem Econômica, em um único artigo (165), em que tratava de direitos trabalhistas e previdenciários” (MARTINS, 2005, op. cit., p. 43).

Para que seja possível o estudo dos elementos componentes do instituto da Seguridade Social, imperiosa se torna, a princípio, a análise de sua conceituação.

Desse modo, num primeiro momento tem-se que Seguridade Social, assim como estabelecido pela Constituição Federal de 1988, caracteriza-se por ser um complexo instituto do qual são partes integrantes três grandes áreas afeitas ao cenário social: Saúde, Previdência Social e Assistência Social. Trata-se, pois, de uma expressão ampla, com objetivo primordial de atuação na esfera social.

Alguns doutrinadores discutem a opção pelo termo Seguridade Social, sugerindo que o mais preciso teria sido a utilização da expressão Segurança Social²⁰.

Por outro lado, a maior parte dos estudiosos nessa área defende que a opção pela expressão Seguridade Social encontra respaldo nos próprios objetivos inerentes as suas três áreas de atuação (Saúde, Previdência Social e Assistência Social).

Nesse sentido, a proteção do indivíduo perante diversos riscos sociais (idade avançada, invalidez, morte, dentre outros), ao lado da previsão de condições para manutenção das necessidades básicas, representa de modo fidedigno as metas a serem atingidas pelo sistema de Seguridade Social a ser implementado e gerido pelo Estado brasileiro.

Para implementar, então, esse sistema, a Constituição traçou princípios específicos para a Seguridade Social, bem como regras-matrizes para cada área em especial.

A Saúde, assim, vem a ser o primeiro elemento integrante do sistema de Seguridade Social, com princípios e regras inscritas nos artigos 196 a 200 da CF/88. Uma das principais características do tratamento constitucional conferido à Saúde diz respeito ao seu caráter universal, mediante o acesso de todos, independentemente de contribuição, em razão de se constituir o direito à saúde uma expressão da dignidade da pessoa humana²¹. Por outro lado, torna-se dever do Estado ofertar meios para que políticas sociais e econômicas destinadas ao bem-estar físico, mental e social venham a ser implementadas.

A criação do SUS (Sistema Único de Saúde) é outra inovação da Constituição Federal de 1988. Por meio desse sistema, as prestações na área da Saúde dar-se-ão pela atuação conjunta de todas as esferas governamentais, com vistas à redução do risco de doença

²⁰ Sérgio Pinto Martins leciona que “para certos autores, seria incorreto falar-se em seguridade social, pois trata-se de um estrangeirismo, advindo do espanhol *seguridad*, que significa, nessa língua, segurança. Daí se dizer que o termo correto deveria ser segurança social, tanto que em Portugal utiliza-se esta expressão. Mesmo na língua inglesa, a palavra *security* não quer dizer ‘seguridade’, mas ‘segurança’. Basta lembrar a expressão *national security*, que quer dizer ‘segurança nacional’ ” (MARTINS, 2005, op. cit., p. 43).

²¹ Cabe aqui recordar que no artigo 1º, inciso III, da CF/88, encontra-se a previsão de constituir a “dignidade da pessoa humana” um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

e de outros agravos, além do proporcionar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Desse modo, a partir da promulgação da atual Constituição Federal o atendimento na área da Saúde passou a compor um sistema maior, isto é, passou a constituir um dos três pilares de atuação da Seguridade Social.

A Previdência Social, por sua vez, é tida como um segundo pilar do sistema de Seguridade Social, possuindo previsão constitucional nos artigos 201 e 202 da CF/88. Essa área de atuação do sistema de Seguridade Social concentra seu enfoque na proteção do trabalhador perante determinadas situações de riscos que venham, de qualquer forma, a dificultar ou até mesmo impedir o desenvolvimento de atividades laborativas e, conseqüentemente, a manutenção de seu próprio sustento e de sua família²².

Nesta área, diferentemente do que ocorre com a Saúde, as políticas estatais estão voltadas para uma parcela segmentada da sociedade, isto é, para aqueles indivíduos que venham a exercer determinadas atividades previstas em Lei, por meio das quais se tornam ao mesmo tempo segurados pelo regime de previdência e contribuintes deste sistema.

Assim, ao se estabelecer no artigo 201 da CF/88 que a Previdência Social “[...] será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória [...]”, resta evidente que, para ser beneficiário de atuações pertinentes à Previdência Social, indispensáveis se tornam as qualidades de segurado e contribuinte do sistema.

Ressalta-se que os riscos sociais a serem acobertados pela atuação desse elemento da Seguridade Social foram eleitos pela própria Constituição, a saber: doença, invalidez, morte, idade avançada, proteção à maternidade e ao trabalhador em situação de desemprego involuntário e prisão.

Todavia, para que o indivíduo venha a ser beneficiado face à ocorrência de algum dos riscos sociais acima destacados, torna-se necessária a comprovação de sua qualidade de segurado, sem falar da indispensabilidade do caráter contributivo. Tais requisitos diferenciam

²² Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior conceituam previdência social como “[...] um seguro social compulsório, eminentemente contributivo - este é o seu principal traço distintivo – mantido com recursos dos trabalhadores e de toda sociedade - que busca propiciar meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes quando não podem obtê-los ou não é socialmente desejável que eles sejam auferidos através do trabalho por motivo de maternidade, velhice, invalidez, morte, etc.” (ROCHA, D. M.; BALTAZAR JÚNIOR, J. P. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ Esmafe, 2004. p. 31). Já para Sérgio Pinto Martins, “a Previdência Social consiste, portanto, em uma forma de assegurar ao trabalhador, com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços quando seja atingido por uma contingência social. Entende-se, assim, que o sistema é baseado na solidariedade humana, em que a população ativa deve sustentar a inativa, os aposentados. As contingências sociais seriam justamente o desemprego, a doença, a invalidez, a velhice, a maternidade, a morte etc.” (MARTINS, 2005, op. cit., p. 303).

às esferas de atuação das áreas da Saúde e da Previdência Social, notadamente pelo critério de universalidade, que possui caráter muito mais abrangente na Saúde.

Ainda, no que diz respeito ao elemento da Previdência Social, merece menção o fato de a Constituição Federal de 1988 ter erigido como mandamento a observância da uniformidade e equivalência de prestações e serviços às populações urbanas e rurais, comprovando, mais uma vez, a inserção da noção de solidariedade.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 contemplou o sistema de Seguridade Social com um terceiro elemento, composto pelo ramo da Assistência Social, com previsão específica nos artigos 203 e 204.

Esse terceiro componente da Seguridade possui como foco principal a atuação do Estado voltada para a proteção da família, da maternidade, da infância e adolescência, da velhice, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e sua integração à vida comunitária.

Para ser beneficiário da atuação estatal, no tocante aos fatores elencados acima, não se faz necessária a existência de qualquer contribuição pecuniária para o sistema, ou seja, encontrando-se o indivíduo em alguma das situações abrangidas pela Assistência Social, ser-lhe-á garantido atendimento, independentemente de contribuição, tal como ocorre com a Saúde.

As situações a serem amparadas pela atuação da Assistência Social possuem caráter não só de complementaridade em relação à atuação da Previdência Social, mas, principalmente, atuam como proteção mais ampla, em razão de sua maior cobertura e das necessidades protegidas.

A Seguridade Social, assim, caracteriza-se por ser um sistema complexo, composto por normas e princípios específicos, a serem observados em cada esfera de atuação de seus programas sociais, a saber: Saúde, Previdência Social e Assistência Social.

Representa, portanto, um conjunto de princípios e regras destinados a implementar um sistema de proteção social, face às contingências que impossibilitem o provimento das necessidades básicas, mediante a atuação integrada dos Poderes Públicos e da sociedade²³.

No fundo, a sistematização constitucional conferida à Seguridade Social almeja, com fundamento no aspecto de solidariedade, a proteção do cidadão durante toda sua existência.

²³ MARTINS, 2005, op. cit., p. 44.

Após essa breve abordagem do sistema de Seguridade Social, com seus três pilares que lhe são inerentes, torna-se inevitável a análise e estudo dos meios e recursos financeiros necessários para a atuação e implementação das políticas públicas delineadas nos artigos 194 a 203 da CF/88.

1.3 Financiamento da Seguridade Social

A Constituição Federal de 1988 introduziu, em nosso ordenamento jurídico, um Sistema de Seguridade Social até então inexistente, ao menos da forma e da maneira nas quais foi estruturado, composto por normas-diretrizes e objetivos a serem implementados em três áreas extremamente sensíveis e atreladas à esfera social: Saúde, Previdência Social e Assistência Social.

Para tanto, instituiu diversos princípios²⁴, alguns atinentes a toda a Seguridade Social e outros específicos para cada pilar componente dessa estrutura. Dentre os princípios próprios do sistema de Seguridade Social, existem aqueles que se ocupam do delineamento das regras para a obtenção de recursos financeiros para manutenção das políticas sociais de todo o sistema.

Todavia, antes de adentrar propriamente no estudo dos princípios constitucionais em matéria de custeio, cumpre tecer, ainda que sumariamente, algumas considerações sobre a natureza jurídica das contribuições para a Seguridade Social.

É certo que, antes do advento da Constituição Federal de 1988, o debate sobre a natureza jurídica das contribuições para a Seguridade Social inseriu-se em muita polêmica²⁵.

²⁴ Antes, porém, de se adentrar na análise dos princípios constitucionais em matéria de custeio, cumpre relembrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem, princípio “[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. (MELO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 807). Ainda, para Roque Antonio Carrazza, “princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam” (CARRAZZA, R. A. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33).

²⁵ Zélia Luiza Pierdoná recorda que “no ordenamento jurídico anterior à Constituição de 1988, a natureza jurídica das contribuições especiais, nelas incluídas as contribuições previdenciárias, era objeto de muita polêmica, sendo que, após a Emenda Constitucional nº. 8/77, o Supremo Tribunal Federal diferenciou as referidas contribuições dos tributos” (PIERDONÁ, Z. L. **Contribuições para a seguridade social**. São Paulo: LTr, 2003, p. 21).

Até a edição da EC n.º. 8/77, que acrescentou o inciso X ao artigo 143 e deu nova redação ao inciso I do §2º do art. 21, todos da EC n.º. 1/69, a jurisprudência vinha se pacificando no sentido da aceitação da natureza jurídica tributária das contribuições para a seguridade social. Entretanto, com as referidas alterações, passou-se a compreender que o termo “contribuição social” detinha um significado diverso de “tributo”. No mesmo sentido, após a promulgação da EC n.º. 8/77, o Supremo Tribunal Federal também passou a compreender que as contribuições para a Seguridade Social não se revestiam de natureza jurídica tributária²⁶.

Por outro lado, a partir da promulgação da atual Constituição Federal, os debates cederam lugar ao reconhecimento, tanto na jurisprudência quanto em sede doutrinária, do caráter tributário das referidas contribuições²⁷.

Tal se deu em virtude de o artigo 149 da CF/88, que trata das contribuições sociais genericamente, estar inserido no Título VI (“Da Tributação e Do Orçamento), especificamente no capítulo I, intitulado “Do Sistema Tributário Nacional”.

Assim, em que pese terem as contribuições para a Seguridade Social previsão específica no artigo 195 da CF/88, sua matriz referencial encontra-se no artigo 149, sendo certo que as contribuições para a Seguridade Social, por serem espécie de contribuição social, estão inseridas no Sistema Tributário Nacional.

Ainda, o princípio da anterioridade nonagesimal, que será melhor analisado no próximo item, é mais um dos exemplos da natureza jurídica tributária das contribuições para o financiamento da Seguridade Social.

Nesse contexto, cabe mencionar que o plenário do Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º. 146.733, tendo como relator o

²⁶ CASTRO; LAZZARI, 2005, op. cit., p. 212.

²⁷ Zélia Luiza Pierdoná, continuando sua abordagem sobre a natureza jurídica das contribuições para a Seguridade Social, afirma que “com o advento da Constituição de 1988, a natureza tributária das contribuições a que se refere seu art. 149 – das quais as de seguridade social fazem parte – é reconhecida tanto pela jurisprudência como pela maioria da doutrina. É nesse sentido o entendimento de Mizabel Derzi: ‘a Constituição de 1988 afastou, irrefutavelmente, a discussão sobre o caráter tributário das contribuições para-fiscais’. Sacha Calmon Navarro Coelho declara: ‘nos termos do art. 149 da CF, as contribuições para-fiscais em geral estão submetidas aos princípios vetores da tributação e as normas gerais de Direito Tributário, isto é, ao CTN. São, pois, ontológica e normativamente tributos’” (PIERDONÁ, 2003, op. cit., p. 21-22). Roque Antônio Carrazza, por sua vez, ao comentar o artigo 149 e parágrafos da CF/88, leciona que “com a só leitura deste artigo já percebemos que a Constituição Federal prevê três modalidades de ‘contribuições’: as interventivas, as corporativas e as sociais. Todas elas têm natureza nitidamente tributária, mesmo porque, com a expressa alusão aos ‘arts. 146, III, e 150, I e III’, ambos da Constituição Federal, fica óbvio que deverão obedecer ao regime jurídico tributário, isto é, aos princípios que informam a tributação, no Brasil. Tal, diga-se de passagem, a jurisprudência do Pretório Excelso” (CARRAZZA, 2003, op. cit., p. 519). Todavia, para o referido autor, estas contribuições, embora possuam natureza jurídica tributária, são qualificadas pela finalidade que devem alcançar, podendo, assim, se revestir da natureza jurídica de impostos ou taxa, conforme as hipóteses de incidência e bases de cálculos (Ibid., p. 520).

Ministro Moreira Alves, reconheceu a todas as contribuições sociais, dentre elas as contribuições para a Seguridade Social, seu caráter tributário²⁸.

1.3.1 Princípios constitucionais em matéria de custeio

Num primeiro momento, cumpre, pois, destacar, dentre todos os princípios ínsitos à Seguridade Social e que estão estatuídos no artigo 194 da CF/88, dois que traduzem diretrizes para a organização do financiamento do Sistema: (i) princípio da “eqüidade na forma da participação no custeio” (artigo 194, parágrafo único, inciso V); e (ii) princípio da “diversidade da base de financiamento” (artigo 194, parágrafo único, inciso VI).

O princípio da “eqüidade na forma da participação no custeio” possui íntima correlação com outros princípios constitucionais tributários, como o da capacidade contributiva e o da progressividade²⁹. Caracteriza-se por representar, na sua essência, norma-padrão a ser rigorosamente respeitada na instituição e cobrança das contribuições para o sistema de Seguridade Social.

Somente com o intuito de aclarar o conteúdo do princípio ora em comento, cabe destacar que o princípio da igualdade, no que diz respeito ao seu aspecto tributário, impõe ao legislador que não discrimine os contribuintes que se encontrem em situação jurídica equivalente, bem como que discrimine, na medida de suas desigualdades, aqueles

²⁸ “Perante a Constituição de 1988, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente. De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. No tocante às contribuições sociais – que dessas duas modalidades tributárias é a que interessa para este julgamento – não só as referidas no art. 149 – que se subordina ao capítulo concernente ao sistema tributário nacional – têm natureza tributária, como resulta, igualmente, da observância que devem ao disposto no art. 146, III, e 150, I e III, mas também as relativas à seguridade social previstas no art. 195, que pertence ao título ‘Da Ordem Social’” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. 2. Tributário. Contribuição Social. Lei n° 7.689/88. Inconstitucionalidade do art. 8° da Lei n° 7.689/88. Precedentes: Plenário. **RE n° 146.733/SP**, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 29.06.1992, DJ de 06.11.1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 19 nov. 2005).

²⁹ Cláudia Salles Vilela Vianna leciona que “o princípio da eqüidade na forma de participação no custeio tem por objetivo distribuir com justiça e retidão o percentual de contribuição cabível à sociedade na manutenção do sistema de Seguridade Social. Toda a sociedade contribui para a manutenção do sistema, mas garante-se por este princípio a progressividade da contribuição conforme a capacidade contributiva de cada um” (VIANNA, C. S. V. **Previdência social: custeio e benefícios**. São Paulo: LTr, 2005, p. 69).

contribuintes que não se encontrem em situações equivalentes, objetivos esses que só serão alcançados pela consideração do princípio da capacidade contributiva³⁰.

Luciano Amaro defende que o princípio da capacidade contributiva possui embasamento na ordem natural das coisas, porquanto onde inexistir riqueza torna-se inútil a tributação. Ainda, segundo o citado autor, este princípio possui outra faceta, isto é, também funciona como preservação do contribuinte ante uma possível tributação excessiva, protegendo seus meios de subsistência, a livre exploração de sua empresa ou, ainda, o livre exercício de outros direitos fundamentais³¹.

Assim, como exigência do princípio da “equidade na forma da participação no custeio”, cada contribuinte do Sistema irá contribuir de acordo com seus meios e recursos financeiros, possibilitando que as ações sociais nas três áreas sejam implementadas em sua totalidade, por meio de contribuições a serem instituídas e arrecadadas de todos, cada qual segundo sua força contributiva.

Uma decorrência lógica dessa regra, por exemplo, é o fato de as contribuições das empresas possuírem bases de cálculo diferenciadas e alíquotas, em muito, superiores às dos trabalhadores e demais segurados do sistema.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, neste ponto, citam a instituição de contribuições das empresas sobre faturamento mensal e lucro líquido, ao lado da contribuição incidente sobre folha de salários e demais rendimentos, como fator decorrente do princípio sob análise³².

Segundo Sérgio Pinto Martins, o princípio da equidade na forma de participação no custeio representa um desdobramento do princípio da igualdade, posto que aqueles que se encontrem em iguais condições financeiras deverão contribuir para o sistema da mesma forma. Para exemplificar a aplicação do mencionado princípio, recorda que o § 9º do artigo 195 da CF/88³³ instituiu, no que se refere às contribuições a serem cobradas das empresas e entidades equiparadas, a possibilidade de criação de alíquotas ou bases de cálculos

³⁰ Para Roque Antonio Carraza “a capacidade contributiva ‘a qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é objetiva, e não subjetiva. É objetiva porque se refere não às condições econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de jóias ou obras de arte, operar em Bolsa, praticar operações mercantis etc). Assim, atenderá aos princípio da capacidade contributiva a lei que, ao criar o imposto, colocar em sua hipótese de incidência fatos deste tipo” (CARRAZZA, 2003, op. cit., p. 80).

³¹ AMARO, L. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137.

³² CASTRO; LAZZARI, 2005, op. cit., p. 90.

³³ Artigo 195, § 9º: “As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra”.

diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra³⁴.

Outra vertente do princípio da equidade na forma da participação do custeio, ainda não muito debatida na doutrina pátria, se refere à noção de solidariedade, que permeia toda a Constituição Federal de 1988, possuindo, inclusive, reflexos na questão tributária e, mais especificamente, no financiamento da Seguridade Social.

Tal ocorre uma vez que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil encontra-se a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, inciso I, da CF/88).

A discussão acerca da noção de solidariedade no âmbito tributário foi objeto de recente julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.105, na qual se questionava a constitucionalidade da instituição de contribuição previdenciária sobre aposentadorias e pensões pagas pelo setor público pela Emenda Constitucional nº. 41/2003.

No citado julgamento restou decidido que referida contribuição era plenamente constitucional, mormente diante da existência do princípio da solidariedade, de extrema relevância no âmbito do financiamento da Seguridade Social³⁵.

Já o princípio da “diversidade da base de financiamento” traduz a eleição do constituinte pela estruturação de um sistema de financiamento da Seguridade Social forte e calcado na previsão de inúmeras contribuições, incidentes sobre as mais variadas bases de

³⁴ MARTINS, 2005, op. cit., p. 80-81. Ainda sobre o tema, Uendel Domingues Ugatti afirma que “o princípio da equidade no custeio da seguridade social não se limita tão-somente à observância do princípio tributário da capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária, visto que a equidade corresponde à busca de justiça no custeio da seguridade social, privilegiando o primado do trabalho, bem-estar e justiça social. O princípio da equidade na forma de participação no custeio possui um plus especializante em face do princípio da capacidade contributiva, obrigando o legislador ordinário, no exercício de seu mister, a considerar outros fatores da atividade econômica da empresa – como condições de trabalho, número de trabalhadores, benefícios sociais concedidos pelo tomador aos trabalhadores etc. – quando da instituição das contribuições para o custeio da seguridade social, *verbi gratia*, com a instituição de alíquotas diferenciadas, nos termos do art. 195, § 9º, da Constituição” (UGATTI, 2003 apud PAULSEN, L. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2004, p. 469).

³⁵ Marciano Seara de Godoi discorre que “a maioria dos Ministros considerou constitucional a contribuição previdenciária em razão da atuação do princípio da solidariedade social, especialmente relevante no âmbito do financiamento da seguridade social. O próprio art. 40 da Constituição, com a redação dada pela EC 41/2003, recorre explicitamente ao valor da solidariedade social. O voto condutor da maioria foi o do Ministro Cezar Peluso, que sublinhou que a posição anterior do STF no sentido da inconstitucionalidade da contribuição dos inativos (ADI 2.010) se dera no contexto de um regime de previdência que a Constituição classificara de contributivo (Emenda Constitucional 20/1998). Nada impedia que a EC 41/2003 adotasse o regime contributivo e solidário, a partir do qual deixava de ser aplicável o argumento do sinalagma absoluto e estrito entre a contribuição e o benefício futuro [...]. Também ponderou o Ministro Relator que, no contexto da ‘solidariedade do grupo’, os servidores aposentados antes da edição da EC 412 ‘não estão à margem do grupo socioeconômico conexo à finalidade da previdência social’” (GODOI, 2005, op. cit., p. 166).

cálculo, a serem arrecadadas de diversos contribuintes³⁶.

Em decorrência da citada regra norteadora, foram previstas no artigo 195 da CF/88 quatro fontes de custeio da Seguridade Social, a saber: (i) do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, sobre a receita ou faturamento e, sobre o lucro; (ii) do trabalhador e demais segurados da previdência social; (iii) sobre a receita de concursos de prognósticos; e (iv) do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar³⁷.

O intuito, no que toca ao referido princípio, foi claro, isto é, com a inserção da citada regra, a ser observada na estruturação do financiamento do Sistema de Seguridade Social, buscou-se imunizar o sistema de qualquer insuficiência ou defasagem de recursos, uma vez que as necessidades nas três esferas dele componentes, tamanha a importância e objetivos a serem perseguidos, não podem sofrer suspensão, interrupção ou limitação.

Dessa forma, ao se impor que o sistema será custeado por diversas fontes de arrecadação, cria-se uma barreira protetiva, evitando-se a ocorrência de impeditivos financeiros, de modo a possibilitar que as metas e objetivos a serem desenvolvidos pelos programas sejam alcançados.

Compreendidas essas duas matrizes, para a organização do financiamento da Seguridade Social, impõe-se a análise seqüencial de alguns princípios constitucionais de caráter específico de custeio, quais sejam: (i) princípio do orçamento diferenciado; (ii) princípio da precedência da fonte de custeio; (iii) princípio da compulsoriedade da contribuição; e (iv) princípio da anterioridade nonagesimal.

Pela interpretação sistemática do artigo 165, § 5º, inciso III, combinado com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 195, todos da CF/88³⁸, é possível verificar que à Seguridade

³⁶ Sérgio Pinto Martins destaca que “até a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, havia uma tríplice forma de custeio da Previdência Social: do ente público, do empregador e do trabalhador. Com a Constituição de 1988, passa a haver uma diversidade de bases de financiamento, que não são apenas três, mas quatro [...]. Nada impede de se instituírem outras fontes de custeio, desde que por lei complementar, não tendo fato gerador ou base de cálculo de imposto previsto na Constituição, nem seja cumulativa (art.195, §4º c/c art.154, I, do Estatuto Supremo)” (MARTINS, 2005, op. cit., p.81-82).

³⁷ Esta última hipótese, ou seja, a instituição de contribuição do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar, foi introduzida no sistema constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional nº 42/2003, por meio da inserção do inciso IV no *caput* do artigo 195 da CF/88.

³⁸ O artigo 165, § 5º, inciso III, determina que “a lei orçamentária anual compreenderá: [...] III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”. Já os §§ 1º e 2º do artigo 195 assim dispõem: “§1º. As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União. §2º. A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos”.

Social foi conferida a prerrogativa de possuir um orçamento próprio, diferenciado do orçamento previsto para a União Federal.

Tal previsão nada mais é do que mais uma consequência da preocupação do constituinte com a sanidade financeira do sistema, uma vez que as áreas componentes da Seguridade Social possuem íntima correlação com o tecido social, abrangendo políticas públicas em campos essenciais à manutenção da dignidade da pessoa humana.

Cabe destacar que o legislador constituinte fez bem ao prever essa separação de orçamentos, mormente após diversas notícias de utilização indevida de recursos, bem como de desvios de numerários do caixa da previdência social ao longo dos tempos.

Discussão interessante, mas que foge aos limites do presente trabalho, diz respeito à possibilidade de atribuição de capacidade arrecadatória a ente não integrante do sistema de Seguridade Social, face ao princípio do orçamento diferenciado acima em destaque. Alguns autores, diante de tal indagação, questionam a legalidade da atribuição à Secretaria da Receita Federal da capacidade para arrecadar contribuições como a COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) e CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido)³⁹.

O princípio da precedência da fonte de custeio está previsto no § 5º do artigo 195 da CF/88, que assim dispõe: “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio social”.

Cumprido, em primeiro lugar, destacar que a Emenda Constitucional nº 1/1969 já previa norma no mesmo sentido, no parágrafo único do artigo 165, que assim determinava: “nenhuma prestação de serviço de assistência ou benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total”.

Por meio deste princípio, buscou o legislador constituinte condicionar o aumento de despesas com o pagamento e manutenção de prestações e serviços nas três áreas da

³⁹ Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari destacam que “José Eduardo Soares de Melo, citando Ives Gandra da Silva Martins, entende que as normas constitucionais do §5º art.165 e do art.195, §§1º e 2º, da Constituição geram a ‘incomunicabilidade dos orçamentos e de sua administração’ e, mais adiante, com esquite na doutrina de Hugo de Brito Machado, afirma que ‘lei que institua contribuição social, com fundamento no art.195, I, da Constituição Federal, indicando como sujeito ativo pessoa diversa da que administra a seguridade social, viola a Constituição’, não discrepando deste arremate as opiniões de Miguel Reale, Sacha Calmon, Gilberto de Ulhoa Canto, Misabel Derzi e Wagner Balera [...]. Apesar disso, indica o mesmo autor que o Supremo Tribunal Federal decidiu que, ‘para que fosse inconstitucional essa forma de arrecadação, necessário seria que a Constituição tivesse criado um sistema de seguridade social cuja realização, em todas as suas etapas, tivesse de ser da competência exclusiva de um órgão autônomo de seguridade social’ (RE 146733-9/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j.29.6.92)” (CASTRO; LAZZARI, 2005, op. cit., p. 92). Destaca-se que a discussão ganhou fôlego com a criação da Secretaria da Receita Previdenciária (Medida Provisória nº 222/2004, convertida na Lei nº 11.098/2005), que assumiu as funções de arrecadar, cobrar e fiscalizar o recolhimento das contribuições previdenciárias anteriormente a cargo do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), sem falar da recente edição da Medida Provisória nº. 258/2005, que, ao unificar as funções da Secretaria da Receita Federal e da Secretaria da Receita Previdenciária, criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão único com funções de arrecadar, cobrar e fiscalizar todos os tributos federais.

Seguridade Social à respectiva indicação da fonte de custeio, em outras palavras, não há como se viabilizar um incremento de despesa orçamentária sem que haja igualmente uma previsão da origem do numerário a ser obtido para fazer frente a esse aumento.

Desse modo, tem-se que o princípio ora em comento possui estreita correlação com o já analisado princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, posto que busca, em última instância, evitar que um aumento de despesas, mediante a criação ou majoração de benefícios ou serviços, sem o respectivo e indispensável respaldo financeiro, venha a comprometer toda a segurança financeira inerente ao bom funcionamento do sistema de Seguridade Social⁴⁰.

Ainda no tocante aos princípios específicos de custeio, merece destaque o conhecido princípio da compulsoriedade da contribuição, por meio do qual todos aqueles eleitos pela Constituição como contribuintes do sistema de financiamento da Seguridade Social estarão obrigatoriamente comprometidos com tais contribuições.

Devido à natureza jurídica tributária das contribuições à Seguridade Social, é lógico concluir que a relação jurídica que se estabelece entre o Estado e os contribuintes decorre da lei (*ex lege*), isto é, se formaliza independentemente da vontade dos particulares, que, assim, deverão obrigatoriamente verter contribuições para o sistema.

Nesse cenário, merece ser recordado que, nos termos do artigo 201, *caput*, da CF/88⁴¹, o pilar da Previdência Social é o único dentre os três integrantes do sistema de Seguridade Social que exige, em contrapartida de seus segurados, a comprovação do recolhimento de contribuições para o sistema.

Assim, tem-se que nem todos os contribuintes do sistema serão por ele beneficiados, seja com o pagamento de prestações, seja com o recebimento de serviços, uma vez que, devido ao princípio da diversidade da base de financiamento, existem diversas fontes de financiamento do sistema, a serem arrecadadas não só dos segurados da Previdência

⁴⁰ Sérgio Pinto Martins destaca que “esse é um princípio que foi desrespeitado diversas vezes em épocas anteriores. A renda mensal vitalícia foi criada pela Lei n.º 6.179, de 1974, porém não existia a necessária fonte de custeio, apesar de haver um superávit com a ampliação dos limites do salário-de-contribuição pela Lei n.º 5.890, de 1973. O mesmo se deu em relação à transferência do salário-maternidade do empregador para a seguridade social, com a Lei n.º 6.136, de 1974, em que se estabeleceu um percentual de 0,3% para o referido custeio, calculado sobre a soma dos salários contidos nas folhas de pagamento das empresas, mas foi diminuída a contribuição do salário-família de 4,3% para 4,0%” (MARTINS, 2005, op. cit., p. 84). Por outro lado, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari recordam que a Lei n.º 9.876/99, ao estender o benefício de salário-maternidade às seguradas enquadradas na categoria de contribuinte individual, houve por bem em majorar a contribuição das empresas incidente sobre os pagamentos feitos aos contribuintes individuais, de modo a assegurar a observância do princípio da precedência da fonte de custeio (CASTRO; LAZZARI, 2005, op. cit., p. 93).

⁴¹ “Art.201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória [...]” (grifo nosso).

Social, que contribuem de forma compulsória, mas também de todos os demais contribuintes elencados no artigo 195 da CF/88.

Observa-se, desse modo, não ser possível a escusa do recolhimento de contribuição à Seguridade Social, em caso de realização da situação eleita pela lei como fato gerador, justamente em virtude de seu caráter compulsório⁴².

Por fim, cabe destacar a existência do princípio da anterioridade nonagesimal, com assento constitucional no artigo 195, § 6º, da CF/88, que assim rege: “as contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art.150, III, b”.

Em decorrência da exceção prevista no citado dispositivo legal, as contribuições para a Seguridade Social não se sujeitam à regra geral do Sistema Tributário Nacional no que é pertinente a anterioridade, como os demais tributos.

Assim, a regra, segundo a qual é vedada a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, III, b, CF/88), sofre mitigação em relação às contribuições para a Seguridade Social, sendo certo que, neste caso, há apenas que ser observado o prazo de 90 (noventa) dias da publicação da lei, após o qual sua exigência poderá ser implementada.

Tal regra de exceção encontra fundamento exatamente na importância da manutenção e continuidade das prestações e serviços ínsitos à Saúde, Previdência Social e Assistência Social, uma vez que essas áreas de política social possuem íntima correlação com necessidades existenciais do ser humano, de modo que, em tais casos, não se justificaria o interstício de um exercício financeiro para a exigência de contribuições, sendo certo, por outro lado, que o prazo conferido para sua vigência (noventa dias) não deixa de atender às necessidades de previsão dos contribuintes, não se caracterizando, assim, a indigitada “surpresa”, tão rejeitada atualmente.

Após analisados os princípios constitucionais atinentes ao custeio do sistema de Seguridade Social, cumpre, ainda, antes de adentrar propriamente na seara penal, tecer algumas considerações sobre as normas legais que disciplinam o procedimento arrecadatório das contribuições previstas no artigo 195 da CF/88, em especial as descritas no inciso I, alínea *a* e inciso II.

⁴² CASTRO; LAZZARI, 2005, op. cit., p. 94.

1.3.2 Normas sobre arrecadação e recolhimento das contribuições previdenciárias

O artigo 195 da CF/88 prevê quatro fontes de financiamento do sistema de Seguridade Social, a saber: (i) da empresa e equiparados, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos, sobre a receita ou faturamento e sobre o lucro; (ii) do trabalhador e demais segurados da previdência social; (iii) da receita de concursos de prognósticos; e (iv) da importação de bens e serviços⁴³.

Todas estas contribuições deverão, nos termos do artigo 149, *caput*, da CF/88⁴⁴, ser instituídas por lei ordinária de competência exclusiva da União, com a ressalva da possibilidade de instituição de outras contribuições, com bases de cálculo diversas das previstas no artigo 195, desde que veiculada por meio de lei complementar (artigo 154, I, c/c artigo 195, §4º, ambos da CF/88).

Há que se ressaltar, contudo, que em que pese ser da União a competência para instituir contribuições para a Seguridade Social, ser possível a transferência do poderes de arrecadar, fiscalizar e cobrar a entes outros.

Cabe, neste ponto, distinguir competência tributária e capacidade tributária. Por competência tributária entende-se o direito de criar tributo, que se esgota com a edição da lei. Após editada a lei, não há que se falar mais em competência, mas em capacidade tributária ativa, compreendida, esta, como sendo o direito de arrecadar o tributo, após a ocorrência do fato gerador. De fato, a competência tributária não sai da esfera do Poder Legislativo, ao contrário, nele se exaure, mediante a edição de lei que veicule a norma jurídica tributária, cabendo apenas a transferência da capacidade tributária ativa⁴⁵.

Destaca-se, ademais, que o artigo 167, inciso XI, da CF/88 impõe uma regra-

⁴³ “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social [...];

III – sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar”.

⁴⁴ Art.149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”.

⁴⁵ CARRAZZA, 2003, op. cit., p. 440-441.

limite, no sentido de impor como vedação: “a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art.195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art.201”.

Tem-se, assim, que, embora todas as contribuições previstas no artigo 195, *caput*, da CF/88 encontrem-se inseridas no sistema de financiamento da Seguridade Social, o próprio legislador constituinte entendeu ser o caso de determinar expressamente, e de maneira inarredável, que os recursos a serem arrecadados com fundamento no inciso I, alínea *a* e no inciso II, ambos do art.195 da CF/88 possuem destinação específica para o custeio das prestações e serviços inerentes à vertente da Previdência Social. Em decorrência da citada regra, tais contribuições para a Seguridade Social passaram a ser denominadas de “contribuições previdenciárias”.

Com isso, resta evidente que o total obtido pela arrecadação de tais contribuições não poderá ser utilizado para pagamento ou manutenção de prestações ou serviços nas áreas da Saúde e Assistência Social. Por outro lado, também é certo afirmar-se que referidas contribuições não são as únicas a custear os programas do pilar da Previdência Social, uma vez que o restante a ser arrecadado com fundamento nos demais incisos e alíneas do artigo 195 (inciso I, alíneas *b* e *c*, inciso III e inciso IV) tem por destinação o sistema de Seguridade Social como um todo, incluindo aí não só as áreas da Saúde e Assistência Social, como também a Previdência Social.

Assim, devido à possibilidade de transferência das funções de fiscalizar, arrecadar e cobrar, aliada à imposição constitucional do artigo 167, inciso XI da CF/88, a capacidade tributária ativa no que diz respeito às contribuições instituídas com fundamento no artigo 195, inciso I, alínea *a*, e inciso II da CF/88, foi atribuída ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), enquanto que a capacidade tributária ativa em relação às demais contribuições, ou seja, as previstas no artigo 195, inciso I, alíneas *b* e *c*, inciso III e inciso IV, da CF/88, foi transferida para SRF (Secretaria da Receita Federal).

A fim de instituir no plano legal as contribuições ditas por “previdenciárias”, bem como no intuito de estabelecer regras disciplinadoras do procedimento arrecadatório, foi editada a Lei nº 8.212, de 24.07.1991, mais conhecida como Plano de Custeio.

Nos artigos 20 a 22 e 24 a 25 da referida lei encontram-se todas as disposições relativas às contribuições “previdenciárias”, isto é, as contribuições devidas pelas empresas e equiparados incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, bem como as contribuições a serem recolhidas pelos segurados do Regime Geral de Previdência Social.

Mais adiante, a Lei nº 8.212/91, em especial em seu artigo 30, cuida das regras a serem observadas quanto à arrecadação e ao recolhimento das contribuições previdenciárias por ela instituídas.

No que diz respeito ao objeto do presente trabalho, merecem destaque as regras previstas no inciso I, alíneas *a* e *b* do citado dispositivo legal, segundo as quais cabe à empresa e aos equiparados arrecadar e recolher as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço⁴⁶.

Verifica-se, assim, que as contribuições devidas pelas categorias de empregado e trabalhador avulso, na qualidade de segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social e em obediência ao disposto no *caput* do artigo 201 da CF/88, devem ser arrecadadas e recolhidas pela empresa ou entidade a ela equiparada a que estejam vinculados⁴⁷.

Ressalta-se que as empresas beneficiárias do instituto da isenção⁴⁸, não obstante estarem dispensadas do recolhimento das contribuições previdenciárias a cargo das empresas, continuam vinculadas às obrigações previstas no artigo 30, inciso I, alíneas *a* e *b*, acima transcrito. Isto significa que estão sujeitas ao dever de promover, mediante desconto na remuneração, a arrecadação, e posterior recolhimento, das contribuições devidas por seus empregados e pelos trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços⁴⁹.

Neste ponto, merece destaque a observação de que, consoante previsão do § 5º do artigo 33 da Lei nº. 8.212/91, há presunção de que o desconto de contribuições e de consignações legalmente autorizadas, aqui se incluindo a obrigação da empresa de promover a arrecadação das contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, mediante o desconto em sua remuneração, sempre tenha ocorrido, na forma e oportunidades reguladas pela lei, não cabendo, por conseguinte a alegação de omissão, com

⁴⁶ “Art.30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I – a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea anterior [...], até o dia dois do mês seguinte ao da competência”.

⁴⁷ Destaca-se que com a edição da Medida Provisória nº 83, de 12.12.2002, artigos 4º e 5º, convertida na Lei nº 10.666, de 08.05.2003, a partir de 01.04.2003 as empresas, exceto as inseridas na exceção do § 3º do artigo 4º da Lei nº 10.666/2003, passaram a ser responsáveis também pela arrecadação das contribuições devidas pelos contribuintes individuais que lhe prestem serviços.

⁴⁸ Deixando de lado a discussão sobre a impropriedade do termo utilizado, isto é, se a previsão constitucional do § 7º do artigo 195 da CF/88 seria de isenção ou de imunidade, tem-se que sua regulamentação legal encontra-se prevista no artigo 55 da Lei nº. 8.212/91.

⁴⁹ É o que determina o § 5º do artigo 209 do Decreto nº 3.048/99: “Aplicam-se à pessoa jurídica de direito privado no exercício do direito à isenção as demais normas de arrecadação, fiscalização e cobrança estabelecidas neste Regulamento”.

intuito de se eximir do recolhimento, ocasião em que se torna diretamente responsável pela quantia que deixou de arrecadar⁵⁰.

Trata-se, na realidade, de exemplo prático do instituto da responsabilidade tributária. O responsável, também conhecido como sujeito passivo indireto, é aquele eleito pela lei como devedor da obrigação tributária. Em regra, o contribuinte, sujeito passivo direto, é que deveria constar no pólo passivo da obrigação (no caso, os segurados empregados e os trabalhadores avulsos). Todavia, em algumas situações o ente político tributante elege para figurar no pólo passivo da obrigação tributária um terceiro, não participante do binômio fisco-contribuinte (no caso a empresa e entidades a ela equiparadas), seja por necessidade, seja objetivando uma maior eficácia arrecadatória⁵¹.

Por outro lado, tem-se que, no caso de recolhimento de contribuições previdenciárias em atraso, há a incidência de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), bem como a imposição de multa de mora, ambos de caráter irrelevável⁵².

⁵⁰ Art. 33. § 5º. O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizada sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei”.

⁵¹ Luciano Amaro, ao discorrer sobre o instituto da responsabilidade tributária, sustenta que “a presença do responsável como devedor na obrigação tributária traduz uma modificação subjetiva no pólo passivo da obrigação, na posição que, naturalmente, seria ocupada pela figura do contribuinte. Contribuinte é alguém que, naturalmente, seria o personagem a contracenar com o Fisco, se a lei não optasse por colocar outro figurante em seu lugar (ou a seu lado) [...]. A eleição desse terceiro, para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, decorre de razões que vão da conveniência até a necessidade. Há situações em que a única via possível para tornar eficaz a incidência do tributo é a eleição do terceiro responsável [...]. Noutros casos, são razões de conveniência (para simplificar a arrecadação, ou para garantir sua eficácia) que determinam a eleição do terceiro como responsável”. (AMARO, 2004, op. cit., p. 295-296).

⁵² É o que determina o artigo 34 da Lei nº. 8.212/91: “As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável”.

A divisão das atribuições de arrecadar, fiscalizar e cobrar entre o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) e a SRF (Secretaria da Receita Federal) perdurou até a edição da Medida Provisória nº. 222, de 04.10.2004, convertida na Lei nº. 11.098, de 13.01.2005, por meio da qual tais atividades, bem como as atribuições para lançar, normatizar o recolhimento e demais correlatas foram transferidas ao Ministério da Previdência Social, por meio da criação da SRP (Secretaria da Receita Previdenciária), órgão diretamente vinculado ao referido Ministério, ao qual foi transferida a capacidade tributária ativa até então exercida pelo INSS⁵³.

A partir deste cenário, o INSS passou a ser somente um órgão concessor e mantenedor de prestações e serviços, ficando a cargo, em caráter exclusivo, da SRP a arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições sociais destinadas ao financiamento da Previdência Social (artigo 195, inciso I, alínea *a*, e inciso II, da CF/88), permanecendo com a SRF as atividades relacionadas à arrecadação das demais contribuições previstas no artigo 195 da CF/88.

A criação desse novel órgão inseriu-se no movimento governista que tinha por objetivo maior a unificação, em uma única entidade da esfera federal, das funções de arrecadar, fiscalizar e cobrar todos os tributos federais, de modo que essa transferência da capacidade tributária ativa do INSS para a SRP caracterizou-se por ser uma transição para a almejada unificação.

Na seqüência, precisamente em 21.07.2005 foi editada a Medida Provisória nº 258/2005, por meio da qual o objetivo de unificação das funções arrecadatórias (arrecadação, fiscalização e cobrança) de todos os tributos federais restou implementado, mediante a criação da RFB (Receita Federal do Brasil).

⁵³“Para esse encargo, a Lei criou a Secretaria da Receita Previdenciária na estrutura do referido Ministério, composta pelos Departamentos de Administração da Receita Previdenciária, de Fiscalização da Receita Previdenciária e de Informações Estratégicas. O primeiro voltado para as atividades de administração tributária da previdência, arrecadação, recuperação de crédito, estudos e normas tributárias. O segundo, para a fiscalização dos contribuintes e segurados. O terceiro dedicado às atividades de pesquisa e investigação, inteligência, análise de risco e controles internos” (CASTRO; LAZZARI, 2005, op. cit., p. 290).

A RFB reúne, em uma única estrutura, todas as funções até então exercidas pela SRF e SRP. O intuito do governo restou bem evidenciado na exposição de motivos, nas quais se enfatiza a busca por uma maior eficiência, ao lado da diminuição de gastos com pessoal e, principalmente, o combate à sonegação dos tributos e contribuições, ao contrabando, ao descaminho e a toda sorte de evasão fiscal⁵⁴.

A citada MP 258/2005 entrou em vigor no dia 15.08.2005, nos termos do disposto em seu artigo 38, inciso II. Todavia, da leitura atenta do artigo 4º, *caput*, e do §1º do artigo 14, tem-se que até 31.07.2006 existiria uma fase de transição, sendo certo que somente a partir de 01.08.2006 todas as atribuições previstas estariam efetivamente reunidas na estrutura da RFB.

Todavia, tal MP perdeu vigência em 18 de novembro de 2005, por não ter sido aprovada pelo Congresso Nacional⁵⁵.

O Poder Executivo, contudo, com o propósito de efetivamente implementar a Receita Federal do Brasil encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 6.272/2005, aprovado pelas Casas Legislativas, que se encontra pendente de sanção presidencial⁵⁶.

Desse modo, até o momento todas as normas relativas à arrecadação, fiscalização, cobrança e atos correlatos continuam sendo regidas pelas normas vigentes antes da edição da MP 258/2005. Em decorrência, as regras acima analisadas, em especial as previstas no artigo 30, inciso I, alíneas *a* e *b*, da Lei nº. 8.212/91, continuam a reger o procedimento arrecadatório

⁵⁴ A exposição de motivos interministerial, datada de 22.07.2005 e assinada pelos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Previdência Social e pelo Advogado-Geral da União, dentre outros argumentos, sustenta que “[...] a superposição de estruturas administrativas para fiscalizar e arrecadar os tributos federais, além de acarretar ônus adicionais à administração pública, vai de encontro ao princípio da eficiência, pela duplicação de esforços e controles, tendo em vista que o universo de contribuintes a serem administrados é comum àqueles órgãos. Esta situação está a ensejar a adoção de medidas de aglutinação das competências dos entes estatais e de racionalização das suas atribuições. Assim, o objetivo central da medida proposta é a unificação das atividades de administração tributária e aduaneira da União, visando a utilização racional e otimizada dos recursos materiais e humanos [...]. As vantagens dessa mudança se refletirão no aumento do efetivo e melhor aproveitamento dos recursos humanos, na eficiente prestação dos serviços demandados pela sociedade, bem como no eficaz combate à sonegação dos tributos e contribuições, ao contrabando, ao descaminho e a toda sorte de evasão fiscal a partir da visão integral que a Administração Tributária terá do sujeito passivo” (BRASIL. Ministérios da Fazenda, Previdência Social, Planejamento, Orçamento e Gestão. **E.M. Interministerial nº 094 – MF/MPS/MPOG/AGU**, de 22.07.2005. Disponível em: <https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Exm/EMI-94MPv258.htm>. Acesso em: 11 out. 2005).

⁵⁵ Conforme dispõe o Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 40/2005 (BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 40**, de 21 de novembro de 2005. DOU 21.11.2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Congresso/atocnmpv258se-05.htm>. Acesso em: 22 ago. 2006).

⁵⁶ Disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2005/msg807-051128.htm>. Acesso em: 22 ago. 2006 e 28 fev. 2007.

no que concerne às contribuições previdenciárias (artigo 195, inciso I, alínea *a*, e inciso II, da CF/88).

Merece ser destacado que a unificação da capacidade tributária ativa relativa aos tributos federais, mediante a criação da RFB, não se encontra em um ambiente pacífico. A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, a título de exemplo, em nota oficial divulgada em 26.09.2005, expressou suas críticas à MP 258/2005, sustentando que a criação da Receita Federal do Brasil por uma medida provisória, aliada à falta de debates na sociedade, coloca em risco a segurança jurídica, minando o equilíbrio entre a autoridade pública e os direitos e garantias do cidadão⁵⁷.

1.4 Projeção criminológica

A Seguridade Social e, em especial no que se refere a esse estudo, a Previdência Social representam importante setor de atuação estatal, demandando esforços excessivos para uma arrecadação eficiente e manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

É certo que inúmeros países buscaram alternativas e soluções de seus problemas previdenciários por meio de edição de reformas nas regras dos regimes de proteção. No Brasil, por exemplo, com esse objetivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais nº. 20/1998 e 41/2003.

⁵⁷ “A criação da ‘Super Receita’ também pode minar a segurança jurídica, um dos elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito [...]. Ao invés de conseguir viabilizar o chamado ‘choque de gestão’ com a racionalização dos recursos e processos: teme-se que a ‘Super-Receita’ poderá colocar em funcionamento um mecanismo gigantesco de arrecadação para sobrepor os interesses do Estado aos da sociedade, quebrando o democrático equilíbrio entre a autoridade estatal e os direitos e garantias do cidadão. É possível mensurar o grau de resistência à MP 258 pelo número de emendas que já recebeu no Parlamento: mais de 500, e pelas medidas judiciais de que é alvo. Todo esse processo de fusão, realizado de afogadilho, pode afrontar as devidas cautelas e as garantias, asseguradas pela Constituição e pelas leis, principalmente quanto à manutenção dos direitos da seguridade social, uma vez que serão colocadas, em um caixa único, as receitas originárias de tributos federais, voltadas a subsidiar o orçamento público e a contribuição previdenciária, ou seja, a poupança do trabalhador” (D’URSO, L. F. B. **Os equívocos da super-receita**. 29 set. 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/incoab3/NoticiasDetalheImpressao.asp?id_noticias=3191>. Acesso em: 11 out. 2005). A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA veiculou, em seu site, artigo da lavra de Rodrigo F M Chaves, no qual também são tecidas críticas à MP 258/2005: “a verdade é que, do modo como está, a MP 258, longe de viabilizar um incremento dos métodos de arrecadação do governo federal, criou o caos na Administração Tributária do país, colocando a previdência social a mercê dos governos, sem a intervenção dos trabalhadores, dos empregadores e dos aposentados. Não podemos tratar as contribuições previdenciárias como um tributo comum, a ser manipulado pelo Governante ao sabor das políticas partidárias, trata-se de custeio da previdência de milhões de trabalhadores, e um direito conseguido após anos de luta, apresentando-se a MPV 258 como uma ameaça adornada de uma falsa eficiência que, ao que podemos deduzir, sequer foi almejada” (CHAVES, R. F. M. **Pele de cordeiro**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/customtags/imprensa.cfm>>. Acesso em: out. 2005).

Todavia, tais mudanças não tiveram êxito no tocante ao saneamento das contas públicas previdenciárias, de modo que a situação exigiu maiores atuações do poder público⁵⁸.

Acresce-se que, não bastasse o desequilíbrio interno do próprio regime geral de Previdência Social, o alegado déficit de arrecadação tinha por origem não só situações de inadimplência, mas, com relevo especial, situações representativas de atuações fraudulentas e com intuito sonegador, tornando inevitável a tomada de outras medidas interventivas diante dos abusos que vinham sendo cometidos.

Neste cenário, cumpre ressaltar que, conforme dados publicados pela Associação Nacional dos Fiscais da Previdência Social, estima-se que em 1998 a sonegação na área rural foi de R\$577,17milhões. Já na área urbana, no que se refere aos autônomos empregadores, alcançou R\$4,725 bilhões. Por fim, na área urbana relativa aos empregados o cálculo é de R\$5,825 bilhões. No âmbito do empregado doméstico é de R\$1,136 bilhões. Somadas todas as quantias, chega-se a assustadora cifra de R\$12,263 bilhões⁵⁹.

Arthur Bragança de Vasconcelos Weintraub, em estudo sobre os crimes contra a Previdência Social, apresenta alguns dados sobre a situação do sistema previdenciário brasileiro. Segundo seu estudo, o déficit da Previdência Social é de R\$48 bilhões (Revista Veja, 29.03.00), que tende a se agravar se se considerar que o número de idosos no país crescerá 156% até 2025 (Jornal O Estado de São Paulo, 23.09.99). Também influencia no equilíbrio das contas do regime previdenciário o fator demográfico, na medida em que a taxa de fecundidade no país em 1999 foi de 2,3 filhos por mulher, índice de países desenvolvidos, sem falar no aumento de 1,8 milhões de idosos no país entre 1995 e 1999 (Jornal O Estado de São Paulo, 21.07.00)⁶⁰.

⁵⁸ Rosângela Slomp assinala que “é na década de 90 que a população brasileira começa a tomar conhecimento da crise da previdência social, cujo déficit é tido como um dos maiores problemas do país. A premente necessidade de arrecadar mais para tapar o rombo da previdência, o crescimento da população de idosos e da expectativa de vida, aliados à insensatez de manter e até aumentar privilégios classistas e altas aposentadorias no setor público, leva o legislador ordinário a dar prevalência ao econômico em detrimento do direito; a usar o terror da pena prisional, ceifando a liberdade do cidadão contribuinte, em detrimento dos consagrados direitos e garantias individuais” (SLOMP, R. **A inconstitucionalidade do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, inc. I do Código Penal)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 36).

⁵⁹ MONTEIRO, M. L. G. A previdência social e a proteção contra a fraude e a sonegação: a empresarialidade delituosa. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 50-55, out./dez. 2001. No mesmo trabalho a citada autora revela que “[...] a evasão, na previdência social, situa-se no expressivo percentual de 30% a 40% de seu potencial de receitas [...] afirma a ANFIP, existem dois tipos de sonegação: a primeira é derivada da evasão de vínculos ao emprego formal; a segunda provém das empresas que recolhem normalmente os valores do FGTS e contribuições previdenciárias, porém se furta dos recolhimentos que só podem ser identificados por meio de severo controle e confronto de dados” (MONTEIRO, 2001, op. cit., p. 50-51).

⁶⁰ WEINTRAUB, A. B. V. A lei de crimes contra a previdência social. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 14, p. 11-14, dez. 2000. Em seu estudo ainda constam os dados: “a Previdência já constatou uma sonegação concreta de R\$60 bilhões (Jornal Nacional, 29.11.99), e segundo o ministro Waldeck Ornelas, a dívida ativa acumulada é de R\$70 bilhões (Jornal O Estado de S. Paulo, 28.06.00)” (Ibid. p. 11).

Assim, diante da ineficácia das soluções até então implementadas para a problemática da evasão de contribuições previdenciárias, muitos países acabaram por fazer uso do Direito Penal. Em alguns casos, inclusive, houve o recrudescimento dos tipos penais anteriormente previstos⁶¹.

O Brasil, conforme se verá no item 1.5.2 também se alinha a esse contexto, sendo certo que a edição da Lei nº. 9.983/2000, que inseriu no Código Penal o artigo 168-A, §1º, inciso I, que descreve a figura típica “apropriação indébita previdenciária”, é exemplo desse movimento⁶².

Todavia, como já alertado por Manoel Pedro Pimentel: “[...] os dados criminológicos são [...] dignos da maior atenção, especialmente por parte do legislador que deve criar os instrumentos legais de repressão aos delitos econômicos”⁶³.

Os dados criminológicos são, assim, de extrema importância, impondo-se sua análise não somente por ocasião da adoção de medidas legislativas de natureza criminal, mas também em momento posterior, de modo a que se constate se tais medidas surtiram o efeito desejado.

Nesse particular, cumpre destacar que, em que pese todo o discurso do legislador ter se dirigido à dignidade do bem jurídico penalmente protegido (Previdência Social), bem como ter se fundamentado na necessidade de tutela penal diante das inúmeras condutas lesivas a ele opostas, efetivamente não se mostra possível concluir que a medida penal adotada tenha se mostrado adequada e eficaz.

⁶¹ Euro Bento Maciel Filho, nesse particular, assinala que “[...] muitos países acabaram fazendo uso do Direito Penal, ou, mais precisamente, da força coercitiva do Direito Punitivo, para ‘obrigar’ os membros da sociedade (principalmente os empresários) a efetuarem o depósito das contribuições sociais, descontadas junto aos empregados [...] com a deflagração da crise e com o aumento do déficit público, muitas Nações se viram obrigadas a incrementar os seus respectivos ordenamentos jurídicos, mediante a inclusão de novos, e mais severos, tipos penais previdenciários, a fim de salvaguardar a Previdência Social” (MACIEL FILHO, E. B. **Crimes previdenciários: uma análise crítica dos delitos clássicos contra a previdência social, à luz da lei 9.983, de 14 de julho de 2000.** 2002. 241 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 26-27).

⁶² Na mensagem nº. 624, que acompanha o Projeto de Lei nº. 933/99, que deu origem à Lei nº. 9.983/00, consta expressamente que: “3) A presente proposta é fruto de uma demorada maturação sobre a experiência adquirida após a Lei de 1991 e de discussões internas dos diversos setores jurídicos e técnicos integrantes da Instituição, visando dotar o aparelho repressivo e judiciário de instrumentos mais eficazes no combate a essa espécie de criminalidade. 4) Esta é mais uma dentre as várias medidas que se vem adotando paulatinamente no combate às fraudes e desvios do patrimônio previdenciário que, em última análise, se constitui em patrimônio do trabalhador” (BRASIL. Mensagem nº. 624. **Diário da Câmara dos Deputados de 14.05.1999.** Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=25156>. Acesso em 17 ago. 2006).

⁶³ PIMENTEL, M. P. **Direito penal econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 29.

Pois bem, conforme dados publicados pelo Instituto Nacional do Seguro Social⁶⁴, houve realmente um aumento no volume arrecadado, conforme demonstra a planilha abaixo:

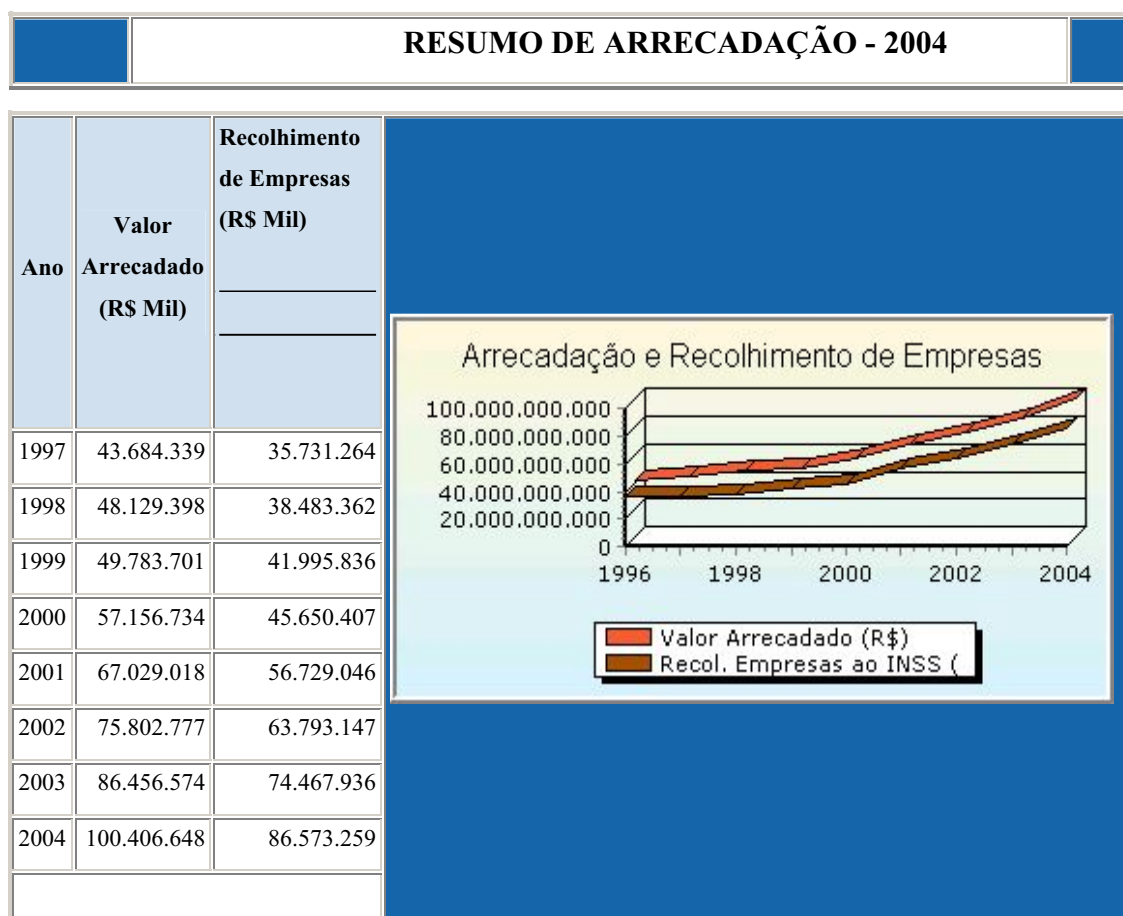


Figura 1 – Planilha de resumo de arrecadação do Instituto Nacional de Seguro Social, 1997-2004.
Fonte: DATAPREV, 2006.

É preciso, contudo, aferir quais os fatores que influenciaram esse incremento de recursos.

O Informe da Previdência Social de Janeiro de 2000 destaca que o desempenho da arrecadação líquida ao longo de 1999 foi positivamente marcado pelos ganhos oriundos dos depósitos judiciais, mas também pela implementação de outras medidas, como a cobrança de contribuições sociais pela justiça do trabalho e a sub-rogação do recolhimento previdenciário de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra⁶⁵.

⁶⁴ DATAPREV. **Base de Dados Históricos do Anuário Estatístico da Previdência Social**. Disponível em: <creme.dataprev.gov.br/infologo/inicio.htm>. Acesso em: 22 ago. 2006.

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Previdência Social. A Previdência Social em 1999. **Informe da Previdência Social**, v. 12, n. 1, jan. 2000a. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/docs/pdf/inf_jan00.pdf>. Acesso em: 5 set. 2006. Também consta que só os recolhimentos oriundos da cobrança de contribuições sociais pela justiça do trabalho renderam ao INSS em 1999, desde o início de vigência da medida (maio/99), R\$ 244,2 milhões. Já em relação à sub-rogação, a arrecadação previdenciária relativa aos setores onde a contratação de prestadores de serviços é recorrente aumentou consideravelmente após a implantação da medida (fevereiro de 1999). O valor recolhido nestes setores entre mar./99 e dez./99 foi de R\$ 2,0 bilhões, um ganho da ordem de R\$ 361,0 milhões em relação à arrecadação efetuada no mesmo período do ano anterior (incremento de 21,5%).

Já o Informe da Previdência Social de Março de 2005 assinala que os fatores que mais contribuíram para esse crescimento foram as elevações no teto do Regime Geral de Previdência Social ocorridas em janeiro e maio de 2004 e o bom comportamento do mercado de trabalho⁶⁶.

Destaca-se, ademais, que pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) também demonstram que o total, das receitas tributárias, auferido por cada esfera de governo, entre os anos de 1999 a 2003, evoluiu. A título de exemplo, no ano de 1999 foram arrecadados, por todas as esferas governamentais (federal, estadual e municipal), R\$302.574.000.000,00 (trezentos e dois bilhões e quinhentos e setenta e quatro milhões de reais), enquanto que no ano de 2003 o total arrecadado foi de R\$529.301.000.000,00 (quinhentos e vinte e nove bilhões e trezentos e um milhões de reais)⁶⁷.

Merecem destaque também os dados veiculados nos Boletins Estatísticos da Previdência Social. Em 1999 a população brasileira era de 160.336.471 (cento e sessenta milhões, trezentos e trinta e seis mil e quatrocentos e setenta e uma) pessoas. Desse total, 86.954.355 (oitenta e seis milhões, novecentos e cinquenta e quatro mil e trezentos e cinquenta e cinco) compunham a população economicamente ativa, sendo certo que 26.720.890 (vinte e seis milhões, setecentos e vinte mil e oitocentos e noventa) eram contribuintes do regime geral de previdência social⁶⁸.

Já em 2004, eram 182.060.108 (cento e oitenta e dois milhões, sessenta mil e cento e oito) brasileiros, dentre os quais 92.860.128 (noventa e dois milhões, oitocentos e sessenta mil e cento e vinte e oito) integravam a população economicamente ativa. Desse

⁶⁶ BRASIL. Ministério da Previdência Social. Saldo Previdenciário e Arrecadação. **Informe da Previdência Social**, v. 17, n. 3, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.mps.gov.br/docs/pdf/informe2005-03.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2006. No mesmo documento consta ainda que o incremento na arrecadação líquida no 1º bimestre de 2005 em relação ao mesmo período de 2004 pode ser explicado por três fatores principais: (i) pela constante melhoria, ao longo de 2004 e em janeiro de 2005, no comportamento do mercado de trabalho formal, com impacto direto nas receitas correntes – que no acumulado de 2005 apresentaram aumento de 10,0% (+R\$ 1.435,4 milhões) em relação ao mesmo período de 2004; (ii) pelo empenho gerencial do INSS na expansão da arrecadação como um todo, com substantivo impacto nas receitas de recuperação de créditos junto a devedores no período (+ R\$ 376,7 milhões); (iii) elevação do teto do RGPS de R\$ 1.869,34 para R\$ 2.400,00 a partir de janeiro de 2004 (já reajustado, em 1º de maio, para R\$ 2.508,72), que ampliou a base de contribuição e elevou as receitas correntes.

⁶⁷ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Sistemas de Contas Nacionais**. Brasil, 2003. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasnacionais/2003/tab26.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2006.

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Previdência Social. Fluxo de caixa do INSS – 2000. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 5, n. 12, dez. 2000b. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13_05-A.asp>. Acesso em: 5 set. 2006.

total, por sua vez, 30.875.570 (trinta milhões, oitocentos e setenta e cinco reais e quinhentos e setenta) eram contribuintes do regime geral de previdência social⁶⁹.

Há que se mencionar, por fim, a evolução da expectativa de vida do brasileiro apurada pelo IBGE, que em 2000 era de 70,43 anos, enquanto que em 2004 alcançou 71,59 anos⁷⁰.

Desse modo, tem-se que o aumento na arrecadação verificado não só em relação à Previdência Social, bem como em relação à arrecadação pública como um todo, é fruto da influência de diversos fatores (econômicos, sociais, políticos), não sendo possível, nesse universo, identificar que papel teve o Direito Penal nesse resultado.

Em outros termos, o fato de se atestar que houve um incremento no total de recursos arrecadados não implica na conclusão de que tal consequência se deve à adoção de medidas de natureza penal.

Pelo contrário, torna-se difícil aferir a participação (acaso minimamente existente) do Direito Penal nesse cenário, o que evidencia ainda mais a necessidade do estudo crítico da posição adotada pelo legislador pátrio no que se refere ao implemento de medidas de caráter penal, em especial a previsão inserta no artigo 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal⁷¹.

1.5 Medidas legislativas de natureza penal em matéria de direito previdenciário

A organização e manutenção de um Sistema de Seguridade Social compõem um dos pilares de sustentação do Estado Social de Direito Democrático.

Em consequência, o Estado vê-se obrigado a implementar medidas protetivas, de modo a assegurar prevalência dos princípios constitucionais, em especial o equilíbrio financeiro e atuarial da Seguridade Social⁷².

⁶⁹ BRASIL. Ministério da Previdência Social. Fluxo de caixa do INSS – 2006. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 11, n. 6, jun. 2006. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13_05-A.asp>. Acesso em: 5 set. 2006.

⁷⁰ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Brasil em síntese**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm>. Acesso em: 8 set. 2006.

⁷¹ Análise crítica essa que se almeja realizar no presente trabalho, fundamentada principalmente nos critérios político-criminais de dignidade e carência de tutela penal.

⁷² Sobre a análise do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial vide item 1.3.1.

Essas medidas podem revestir-se da natureza penal ou extra-penal, a depender da intensidade de proteção que se deseja implementar, aliada à análise do grau de incidência de ofensas à instituição.

Importante se faz ressaltar, pois, que essa opção entre uma tutela penal ou extra-penal envolve o estudo aprofundado do interesse que se deseja proteger, isto é, se torna indispensável debruçar-se sobre o tecido social existente, bem como sobre os diversos agentes nele atuantes.

Nesse contexto, pode-se afirmar que desde tempos remotos o ser humano busca embasamento e fundamentação para suas escolhas de proteção legal no estudo detalhado do comportamento social e de suas diversas manifestações.

Com a esfera penal isso não se mostrou diferente, sendo certo que diversos são os estudiosos que se dedicam ao estudo do fenômeno criminológico, como razão para justificar uma opção político-criminal no sentido de intervenção penal.

Segundo Sérgio Salomão Shecaira, os objetos de estudo da criminologia são o delito, o delinqüente, a vítima e o controle social do delito. Ainda sustenta que, diferentemente do que ocorre com o direito penal que valora, ordena e orienta a realidade, com o apoio de critérios axiológicos, a criminologia almeja conhecer a realidade para explicá-la⁷³.

O referido autor, afirma também que a criminologia e o direito penal são disciplinas autônomas, acrescentando que a criminologia, na atualidade, erige-se em estudos críticos do próprio direito penal, o que afasta a noção de subordinação de uma ciência em relação a outra⁷⁴. Por outro lado, a política-criminal tem como objetivo fornecer aos poderes públicos elementos e opções adequadas ao controle do crime, atuando como elo de ligação entre a criminologia e o direito penal⁷⁵.

⁷³ SHECAIRA, S. S. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁷⁵ Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina discorrem que “[...] a criminologia fornece o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A política criminal, por seu turno, incumbe-se de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos. O direito penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias o saber criminológico esgrimido pela política criminal” (GOMES; MOLINA apud SHECAIRA, 2004, op. cit., p. 41).

Nesse ponto, cumpre destacar que Franz von Liszt⁷⁶, utilizando os elementos fato, valor e norma (desenvolvidos já pelo culturalismo jurídico), elaborou o que se denomina de Modelo Global de Ciência Penal ou Sistema Global de Direito Penal ou, ainda, Ordem Total do Direito Penal.

Nesse modelo de Liszt, ao “fato” corresponderia a “criminologia”; ao “valor”, a “política criminal”; e à “norma” corresponderia a “dogmática jurídico-penal”. Para ele essas três dimensões eram independentes, acabando por reconhecê-las como ciências autônomas.

Jorge de Figueiredo Dias, ao analisar a criação do sistema global de Liszt, afirma que:

⁷⁶ Liszt encontra-se num período de transição entre o positivismo natural e o positivismo jurídico. Jorge de Figueiredo Dias afirma que “foi mérito de Franz von Liszt ter criado, na base das especiais relações intercedentes entre estes vários pensamentos do crime – relações que assim não se confundem com as anteriormente referidas dentro da enciclopédia das ciências criminais – o modelo tripartido do que chamou a ‘ciência conjunta (total ou global) do direito penal’ [...] uma ciência conjunta, esta, que compreenderia como ciências autônomas: a ciência estrita do direito penal, ou dogmática jurídico-penal, concebida, ao sabor do tempo, como o conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a criminologia, como ciência das causas do crime e da criminalidade; e a política criminal, como ‘conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas’. Mas ciências só ‘relativamente’ autônomas, em todo caso. Por isso que, visando por esta via encarecer sobretudo a autonomia da política criminal e da criminologia perante o estudo estritamente jurídico do crime e o seu tratamento ‘dogmático’ e ‘sistemático’, o modelo da ciência conjunta tinha como ponto essencial o dar a compreender que qualquer uma das suas três vertentes seria em último termo relevante para a tarefa da aplicação do direito penal e, por aí, para a tarefa sócio-política de controle do fenómeno do crime” (DIAS, J. F. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.23-24).

[...] como era fruto do reconhecimento, pelo próprio v. Liszt, de que a política criminal se devia remeter (e limitar) à sua função específica de revelar os caminhos da reforma penal, de atuar exclusivamente, por conseguinte, ao nível de *iure constituendo*: ela não detinha competência para influenciar, de qualquer forma, a compreensão, a sistematização e, em definitivo, a aplicação das normas jurídico-penais, não se encontrava titulada para agir ao nível de *iure constituto*. Precisamente para o sublinhar – assim como para se defender, repito, das críticas de desjuridificação da ciência do direito penal que, nesta base, lhe eram dirigidas – formulou v. Liszt uma proposição básica acerca da hierarquização e das relações entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal: [...] o direito penal [e portanto, a dogmática jurídico-penal] constitui a barreira intransponível da política criminal⁷⁷.

Claus Roxin, por sua vez, ao estruturar o movimento do funcionalismo racional teleológico, já em 1970, dizia ser incompreensível que a dogmática penal continuasse a se ater ao dogma lizsteano, segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da política criminal. Política criminal e direito penal deviam, isso sim, integrar-se, trabalhar juntos, sendo este muito mais a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Logo, o trabalho da dogmática é identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível⁷⁸.

O sistema global de Lizst, em que a dogmática jurídico-penal, a política criminal e a criminologia se relacionavam de forma estanque, tinha um razão de ser: visava preservar a dogmática jurídico-penal (tornando-a infensa a interferências políticas), a qual, por sua vez, preservava a interferência na liberdade do indivíduo (objetivo clássico). Em Lizst, assim, a dogmática era o mais importante.

Roxin, contrariamente ao pensamento de Liszt segundo o qual a política criminal que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal estaria fora do âmbito do

⁷⁷ DIAS, 1999, op. cit., p. 27-28. O citado autor, continuando seu raciocínio sobre o pensamento de Liszt, conclui que “para a política criminal restava, deste modo, a função de, baseada nos conhecimentos da análise da realidade criminal, naturalística e empírica – baseada, numa palavra, na criminologia tal como ela era então concebida -, dirigir ao legislador recomendações e propor-lhe diretivas em tema de reforma penal. No que toca, porém, a uma incidência direta sobre o direito penal, tanto a política criminal, como a criminologia só a podiam alcançar dentro de um certo ordenamento jurídico-positivo, subordinadas à aparelhagem conceitual e à plenitude sistemática daquele e sem que sobre o sistema e os seus conceitos pudessem exercer qualquer influência direta” (Ibid., p. 29).

⁷⁸ Para Roxin é exatamente nesse ponto que o funcionalismo de sua escola realiza um progresso fundamental. Segundo ele, os valores e as finalidades fundamentais serão fornecidos pela política criminal, “e não por uma qualquer política criminal, que poderia ser desde a lei e ordem até abolicionista, mas pela política criminal do Estado Social e Democrático de Direito, que adscribe ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, através da prevenção geral e especial, sempre com respeito absoluto aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. As decisões valorativas fundamentais encontram-se, assim, positivadas constitucionalmente, e é dentro desses limites que a política criminal atuará, concretizando-as, racionalizando-as, levando em conta o conhecimento empírico, refletindo sobre alternativas mais eficazes e menos gravosas para a realização destes fins básicos” (ROXIN, C. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a, p. 64-65).

jurídico, defende que atualmente deve ser reconhecido no direito penal que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito⁷⁹.

Para o citado autor, a valoração político-criminal não é mais que um primeiro passo, o fundamento dedutivo do sistema; porém, esta dedução deve ser complementada pela indução, isto é, por um exame minucioso da realidade e dos problemas com os quais se defrontará o valor, que deve ser concretizado nos diferentes grupos de casos. O pensamento de Roxin entende-se como uma síntese do ontológico com o valorativo, devendo o jurista proceder dedutiva e indutivamente ao mesmo tempo⁸⁰.

Não há, pois, para Roxin, como falar em política criminal eficaz se esta desconhece a realidade fática sobre a qual agirá. A idéia de estruturar categorias básicas do Direito Penal através de pontos de vista político-criminais permite que postulados sociopolíticos, mas também empíricos e, em especial, criminológicos possam ser tornados frutíferos para a dogmática jurídico-penal.

⁷⁹ ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002b, p. 12-14. Cabe ressaltar que para Roxin a dogmática jurídico-penal corresponde ao aspecto “De Direito” do modelo de Estado (voltada para a garantia), enquanto que a política criminal corresponde ao aspecto “Social” desse modelo (voltada para a proteção de bens de valores relevantes). A dogmática, por ser inerente ao aspecto “De Direito” corresponde ao método sistemático, necessariamente fechado (estruturação do conceito de crime e suas derivações). A política criminal, por seu turno, corresponde ao método problemático, a partir do qual se busca a tutela dos bens jurídicos mais relevantes. Assim, a política criminal deve solucionar problemas relevantes, chegando à solução mais justa do caso concreto. Para Lizst a política criminal só pode chegar à solução mais justa se estiver dentro do sistema, de modo que se a solução mais justa não se encontrar no sistema não poderá se aplicada, servindo apenas para a edição de futuras normas (*de lege ferenda*). Para Roxin, o que deve ser buscado é uma interação entre dogmática jurídico-penal e política criminal, de tal modo que os conhecimentos obtidos pela política criminal possam ser integrados na dogmática jurídico-penal. Desse modo, a aplicação da dogmática não se dá apenas pela sistemática, mas também pela política criminal (método problemático). Ressalta-se, ainda, que, se o sistema de Roxin substitui as difusas valorações do neokantismo por valorações especificadamente político-criminais, superando o relativismo axiológico, ele não cai no defeito do normativismo extremo, nem no dualismo metodológico. O direito tem de sensibilizar-se para as diferenças entre casos aparentemente iguais, pois só assim conseguirá concretizar o postulado de justiça que exige que sejam tratados de modo diferente os diferentes.

⁸⁰ Roxin argumenta que “fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lizstianiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito” (ROXIN, 2002b, op. cit., p. 20, nota 1). Logo, o sistema de Roxin apresenta-se como uma síntese entre pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente fecundo, porque se esforça por atender, a uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à idéia de direito. Mas também não cai Roxin no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem, contudo, render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema.

Merece atenção, ainda que de modo sucinto, a construção da Escola de Coimbra, que defende uma posição de domínio e transcendência da política criminal dentro do modelo da ciência global.

Jorge de Figueiredo Dias, integrante da referida Escola, defende que a política criminal ganhou uma posição de domínio e mesmo de transcendência face à própria dogmática, de modo que as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal “devem ser determinados e cunhados a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema”. Para essa construção, a política criminal “torna-se uma ciência competente para definir, em último termo, os limites da punibilidade”⁸¹.

Como decorrência última, tem-se que a política criminal “surge como uma ciência transpositiva, transdogmática e trans-sistemática face a um qualquer direito penal positivo. A sua função última consiste em servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação”⁸².

Essas breves considerações sobre o sistema Global de Ciência Penal de Liszt, atualizadas pelo movimento do funcionalismo racional teleológico de Roxin e pela Escola de Coimbra, se fizeram necessárias a fim de propiciar a correta compreensão da função da análise criminológica e seus efeitos.

Por ser da essência da criminologia a função de analisar e observar a realidade, tem-se que os diferentes estudos criminológicos desenvolvidos ao longo dos tempos sempre pautaram pela reflexão da situação vivenciada à época, de modo a indicar ao direito penal as diretrizes a serem seguidas. Assim, o direito penal acabou se desenvolvendo pautado pela proteção dos interesses vigentes em uma dada sociedade, em contraposição aos riscos a eles criados, o que lhe conferiu tradicionalmente um viés privatístico, isto é, a referência à proteção aos interesses e direitos individuais.

Todavia, conforme demonstrado no item 1.1 do presente capítulo, a partir do momento em que houve uma acentuação no aspecto social, os ordenamentos jurídicos viram-se diante da obrigação de implementar medidas de caráter coletivo e, mais recentemente, de caráter difuso, de modo a atender às demandas sociais e aos objetivos de um efetivo Estado Social de Direito Democrático.

Nesse diapasão, começam a ser editadas normas de proteção legal ao trabalhador, ao meio-ambiente, à ordem econômica e social, dentre outras. Tal mudança de enfoque trouxe

⁸¹ DIAS, 1999, op. cit., p. 40-41.

⁸² Ibid., p. 42.

consigo conseqüências importantes na esfera penal, mormente em relação a estruturas do delito e a formas até então utilizadas para a proteção de bens jurídicos relevantes.

Desse modo, a partir da introdução das noções de interesses coletivos e difusos, o estigma, até então consolidado da proteção de bens jurídicos individuais, torna-se superado, o que não significa que tais espécies de bens não mereçam tutela penal, fazendo premente a necessidade de reformulação dos conceitos até então utilizados, posto que os mesmos foram concebidos para atender à demanda de proteção de bens de estrito caráter individual.

É nesse âmbito, pois, que a tutela penal da Seguridade Social se insere⁸³. Para tanto, de modo a propiciar uma melhor análise do objeto de estudo, torna-se necessária uma abordagem, ainda que de forma linear, do tratamento conferido aos delitos perpetrados contra a Seguridade Social, em especial àqueles que afrontam diretamente a Previdência Social, num primeiro momento no cenário internacional e, finalmente, no contexto brasileiro.

1.5.1 Delitos previdenciários nos ordenamentos jurídicos estrangeiros

O sistema de Seguridade Social, em especial a estrutura previdenciária instituída pelo Estado, face à sua já destacada relevância, encontra proteção da esfera penal em diversos países. Entretanto, como ressalta Rosangela Slomp, a maioria dos países sanciona o contribuinte faltoso apenas com penas pecuniárias, sendo certo que, por outro lado, os países que decidem por punições na esfera penal, notadamente com previsão de imposição de penas privativas de liberdade, o fazem apenas nas hipóteses de extrema gravidade, sempre

⁸³ José Angel Brandariz García afirma que “*algunas circunstancias pueden contribuir a contextualizar esta situación de criminalización de los fraudes de cotizaciones en buen número de ordenamientos. Por una parte, el final – en los albores de los años 70 – de la onda larga expansiva de la economía internacional dio paso a una nueva coyuntura, en la cual las incipientes dificultades financieras de los sistemas de protección social subrayan la importancia de los esfuerzos de financiación de los mismos y hacen surgir la preocupación por su viabilidad futura. Por otra parte, en esta nueva etapa económica el trabajo negro y el fraude a la Seguridad Social han alcanzado – como fenómeno común, al margen de su diferente intensidad, a la mayor parte de los países – una magnitud en gran medida desconocida hasta el momento. Desde otra perspectiva, la aparición de tipos penales contra la Seguridad Social puede ser explicada siguiendo la evolución del propio Derecho Penal, en cual, por lo que se refiere al ámbito socioeconómico, há llegado a trascender en las últimas décadas los estrechos límites de los clásicos delitos patrimoniales, lo que, junto a la mayor sensibilidad por la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, há dado lugar a la creación en los diversos ordenamientos de tipos penales específicos que protegen las parcelas más relevantes de la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*” (BRANDARIZ GARCIA, J. A. La protección del patrimonio de la seguridad social: notas de derecho comparado. **Intertemas**: Revista do Curso de Mestrado em Direito, Presidente Prudente, n. 1, p. 11-12, dez. 2000).

associadas à fraude fiscal ou ao elevado valor⁸⁴.

José Angel Brandariz García afirma que no momento atual boa parte dos ordenamentos do continente europeu, assim como outros países pertencentes ao entorno cultural e socioeconômico, prevê tipos penais específicos que protegem os interesses patrimoniais da Seguridade Social, alguns com figuras delitivas que gozam de certa tradição, como na Alemanha e na França, enquanto que a maior parte, como Espanha, Portugal e Hungria com delitos de criação recente⁸⁵.

Pela análise da evolução do tratamento penal, conferido às condutas ofensivas à Seguridade Social nos diversos ordenamentos jurídicos, torna-se possível concluir que tem predominado um enfoque individualista, tanto em relação à danosidade quanto à forma de tipificação penal.

Essa visão é a base das medidas penais adotadas, demonstrada ora pela adoção dos tipos penais patrimoniais tradicionais, ora pela incriminação apenas das condutas referentes às cotas dos trabalhadores. Em decorrência desse corte individualista, aliada à inexistência de um direito penal econômico suficientemente desenvolvido, com estruturas de imputação próprias e tipos especificadamente construídos em função da tutela de bens jurídicos econômicos de caráter supraindividual, diversos ordenamentos jurídicos socorreram-se aos modelos clássicos dos delitos patrimoniais, notadamente o tipo de apropriação indébita⁸⁶.

Outra consequência, desse corte individualista de extremo relevo, é o fato de que alguns países somente prevêm tipos penais referentes às condutas de retenção de cotas dos

⁸⁴ SLOMP, 2003, op. cit., p. 17.

⁸⁵ Brandariz García discorre que “[...] *los injustos de impagos de cotizaciones obreras se integran en el ordenamiento alemán desde 1892, mientras que em Francia el ilícito penal de incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social fue previsto por vez primera em 1934. En España el injusto de defraudación a la Seguridad Social fue introducido en el CP por la L.O. 6/1995; en Portugal la inclusión de los tipos penales contra la Seguridad Social en la Ley nº 20-A/90 se produjo por médio del Decreto-Ley 140/95; En Hungria los delitos contra el sistema de protección social se introdujeron en el CP en una reforma de 1993*” (BRANDARIZ GARCIA, 2000, op. cit., p. 11 e notas 2 e 3).

⁸⁶ Brandariz García, nesse ponto em específico, recorda que essa situação, qual seja, o recurso à utilização de tipos penais patrimoniais tradicionais, se deu em Portugal, Itália e, até a criação em 1995 do novo tipo específico de defraudação de cotas, também na Espanha. No caso de Portugal o artigo 6 do Decreto-lei nº 103, de 09.05.1980, dispunha expressamente que o não pagamento das cotas obreiras previamente descontadas do salário seria sancionada como delito de apropriação indébita. La protección del patrimonio de la seguridad social: notas de derecho comparado (BRANDARIZ GARCIA, 2000, op. cit., p. 12-13). Ainda, ressalta que “*el hecho de que el fraude afecte de forma predominante a un bien jurídico supraindividual – los intereses patrimoniales de la Seguridad Social – pone ya en alerta sobre la inidoneidad de los clásicos delitos patrimoniales para sancionar dicho fenómeno socialmente danoso. La subsunción de los impagos fraudulentos de cuotas en los tipos de apropiación indebida o estafa resulta desafortunada desde una perspectiva político-criminal (en la medida en que quedan al margen de los mismos determinados supuestos de fraude que deberían ser objeto de sanción penal) y presenta conflictos irresolubles con determinados elementos típicos de los referidos injustos*” (Ibid., p. 17-18).

trabalhadores previamente descontadas dos salários, enquanto que o não-pagamento, inclusive o fraudulento, de cotas patronais ou dos trabalhadores não precedidas do desconto constituem mero ilícito extrapenal⁸⁷.

Segundo estudos realizados por Slomp, países como Argentina⁸⁸, Peru⁸⁹, Uruguai⁹⁰ e Venezuela tipificam a conduta do não-recolhimento quando associada à apropriação indébita ou à fraude⁹¹.

⁸⁷ Como ensina Brandariz García, esta é a situação atual da legislação criminal da Áustria, na qual o tipo de retenção empresarial de cotas obreiras previamente descontadas está previsto no § 114 da Lei Geral de Seguridade Social, do Brasil (aqui cumpre destacar que o citado autor se referia ao tipo previsto no artigo 95 da Lei nº 8.212/91) e, até recentemente, em Portugal e na Espanha. (BRANDARIZ GARCIA, 2000, op. cit., p. 14).

⁸⁸ A conduta está prevista no artigo 9º da Lei nº 24.769, de 15.01.1997, que assim dispõe: “*Apropiación indebida de recursos de la seguridad social. Art.9º. Será reprimido con prision de dos a seis años, el agente de retención de aportes del sistema de seguridad social nacional que no depositare, total ou parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, los importes retenidos, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cinco mil pesos (\$5.000) por cada período*”. Euro Bento Maciel Filho destaca a existência de causas extintivas de punibilidade no ordenamento penal argentino, exemplificando com a situação em que o agente aceita o valor apurado na esfera administrativa e paga totalmente a dívida antes da solicitação fiscal para o início da ação penal (MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 59-60).

⁸⁹ O Decreto Legislativo nº 813 (Lei Penal Tributária), em especial pelos artigos 1º e 2º, alínea b, incrimina a conduta do agente que obtenha proveito próprio ou alheio, mediante a utilização de meio fraudulento. Nesse sentido, o artigo 1º determina que: “*El que, em provecho próprio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astúcia, ardil o outra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años*”. Já a alínea b, do artigo 2º impõe que: “*No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo fijan las leyes y reglamentos pertinentes*”. Cabe destacar que César Abanto, em estudo específico sobre o delito de apropriação ilícita das contribuições ao sistema de pensões do Peru, defende que o tipo penal previsto no artigo 4º do Decreto Lei nº 2060, de 07.05.1974, por abordar a questão em específico, não foi objeto de derrogação tácita, mesmo após a edição do Código Penal de 1991 e legislação penal especial posterior, “*en la medida que los elementos que componen este delito son distintos a los de los tipos penales cuya similitud ha pretendido ser alegada en algunas oportunidades*”. Ainda, “*El delito materia de comentario no puede ser asimilado por el delito de apropiación ilícita (tipo básico), violación de la libertad de trabajo (texto original del segundo párrafo) o defraudación tributaria, atendiendo a su especialidad normativa*”. O citado artigo 4º do Decreto Lei nº 2060/74 assim determina: “*Artículo 4 – Constituye delito de apropiación ilícita la falta de pago por el empleador al Seguro Social del Perú de las aportaciones correspondientes al Sistema Nacional de Pensiones y a los regímenes de prestaciones de salud, retenidas a los asegurados obligatorios que no fueran abonadas dentro de los 60 días contados a partir del vencimiento del término para hacerlo. La sanción será en este casos la señalada en la primera parte del artículo 240 del Código penal. El pago de las aportaciones retenidas, dentro de los 30 días de iniciada la acción penal, producirá la extinción de la misma, salvo que hubiere reincidencia en el delito*” (ABANTO, C. El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al sistema nacional de pensiones: su relación con el código penal de 1991 y la legislación penal peruana. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima (Peru): IDEMSA, n. 11, p. 77-88, 2002. (edición especial sobre el Código Penal Peruano).

⁹⁰ A legislação uruguaia também elege como modelo para a tipificação da conduta o delito de apropriação indébita, por meio da Lei nº 11.496, de 27.09.1959, que assim rege: “*Los patronos que no viertan los aportes descontados a sus obreros y empleados, dentro del término previsto por el art.11 de la ley 6962, incurrirán en el delito de apropiación indebida*”. Já o código penal uruguaio, em seu artigo 351, impõe que: “*Apropiación indebida – El que se apropiare, convirtiéndolo en su provecho o en el de un tercero, dinero u outra cosa mueble, que le hubiera sido confiado o entregada por cualquier título que importare obligación de restituirla o de hacer un uso determinado de ella, será castigado con tres meses de prision a cuatro años de penitenciaría*”.

⁹¹ Rosangela cita que “o Código Orgânico Tributário da Venezuela indica ‘tributos retidos ou recebidos’ como o faz a legislação do Peru. Também é concedido ao contribuinte um prazo de três meses para a efetivação do pagamento. Transcorrido esse prazo é que poderá o contribuinte sofrer a sanção penal que está entre seis meses e três anos de prisão”. (SLOMP, 2003, op. cit., p. 20).

Países como Portugal, Alemanha e Espanha também tipificaram condutas lesivas ao patrimônio da Seguridade Social.

Em Portugal, por exemplo, a matéria encontrava-se sistematizada no Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA), instituído pelo Decreto-Lei n.º 20-A, de 15.01.90, posteriormente modificado pelo Decreto-Lei n.º 349/93, em especial em seu artigo 24, que aborda o tipo penal de “abuso de confiança fiscal”⁹².

Pela sistemática adotada pelo ordenamento jurídico português, o que se punia era o abuso de confiança mediante a apropriação de prestação fiscal e não o mero não-recolhimento da contribuição. Ainda, destaca-se que a legislação portuguesa previa situações específicas para os casos em que a quantia não repassada fosse mínima, onde seria aplicada apenas multa ou, pelo contrário, em alcançando as prestações devidas e não repassadas um montante considerável, existia previsão de imposição de pena privativa de liberdade, o que demonstra que o ordenamento português procurou somente penalizar com sanções extremas (privativas de liberdade) aquelas situações em que ocorra efetivamente uma grave ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado (Seguridade Social).

Posteriormente, devido às necessidades de adaptação da legislação portuguesa às novas exigências da União Europeia, foi editado o Decreto-lei n.º 15, de 05 de junho de 2001, que instituiu o “Regime Geral das Infracções Tributárias” (RGIT), prevendo em seu capítulo IV, notadamente nos artigos 106 (“fraude contra a segurança social”) e 107 (“abuso de confiança contra a segurança social”), os crimes previdenciários.⁹³ Observa-se que a figura

⁹² “Artigo 24 (Abuso de confiança fiscal). 1. Quem se apropriar, total ou parcialmente, de prestação tributária deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar ao credor tributário será punido com pena de prisão até três anos ou multa não inferior ao valor da prestação em falta nem superior ao dobro sem que possa ultrapassar o limite máximo abstractamente estabelecido. 2. Para os efeitos do disposto no número anterior, considera-se também prestação tributária a que foi deduzida por conta daquela, bem como aquela que, tendo sido recebida, haja obrigação legal de a liquidar, nos casos em que a lei o preveja. 3. É aplicável o disposto no número anterior ainda que a prestação deduzida tenha natureza parafiscal e desde que possa ser entregue autonomamente. 4. Se nos casos previstos nos números anteriores a entrega não efectuada for inferior a 250.000\$, o agente será punido com multa de até 120 dias. 5. Se nos casos previstos nos números anteriores a entrega não efectuada for superior a 5.000.000\$, o crime será punido com prisão de um até cinco anos. 6. Pata instauração do procedimentos criminal pelos factos previstos nos números anteriores é necessário que tenham decorrido 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação”.

⁹³ “Artigo 106 – Fraude contra a segurança social. 1 – Constituem fraude contra a segurança social as condutas das entidades empregadoras, dos trabalhadores independentes e dos beneficiários que visem a não liquidação, entrega ou pagamento, total ou parcial, ou o recebimento indevido, total ou parcial, de prestações de segurança social com intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial ilegítima de valor superior a €7500”. “Artigo 107 – Abuso de confiança contra a seguridade social. 1 – As entidades empregadoras que, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros dos órgãos sociais o montante das contribuições por estes legalmente devidas, não o entreguem, total ou parcialmente, às instituições de segurança social, são punidas com as penas previstas nos n.ºs 1 e 5 do artigo 105” (MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 55 e 58).

delitiva prevista no artigo 107 do RGIT se assemelha ao delito de apropriação indébita previdenciária brasileiro (artigo 168-A do CP), com redação dada pela lei nº 9.983/2000.

A Alemanha, por seu turno, prevê a figura da fraude fiscal no § 370 da *Abgabenordnung* de 1977⁹⁴, incriminando condutas ativas ou omissivas de caráter desleal, ou seja, que denotem nítido traço fraudulento. Rosário de Vicente Martínez destaca que a incriminação do não-pagamento da cota do trabalhador é punida desde 1892 pela Lei de Seguridade Social da Alemanha. Acresce que a Lei de Repressão da Delinquência Econômica de 1986 incorporou ao Código Penal Alemão a figura delitiva de omissão de ingresso das cotas de Seguridade Social por parte do empresário, com imposição de pena privativa de liberdade de até cinco anos e multa, sendo possível ao juiz, no entanto, deixar de impor a pena caso o empresário informe, por escrito, o total da quantia retida e os motivos da omissão⁹⁵.

Em conformidade com o que já restou afirmado no tocante ao caráter obsoleto da concepção da fraude sob uma ótica individualista, pertinente à lesividade apenas do patrimônio do trabalhador, bem como ante a impropriedade da técnica legislativa de utilização de tipos penais pensados para os delitos patrimoniais tradicionais, Brandariz García destaca a evolução do ordenamento jurídico alemão no que diz respeito à tutela penal da Seguridade Social, uma vez que o injusto hoje vigente naquele ordenamento jurídico (§ 266a StGB⁹⁶), incrimina o não-pagamento das cotas obreiras, tendo ocorrido o desaparecimento, em relação à legislação anterior, do requisito do prévio desconto salarial, fator que denota a introdução no sistema dos novos conceitos de bens jurídicos supra-individuais, no caso, os interesses

⁹⁴ *Abgabenordnung*: “Código Fiscal; Código Geral de Impostos” (tradução livre). Rosangela Slomp discorre que “esse dispositivo incrimina e pune a título de *Steuerhinterziehung* (“sonegação de impostos; fraude fiscal” – tradução livre) quem: ‘1. Prestar às autoridades fiscais ou outras autoridades declarações falsas ou incompletas sobre factos com relevância fiscal, 2. Omitir às autoridades fiscais informações que esteja obrigado a prestar sobre factos com relevância fiscal e, por essa via, obtiver para si ou para terceiro, um benefício fiscal indevido’”. (SLOMP, 2003, op. cit., p. 23).

⁹⁵ MARTINEZ, R. V., 1991 apud SLOMP, 2003, op. cit., p. 23.

⁹⁶ “§ 266a StGB alemán. ‘Retención y malversación del salario. (1) El empresario que retenga cotizaciones del trabajador a la Seguridad Social o al Instituto Federal del Trabajo será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa. (3) El miembro de una caja asimilada que retenga a la entidad recaudadora cotizaciones a la Seguridad Social o al Instituto Federal del Trabajo que haya recibido de su empresario será sancionado con pena de multa. (4) Se equiparan al empresario el mandante de un trabajador a domicilio, de un jefe de taller a domicilio, o de una persona que em el sentido de la Ley de Trabajo a domicilio se equipara a éstas, así como el intermediário. (5) En los casos del párrafo 1 el tribunal puede renunciar a la punición si el empresario, como máximo en el momento de vencimiento o inmediatamente después, comunica a la entidad recaudadora por escrito: 1. la suma de la cotizaciones retenidas y 2. explica por qué no fue possible el pago, a pesar de haberse esforzado seriamente por efectuarlo. Si si dan los presupuestos del párrafo 1 y se ingresan las cotizaciones posteriormente dentro de un plazo adecuado determinado por la entidad recaudadora, el autor no será sancionado. En los casos del párrafo 3 son válidos igualmente los incisos 1 y 2’” (BRANDARIZ GARCÍA, 2000, op. cit., p. 31).

patrimoniais da Seguridade Social⁹⁷.

A Espanha, por meio da Lei Orgânica nº 6, de 29.06.1995 teve, pela primeira vez, a previsão de um injusto relativo à defraudação da Seguridade Social, pela introdução do artigo 349 *bis* em seu Código Penal de 1973. Destaca-se que até a criação desse tipo específico era freqüente recorrer-se à figura do delito de apropriação indébita para sancionar casos de fraude de cotas previdenciárias⁹⁸.

⁹⁷ BRANDARIZ GARCIA, 2000, op. cit., p. 16. O citado autor ressalta, ademais, que “*ante la cuestionable restricción del tipo penal de impago de cuotas obreras a los casos de retención salarial, el legislador alemán excluyó del injusto del actual § 266a StGB la exigencia típica del previo descuento de las retribuciones, con lo que la doctrina entiende hoy de forma prácticamente unánime que dicho ilícito engloba todos los pagos de cuotas obreras, con independencia de que las sumas retenidas no procedan de los sueldos de los trabajadores. Sin embargo, esta modificación del tipo, que aleja la conducta prohibida del modelo de la apropiación o administración fraudulenta de sumas de dinero ajenas, há hecho surgir en um sector de la doctrina dos interrogantes capitales: en primer lugar, qué fundamenta ahora la exclusión que ha sido abiertamente criticada; en segundo lugar, qué elementos cualifican en la actualidad el desvalor del comportamiento, evitando que el ilícito del § 266a StGB constituya una mera infracción de deber, escasamente respetuosa de los postulados limitadores del ius puniendi*” (Ibid., p. 20). Maciel Filho assinala a existência de discussão na doutrina alemã acerca da necessidade do prévio desconto, nos salários dos trabalhadores, das contribuições sociais, no que se refere ao crime previsto no §266^a do StGB, reconhecendo que atualmente prevalece a corrente que defende a desnecessidade desse anterior desconto salarial, concluindo pela caracterização do delito do §266a do StGB como puramente omissivo (Ibid., p. 41).

⁹⁸ BRANDARIZ GARCÍA, 2000, op. cit., p. 13. José Antonio Martínez Lucas informa que “*los intentos que han tratado con anterioridad de regular la defraudación del pago de las cuotas de la Seguridad Social han sido los siguientes: Proyecto de 25 junio 1971, Proyecto de Código Penal de 1980 y Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983*” (MARTINEZ LUCAS, J. A. Estudios jurídicos sobre el delito contra la seguridad social. **Actualidad Penal**: Revista Semanal Técnico-Jurídica De Derecho Penal, Madrid, n. 28, p. 515, 1996a). Rafael Escobar Jiménez discorrendo sobre os antecedentes do tipo penal do artigo 307 do atual CP Espanhol, recorda que “*la STS 26-3-55 entendió que tales conductas no constituían apropiación indebida pues las cantidades descontadas no provenían de otro patrimonio que creara en el empresario la obligación de devolverlas. Es a partir de la sentencia 30-10-71 cuando el Tribunal Supremo cambia de doctrina y afirma la existencia del delito de apropiación indebida. Tal línea jurisprudencial (por ejemplo, SSTS. 15-2-94, 4-7-94 y 25-4-95), que en lo esencial se mantendrá invariable, sostiene que el delito aparecerá cuando el empresario descuenta de la nómina de los trabajadores la parte que há de retenerse para el pago de la cuota y se lo quede para sí (apropiación) o para su empresa (distracción), pues adquirió aquella cantidad en concepto de depósito con la obligación de darle para el que se retuvo [...] Como excepción, no existirá el delito (SSTS. 4-7-97; 25-4-95) en aquellos acreditados casos en que la empresa, por absoluta falta de liquidez, se desenvuelve con una carencia de capacidad económica. Las retenciones son entonces ficticias. Cuando no hay dinero es obvio que este no puede distraerse o apropiarse indebidamente. En este estado de cosas se publicó la Ley Orgánica 6/95 [...]” (ESCOBAR JIMÉNEZ, R. Los delitos contra la seguridad social. In: SERRANO BUTRAGUEÑO, I.; RODRIGUEZ GARCIA, J. L. **Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial**. 4. ed. Madrid: Expansión: Garrigues & Andersen, 1999, p. 400). Maria Teresa Castiñeira, ao comentar uma decisão proferida pelo Tribunal Supremo Espanhol de 03.01.1984, na qual o não repasse à Seguridade Social das cotas retidas dos trabalhadores foi configurado como delito de apropriação indébita, afirma que “*en efecto, en los últimos años se observa un constante recurso al Derecho penal y parece olvidarse que no basta la inclusión de una disposición en el Código penal, o una interpretación que permita subsumir conductas distintas a las tradicionales en un determinado artículo, para resolver un problema determinado. La prevención de comportamientos que se consideran indeseables no pasa siempre y necesariamente por el establecimiento de una sanción penal [...] No parece que la utilización del Derecho penal haya evitado ni disminuido el fraude a la S.S., es decir que no ha cumplido el efecto de prevención que se le asigna [...] Pero, si realmente se considera necesario el recurso al Derecho penal, y dado lo dudoso y discutible de la incriminación como delito de apropiación indebida, creo que es indispensable la incriminación expresa*” (CASTIÑEIRA, M. T. El impago a la seguridad social de las cuotas retenidas a los trabajadores como delito de apropiación indebida: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1984. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 3, p. 611-612, enero/abril 1985).*

Atualmente a matéria é regida pelo artigo 307 do novo Código Penal Espanhol, aprovado pela Lei Orgânica nº 10, de 23 de novembro de 1995, situado no Título XIV do Livro II, sob a denominação de “delitos contra a Fazenda Pública e contra a Seguridad Social”⁹⁹.

⁹⁹ “Art.307 CP español. 1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social para eludir el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obtener indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutar de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida y con ánimo fraudulento, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de quince millones de pesetas será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía. Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social; b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social. 2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses. 3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en casos de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

O citado artigo 307 exige, para a configuração do tipo penal, a caracterização da fraude, além de requerer também a superação de uma quantia mínima, no caso, “*quince millones de pesetas*”, condição essa que, para a maioria da doutrina, consubstancia-se em elemento integrante do tipo, e não mera condição objetiva de punibilidade, uma vez que situações de defraudações inferiores a tal numerário encontram-se na seara dos ilícitos administrativos¹⁰⁰. Assim, tem-se que o tipo penal espanhol exige um prejuízo patrimonial obtido mediante a utilização do engano.

Acresce-se que o referido tipo penal prevê que o citado prejuízo patrimonial deve advir seja da ilusão de pagamento, seja por meio da obtenção de devoluções indevidas ou, ainda, seja mediante as realizações de indevidas deduções.

Outra importante consideração diz respeito ao elemento subjetivo, uma vez que se constata ser indispensável a presença do ânimo fraudulento para a configuração do delito, de modo que quando inexistir tal intenção especial (fraudar), não haverá delito, como nos casos de escrituração regular e de apresentação de documentos, ainda que desacompanhada do efetivo pagamento das cotas à Seguridade Social, uma vez que pelas circunstâncias concorrentes nas situações narradas não se mostra possível deduzir a existência da intenção fraudulenta, elemento integrante do tipo subjetivo¹⁰¹.

Cumpram também mencionar a existência de causa de exclusão da responsabilidade penal nos casos em que ocorrer a regularização da situação perante a Seguridade Social, nas

¹⁰⁰ José Antonio Martínez Lucas assinala que “*al igual que en el delito contra la Hacienda Pública, se plantea el problema de si la cuantía de la cuota defraudada tiene la consideración de un elemento del tipo o es una condición objetiva de punibilidad. Creemos que se trata de un elemento del tipo, ya que por estar en presencia de un delito de resultado la cuantía exigida es un elemento necesario para la existencia del tipo objetivo. No puede hablarse de condición objetiva de punibilidad por no ser una condición (hecho futuro e incierto) ni la cuantía defraudada a la Seguridad Social se encuentra causalmente desvinculada de su conducta y se adecúa mejor al Derecho Penal basado en la culpabilidad*”. (MARTINEZ LUCAS, J. A. El nuevo delito contra la seguridad social. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid, n.1, p. 168, enero/abr. 1996b). Rafael Escobar Jiménez informa que o Tribunal Superior Espanhol, por seu Pleno, em reunião realizada no dia 17.11.1997, decidiu que as defraudações inferiores a quinze milhões de pesetas carecem de tipicidade e caracterizam meros ilícitos administrativos. Ainda, ressalta que referida posição foi seguida pelas decisões de 21 e 24 de novembro de 1997 (ESCOBAR JIMÉNEZ, 1999, op. cit., p. 416). Isidoro Blanco Cordero afirma que o citado limite quantitativo (quinze milhões de pesetas) marca a fronteira entre o delito e a infração tributária, ou seja, o legislador considera que as sanções administrativas não são suficientes para proporcionar uma adequada proteção ao bem jurídico, e, assim, recorre à tipificação da conduta como delito. Ainda, em razão dessas considerações, defende que tal limite deve estar abrangido pelo dolo (BLANCO CORDERO, I. Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social. **Eguzkilore: Cuaderno Del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, n. 14, p. 21, 2000). Maciel Filho, por sua vez, defende a idéia de que ser o valor pecuniário arbitrado pelo legislador espanhol uma verdadeira questão prejudicial ao *ius puniendi* estatal, consubstanciando-se em uma condição de procedibilidade (MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 45).

¹⁰¹ Rafael Escobar Jiménez leciona que, ao inserir no tipo penal a exigência da caracterização da fraude, há que se concluir, pelos princípios hermenêuticos, que se excluem do âmbito punitivo aqueles que tenham apresentado os documentos sem nenhum artifício fraudulento, ainda que não realizado o pagamento, restando evidente que o legislador não teve o intuito de estabelecer nova hipótese de prisão por dívidas (ESCOBAR JIMÉNEZ, 1999, op. cit., p. 405).

condições e prazos mencionados no artigo 307, 3. Como assinala Martínez Lucas, esta exclusão manifesta que o bem jurídico protegido direta e imediatamente é o patrimônio da Seguridade Social¹⁰².

Acresce-se que, como bem restou destacado por Rosangela Slomp, devido à redação do tipo penal do artigo 307 do Código Penal Espanhol de 1995 não diferenciar cota devida pelo empregador de cota devida pelo empregado, a doutrina espanhola se divide quanto à aplicabilidade do referido delito para ambas as hipóteses, existindo doutrinadores que propugnam pela aplicação do delito tradicional de apropriação indébita previdenciária para os casos de contribuições dos trabalhadores (artigo 252 do CP), em detrimento da figura especial do artigo 307 do CP, enquanto outros defendem a plena aplicação do delito ora em comento às duas situações¹⁰³.

A França optou por sancionar especificamente a conduta empresarial de não-repasse de cotas obreiras que tenham sido retidas mediante desconto dos salários, mediante previsão, no artigo R244-3 do Código da Seguridade Social de 1985 (CSS), enquanto outras condutas também lesivas à Seguridade Social são tratadas de modo diferente, isto é, como ilícitos menores (artigos L244-12, L244-13 y L244-14 do CSS). Importante se faz observar que para a caracterização da conduta de apropriação indébita previdenciária francesa basta que o empresário deixe de repassar aos cofres da Previdência, na época devida e por qualquer motivo, as contribuições descontadas de seus empregados, daí o entendimento de ser um delito omissivo, por se consumir com a mera omissão contributiva, o que afasta a exigência de dolo específico¹⁰⁴.

Maciel Filho assinala que o ordenamento jurídico francês vem sendo alvo de inúmeras críticas, tamanha a benignidade com que trata os atos lesivos ao patrimônio da Seguridade Social. Segundo o autor, as infrações cometidas contra a Seguridade Social previstas no CSS Francês classificam-se como “contravenções”, o que revela a idéia de uma reprovabilidade menor. Assim, exceto na hipótese de reincidência da conduta de apropriação indébita previdenciária (R244-3), situação em que se torna possível a cominação de pena

¹⁰² MARTINEZ LUCAS, 1999b, op. cit., p. 184.

¹⁰³ Na primeira situação se posicionam Rosário de Vicente Martínez (VICENTE MARTINEZ, R. **Los delitos contra la seguridad social en del código penal de la democracia**. Madrid: Madrid, 1996, p. 71) e Francisco Muñoz Conde (MUÑOZ CONDE, F. **Derecho penal**: parte especial. 11. ed. Valencia: Tirant lo blach, 1996, p. 908-911). Já na defesa do segundo posicionamento estão Carlos Suárez González (RODRIGUES MORULLO, G.; JORGE BARREIRO, A; SUÁREZ CONZÁLEZ, C. **Comentarios al código penal**. Madrid: Civitas, 1996, p. 882-885), Carlos Martínez Pérez (MARTINEZ PÉREZ, C. **Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social**. Madrid: Tecnos, 1995, p.78-90) e José Manuel Valle Muniz (QUINTERO OLIVARES, G.; VALLE MUÑIZ, J. M. **Comentarios a la parte especial del derecho penal**. Barcelona: Aranzadi, 1997, p.766-787). SLOMP, 2003, op. cit., p. 25-26.

¹⁰⁴ MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 35.

privativa de liberdade de até dois anos (artigo L244-6 do CSS de 1985), todas as demais condutas previstas são apenadas com sanções pecuniárias¹⁰⁵.

Por fim, cabe mencionar que a Itália também adotou, por meio da inserção do artigo 2º.1 *bis*, pela Lei nº 638, de 11 de novembro de 1983, à Lei nº 689, de 24 de novembro de 1981, a figura da apropriação indébita para tutelar penalmente a Seguridade Social¹⁰⁶, sem ficar, todavia, isente de críticas por parte da doutrina majoritária¹⁰⁷.

1.5.2 Histórico evolutivo da tutela penal do patrimônio da Seguridade Social no direito brasileiro

Pela análise do histórico legislativo brasileiro, verifica-se que a preocupação com a tutela penal do patrimônio da Seguridade Social, em específico da Previdência Social¹⁰⁸, data de 1937, porquanto naquele ano restou editado o Decreto-lei nº 65, de 14 de dezembro, o qual, por seu artigo 5º¹⁰⁹, equiparava a falta de recolhimento das contribuições previdenciárias, no prazo estipulado, ao delito de apropriação indébita, seguindo a tendência já analisada em relação aos ordenamentos jurídicos estrangeiros, os quais, em sua maioria, adotavam a figura tradicional do crime patrimonial de apropriação indébita para a proteção penal do patrimônio da Previdência Social.

¹⁰⁵ MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 32-34.

¹⁰⁶ “*Art.2.1-bis Ley 11 noviembre 1983, n. 683 italiana. La omisión del ingreso de las retenciones a las que se refiere el párrafo 1 [las retenciones de previsión y asistencias realizadas por el empresario sobre las retribuciones de los trabajadores dependientes] se pena con reclusión de hasta tres años y con multa de hasta dos millones. El empresario no es penalmente responsable si procede al ingreso en el plazo de tres meses desde el requerimiento o desde la notificación de la infracción*”. Brandariz García, La protección del patrimonio de la seguridad social: notas de derecho comparado. **Intertemas**: Revista do Curso de Mestrado em Direito (Associação Educacional Toledo), Presidente Prudente, n. 1, p. 32, dez. 2000. Maciel Filho ressalta que o referido tipo penal previsto na Lei n. 638/1983 foi posteriormente modificado, de forma significativa, pelos Decretos legislativos n. 338, de 09.10.1989 e nº211, de 24.03.1994 (Ibid., p. 38).

¹⁰⁷ BRANDARIZ GARCÍA, 2000, op. cit., p. 13-14 e nota 9.

¹⁰⁸ Uma vez que, como já restou demonstrado no item 1.1 do presente capítulo, a noção de Seguridade Social, como sistema de proteção envolvendo as áreas da Saúde, Previdência Social e Assistência Social, somente foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁹ “*Art.5º. O empregador que retiver as contribuições recolhidas de seus empregados e não as recolher na época própria incorrerá nas penas do art.331, n.2, da Consolidação das Leis Penais, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas neste Decreto-lei*”. Maciel Filho recorda que o citado artigo 331, n.2, da Consolidação das Leis Penais tratava do crime de furto por equiparação, possuindo conduta típica hoje definida como apropriação indébita, uma vez que este último delito somente tornou-se figura autônoma em 1940 (MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 65, nota 92).

Acresce-se que o mesmo Decreto-lei previa, em seu artigo 3º, a imposição na esfera administrativa de penalidade pecuniária para o não-recolhimento, na época própria, das contribuições devidas aos Institutos ou Caixas de Aposentadorias e Pensões.

Assim, o Decreto-lei nº. 65/37 buscou incriminar a conduta daquele empregador que, tendo efetuado a retenção das contribuições devidas por seus empregados, não as repassa, no prazo devido, aos Institutos Previdenciários existentes à época, sendo certo que todos os demais atos atentatórios ao patrimônio da Previdência Social ficaram sem sanção penal, tais como a prática de atos fraudulentos, com intuito de evitar a incidência de contribuição.

A Lei nº. 3.807, de 26 de agosto de 1960, conhecida por Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), foi promulgada com o objetivo de consolidar toda a legislação até então existente sobre o sistema previdenciário brasileiro. Em seu corpo restou inserido, por meio do artigo 86, norma penal incriminadora, sem, contudo, significar uma alteração da visão do legislador de 1937, porquanto a conduta típica continuava a possuir tratamento semelhante ao delito de apropriação indébita, com a previsão de sanção penal para a conduta de falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e quaisquer importâncias devidas às instituições de previdência social que tenham sido objeto de arrecadação dos segurados ou do público¹¹⁰.

Ainda, há que se recordar a previsão do artigo 155 da LOPS no sentido de imposição de multa, em sede administrativa, para os casos de infração aos dispositivos nela estabelecidos, o que inclui a obrigação de repassar ao sistema previdenciário as importâncias arrecadadas dos segurados ou do público.

Maciel Filho assinala que a redação original do artigo 155 da LOPS, juntamente com a de outros dispositivos, foi alterada em 1966, pela edição do Decreto-lei nº. 66, de 21 de novembro. Segundo o autor, o artigo 86 continuou a prever a conduta de apropriação indébita de contribuições sociais descontadas dos empregados, enquanto que a nova redação do artigo 155, por seu inciso II¹¹¹, passou a prever o crime de apropriação indébita do salário-família reembolsado à empresa pela Previdência. Destaca, ainda, que os incisos I, III e IV do artigo 155 da LOPS, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 66, introduziram figuras delitivas

¹¹⁰ “Art.86. Será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de quaisquer importâncias devidas às instituições de previdência social e arrecadadas dos segurados ou do público. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta Lei”.

¹¹¹ “Art.155. Constituem crimes: [...] I – de apropriação indébita, definido no art.168 do Código Penal, além dos atos previstos no art.86, a falta de pagamento do salário-família aos empregados quando as respectivas quotas tiverem sido reembolsadas à empresa pela previdência social”.

novas, tais como a sonegação fiscal, a falsidade ideológica e o estelionato, alargando, assim, o leque de incriminação de condutas ofensivas à Previdência Social¹¹².

Contudo, há que se destacar que o expediente adotado pelo legislador brasileiro, concernente à equiparação legal entre crimes de apropriação indébita e o não-recolhimento das contribuições previdenciárias no prazo legal, foi duramente criticado por diversos setores da doutrina nacional.

Nesse contexto, Manoel Pedro Pimentel declarava serem inconstitucionais os artigos 86 e 155, II, da LOPS, por incriminarem condutas que, em última instância, não passavam de dívidas civis, pugnano pela imposição, em tais casos, de punições de caráter administrativo ou sanções de natureza econômica, tais como o seqüestro, o corte de empréstimos e de eventuais favores fiscais ou outros benefícios concedidos às empresas¹¹³. O referido estudioso, reconhecendo a improcedência da equiparação das condutas ora em questão, sustenta que nenhuma das hipóteses analisadas representa coincidência de elementos objetivos, de modo que, ao arbítrio do legislador, assemelhou-se juridicamente coisas que guardam mera aparência de igualdade¹¹⁴.

Na seqüência, o Decreto nº. 60.501, de 14 de março de 1967, que aprovou a nova redação do Regulamento Geral da Previdência Social, consolidou os delitos previdenciários em seu artigo 347, continuando a adotar a equiparação com a tradicional figura delitiva do artigo 168 do Código Penal¹¹⁵.

Também com o objetivo de regulamentar as condutas tipificadas na Lei nº. 3.807/60, foram editados os Decretos nº. 72.771, de 06.09.1973 e Decreto nº. 89.312, de 23.01.1984, que por seus artigos 430 e 146, respectivamente, continuaram a conferir o mesmo tratamento à questão, isto é, insistiu-se no caminho da equiparação com o delito de apropriação indébita¹¹⁶.

¹¹² MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 67-68.

¹¹³ PIMENTEL, 1973 apud MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 69-70.

¹¹⁴ RIOS, R. S. **Tutela penal da seguridade social**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 28.

¹¹⁵ “Art.347. Constituem crimes, nos termos dos arts.86 e 155 da Lei Orgânica da Previdência Social, o último com redação dada pelo art.25 do Decreto-Lei nº66, de 21.11.1966: [...] II- de apropriação indébita definido no art.168 do CP: a) deixar de recolher na época própria as contribuições e outras quaisquer importâncias arrecadadas dos segurados ou do público e devidas à previdência social; b) deixar de pagar o salário-família aos empregados, quando as respectivas cotas tiverem sido reembolsadas à empresa pela previdência social”.

¹¹⁶ O artigo 430 do Decreto nº. 72.771/1973 assim dispunha: “Constitui crime, nos termos dos arts. 86 e 155 da Lei nº. 3.807, de 28.6.80: II – de apropriação indébita nos termos da legislação penal: a) deixar de recolher, na época própria, as contribuições e outras quaisquer importâncias arrecadadas dos segurados ou do público e devidos à Previdência Social”. Já o artigo 146 do Decreto nº. 89.312/1984 possuía a seguinte redação: “A falta de recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Previdência Social e arrecadada dos segurados ou do público é punida com a pena do crime de apropriação indébita, considerando-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual e os sócios solidários gerentes, diretores ou administradores de empresa abrangida pela previdência social urbana”.

Em 24 de janeiro de 1976 foi editado o Decreto n.º 77.077, intitulado Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), o qual, por seu artigo 224, continuava a incriminar as condutas anteriormente previstas no Decreto-lei n.º 66/66, de modo que as críticas à adoção da figura delitiva da apropriação indébita persistiram.

Essa tendência de utilizar a figura tradicional do delito patrimonial de apropriação indébita, que, como já mencionado, seguia os rumos da legislação penal estrangeira, se mostrou forte, mantendo-se inalterada pela promulgação do Decreto n.º 89.312 de 23 de janeiro de 1984, que, alterando a CLPS, trouxe a previsão de incriminação da conduta da falta de recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Previdência social e arrecada dos segurados ou do público em seu artigo 146¹¹⁷, sem falar na previsão das condutas de sonegação e falsificação documental previstas em seu artigo 222.

Já sob a égide da atual Constituição Federal de 1988, restou editada a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, na qual restaram definidos os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Assim, com a promulgação da citada Lei, restaram revogados tacitamente os crimes de apropriação por equiparação veiculados no Decreto n.º 89.312/84, de modo que tanto a conduta de apropriação indébita previdenciária quanto a de sonegação fiscal de contribuição social passaram a ser previstas e reguladas pela nova legislação (Lei n.º 8.137/90), respectivamente nos artigos 2º, inciso II e artigo 1º, nos incisos I, II e IV¹¹⁸.

¹¹⁷ “Art.146. A falta de recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Previdência Social e arrecadada dos segurados ou do público é punida com a pena do crime de apropriação indébita, considerando-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual e os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores de empresa abrangida pela Previdência Social Urbana”.

¹¹⁸ “Art.1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos ou omitindo operação de qualquer natureza em documento ou livro exigido pela lei fiscal; [...] IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou incorreto; [...] .Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Art.2º. Constitui crime da mesma natureza: [...] 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; [...]. Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Todavia, já em 1991, com a edição da Lei nº. 8.212/91 (Plano de Custeio da Seguridade Social) de 24 de julho, as condutas lesivas ao patrimônio da Seguridade Social passaram a ser regidas pelas regras inscritas no artigo 95, alíneas *a* a *j*¹¹⁹, revogando-se tacitamente, exclusivamente no tocante à proteção patrimonial da Previdência Social, as condutas previstas nos artigos 1º e 2º da Lei nº. 8.137/90.

A referida Lei nº. 8.212/91 veio, juntamente com a Lei nº. 8.213/91, regulamentar o sistema previdenciário delineado na Constituição Federal de 1988.

Assim, nas diversas alíneas do artigo 95 da Lei nº 8.212/91 foram descritas condutas lesivas ao patrimônio da Previdência Social, sendo que o legislador optou por descrever a penalidade a ser imposta no §1º do mesmo dispositivo legal.

Contudo, incidiu em grave equívoco, porquanto consignou penalidade tão-somente para as condutas previstas nas alíneas *d*, *e* e *f*, deixando, por lapso ou falta de técnica legislativa, de cominar pena às demais condutas, tornando-as “letra morta”¹²⁰.

Pois bem, cabe recordar que as normas incriminadoras possuem em sua estrutura dois preceitos: o preceito primário, no qual a conduta incriminada é descrita, com todos os seus elementos e, o preceito secundário, no qual se encontra a previsão abstrata da penalidade a ser cominada. Desse modo, em atenção ao princípio reitor do Direito Penal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88), as condutas descritas nas alíneas *a* a *c* e *g* a *j*, por não estarem

¹¹⁹ “Art. 95. Constitui crime: a) deixar de incluir na folha de pagamento da empresa os segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou autônomo que lhe prestem serviços; b) deixar de lançar mensalmente, nos títulos próprios da contabilidade da empresa, o montante das quantias descontadas dos segurados e o das contribuições da empresa; c) omitir total ou parcialmente receita ou lucro auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições, descumprindo as normas legais pertinentes; d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público; e) deixar de recolher contribuições devidas à Seguridade Social que tenham integrado custos ou despesas contábeis relativos a produtos ou serviços vendidos; f) deixar de pagar salário-família, salário-maternidade, auxílio-natalidade ou outro benefício devido ao segurado, quando as respectivas cotas e valores já tiverem sido reembolsados à empresa; g) inserir ou fazer inserir, em folha de pagamento, pessoa que não possui a qualidade de segurado obrigatório; h) inserir ou fazer inserir em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS do empregado, ou em documento que deva produzir efeito perante a Seguridade Social, declaração falsa ou diversa da que deveria ser feita; i) inserir ou fazer inserir em documentos contábeis, ou outros relacionados com as obrigações da empresa, declaração falsa ou diversa da que deveria constar, bem como omitir elementos exigidos pelas normas legais ou regulamentares específicas; j) obter ou tentar obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo direto ou indireto da Seguridade Social ou de suas entidades, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, contrafação, imitação, alteração ardilosa, falsificação ou qualquer outro meio fraudulento”.

¹²⁰ “§ 1º. No caso dos crimes caracterizados nas alíneas ‘d’, ‘e’ e ‘f’ deste artigo, a pena será aquela estabelecida no art. 5º da Lei nº. 7.492, de 16 de junho de 1986, aplicando-se à espécie as disposições constantes dos arts. 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal”.

acompanhadas dos seus respectivos preceitos secundários, não se tornaram passíveis de aplicação¹²¹.

Nesse ponto, como ressalta bem Maciel Filho, além do erro crasso pertinente à ausência de sanção, o legislador cometeu diversos outros equívocos de redação como a utilização excessiva de normas penais em branco. Ainda, mesmo em relação às condutas nas quais houve previsão de sanção (alíneas *d*, *e* e *f*), a técnica legislativa foi inapropriada, uma vez que se adotou a indicação por remissão, quer dizer, as penas não foram expressamente consignadas no tipo, requerendo, para sua interpretação, a análise de outro corpo legislativo, no caso, o artigo 5º da Lei nº 7.492/86, que prevê a aplicação de pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, prejudicando a clareza e a objetividade indispensáveis à lei penal.

O autor destaca ainda outra impropriedade da técnica adotada, recordando, nesse ponto, que as penas previstas para as condutas previstas nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 variavam, respectivamente, reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, enquanto que o limite máximo previsto no §1º do artigo 95 da Lei nº 8.212/91 era de 6 (seis) anos, o que representa uma violação ao princípio da proporcionalidade, por não subsistir fundamentação lógica para justificar tal discriminação¹²².

¹²¹ Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, ao analisar essa particularidade do sistema jurídico brasileiro, recorda que “como forma de evitar-se a impunidade, era aplicado, indiretamente, o Código Penal (artigo 168), mais precisamente o crime de apropriação indébita, nos casos de retenção das contribuições previdenciárias, e o não recolhimento à Previdência Social (TRF da 4ª Região, Terceira Turma, R. 20.04.17864-3 – DJU II, 12.12.90, p.30-39). Porém, com relação às penas previstas pelo artigo 95 da referida Lei n.8.212, não poderiam ser aplicadas ao empresário, no que tange às contribuições devidas por ele mesmo, tendo em vista o artigo 5º da CF/88, inciso LXVII, que veda a prisão civil por dívida” (WEINTRAUB, 2000, op. cit., p. 12).

¹²² MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 75-76.

Esse cenário perdurou até a edição da Lei nº. 9.983, de 14 de julho de 2000 (vigência em 15.10.2000), a qual, revogando expressamente o artigo 95 da Lei nº. 8.212/91, à exceção de seu § 2º, inseriu na parte especial do atual Código Penal Brasileiro, dentre outros dispositivos, os artigos 168-A¹²³ e 337-A¹²⁴, prevendo, respectivamente, os delitos de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição social em dispositivos separados.

O intuito do legislador foi o de inserir toda a matéria referente ao tratamento penal do patrimônio da Seguridade Social no corpo do Código Penal brasileiro. Destaca-se, em um primeiro momento, que o citado artigo 168-A retoma a tendência da equiparação com

¹²³ “Art.168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

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

§1º. Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁴ “Art.337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

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

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

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

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

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

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

I - (vetado);

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

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

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

tradicional delito de apropriação indébita, comprovada pela denominação típica (“apropriação indébita previdenciária”).

Andreas Eisele argumenta que o fato do dispositivo legal em questão fazer alusão à equiparação com o delito de apropriação indébita sem, por outro lado, elaborar uma proposição descritiva no tipo, limitando-se a denominar a modalidade de “apropriação indébita previdenciária”, institui ambigüidade significativa no termo, em razão de se referir a objetos distintos. Ainda, acrescenta que a impropriedade técnica consistente na equiparação trouxe como conseqüência um posicionamento doutrinário que até hoje influencia a hermenêutica da legislação, fazendo com que muitos estudiosos se dediquem a analisar a pertinência da correspondência entre as condutas tipificadas nos artigos 168 e 168-A do Código Penal¹²⁵.

Como bem já ressaltou Rodrigo Sánchez Rios, o tratamento normativo-penal sistemático relativo aos crimes contra a Seguridade Social denota o descompasso entre a dogmática penal e a política criminal que, ante a absoluta falta de parâmetros objetivos, tem direcionado o sistema criminal para novos segmentos de tutela penal, com o exclusivo intuito de preencher lacunas de punibilidade¹²⁶.

Exatamente com a finalidade de se debruçar sobre essa discussão já anunciada por Rodrigo Sánchez Rios é que no capítulo seguinte serão abordados diversos temas afeitos à Política Criminal, de modo a possibilitar uma análise mais detida sobre a pertinência das medidas adotadas pelo legislador pátrio em matéria de tratamento penal do patrimônio da Seguridade Social.

¹²⁵ EISELE, A. **Apropriação indébita e ilícito penal tributário**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 63.

¹²⁶ RIOS, op. cit., 2001, p. 25.

CAPÍTULO 2 POLÍTICA CRIMINAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL

2.1 Do bem jurídico-penal: noções iniciais

O estudo do bem jurídico tornou-se hoje um dos principais pontos de destaque na doutrina, tanto nacional quanto estrangeira. Como bem ressaltou Manuel da Costa Andrade “talvez poucas expressões sejam mais caras e ocupem mais espaço na literatura contemporânea votada à política criminal e à dogmática jurídico-penal do que a expressão bem jurídico”¹.

Desde a formulação elaborada por Birnbaum, em seu artigo intitulado *Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonder Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*² de 1834, no qual, pela primeira vez na literatura jurídico-penal abordou-se uma teoria sobre o bem jurídico-penal, a busca por uma análise político-criminal e dogmática da referida categoria penal dominou os estudiosos das mais variadas escolas penais³.

¹ ANDRADE, M. C. A nova lei dos crimes contra a economia (dec.-lei nº28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico. In: CORREIA, E. et al. **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 389. v. I.

² “Sobre a necessidade de uma violação ao direito para o conceito do crime com especial consideração ao conceito de injúria” (tradução livre).

³ Birnbaum defende que “constitui-se crime, imputável ao homem, segundo a natureza das coisas, a lesão ou o pôr em perigo determinado bem garantido uniformemente a todos por parte do Estado”. Birnbaum, *Archiv des Criminalrechts*, p.179 apud SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 48, nota 10. Para ele, “se se quer tratar o delito como lesão, o essencial é, e ponho o acento nisso, relacionar necessariamente este conceito com a sua natureza; não com um direito, senão com um bem [...] é sempre o bem, não o direito, o que se vê diminuído” (BIRNBAUM apud HORMAZÁBAL MALARÉE, 1992, op. cit., p. 27 apud GOMES, L. F. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74). A construção de Birnbaum, em que pese não se refira de forma direta ao bem jurídico, introduz na seara penal a noção de que a ofensa se dirige a um bem, e não propriamente a um direito subjetivo, como até então vinha sendo defendido pelos doutrinadores. Dessa maneira, a lesão ou o perigo afeta o bem, enquanto realidade material, bem esse que vem amparada pelo direito.

Para Birnbaum a questão decisiva reside no fato da tutela penal objetivar a defesa de um bem existente no mundo do ser (da realidade), ou seja, protege-se um objeto material importante para o ser humano diante da possibilidade de uma ação delitiva⁴. Ao substituir como objeto da tutela penal a noção de direitos subjetivos pela idéia de bem, essa construção possui como conseqüência a proteção, por meio da tutela estatal, de bens jurídicos. Esse pensamento, como se observou no decorrer do desenvolvimento histórico, serviu de base para construções mais precisas e científicas acerca do bem jurídico, notadamente por Liszt e Binding⁵.

⁴ No mesmo sentido discorre Paulo Vinícius Sporleder de Souza, para quem Birnbaum procura “[...] fundamentalmente, identificar critérios materiais e definir objetivamente o que na realidade é ofendido por uma ação delitiva qualquer. Contestando a abstração teórica tendente à categoria genérica dos direitos subjetivos, que propugnava o crime como violação de direitos subjetivos, afirma Birnbaum que os comportamentos delitivos não afetavam direitos senão bens; o objeto jurídico da tutela jurídico-penal corresponderia, portanto, à ofensa de um bem e não à violação do direito subjetivo de outrem, direito este centrado precipuamente nas relações humanas reconhecidas juridicamente. Neste sentido, há uma transformação de ofensas pessoais-subjetivas para ofensas de ‘coisas exteriores’. Todavia, não se encontra na obra de Birnbaum nenhuma definição precisa do exato significado de ‘bem’ como objeto da ofensa, motivo pelo qual era preciso deduzir-se tal compreensão de forma tácita” (SOUZA, 2004, op. cit., p. 49).

⁵ Evandro Pelarin observa que isso se deu em virtude de sua referência sistêmico-social e visão intra-sistemática e acrítica, fazendo-o depender da norma (PELARIN, E. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p. 57). Em sentido oposto Paulo V. S. de Souza assevera que “como ele (Birnbaum) afirma: ‘Pertence à essência do poder do Estado garantir, por igual, a fruição de certos bens a todos os homens que nele vivem’. Podemos concluir que Birnbaum procura de certa forma estabelecer uma concepção de bem jurídico para além do sistema jurídico e, por isso, crítica, todavia assentada em fundamentos jusnaturalistas” (SOUZA, 2004, op. cit., p. 54). Segundo Luiz F. Gomes, duas direções metodológicas apareceram no âmbito do positivismo: (i) o jusnaturalismo positivista de Binding e; (ii) o positivismo naturalista de Liszt. Em conseqüência, a indagação passou a residir na solução entre buscar-se o bem jurídico na realidade social ou tê-lo como produto do direito positivo, decorrente da vontade exclusiva do legislador (GOMES, 2002, op. cit., p. 76-77). Com a publicação de “*Die Normen*” (“As normas” – tradução livre) de Karl Binding, em 1872, a formulação sugerida por Birnbaum reforça-se de conceitos técnicos e precisos, adquirindo nítido traço normativo, quanto ao conteúdo, bem como precisão terminológica e conceitual (SOUZA, 2004, op. cit., p. 55). Para Binding o bem digno de proteção legal depende do juízo de valor estabelecido pelo legislador. É este quem elegerá a atuação protetiva do Direito Penal sobre determinado bem ou interesse. Assim, para Binding, fica excluída a possibilidade de identificação de bens suscetíveis a danos antes do seu enquadramento pelo legislador. É a este que caberá sentir a necessidade de intervenção penal ante a possibilidade de danosidade social.

Binding adota um posicionamento exacerbadamente legalista, na medida em que identifica bem jurídico-penal com os objetos considerados valiosos pelo legislador, ou seja, somente será considerado bem jurídico-penal aqueles bens que encontrarem respaldo no ordenamento jurídico positivo, representado por uma relação de absoluta congruência entre a norma e o objeto de tutela, sendo que somente a norma será considerada fonte reveladora dos bens jurídico-penais⁶.

Verifica-se, assim, que o pensamento de Binding caracteriza-se pela construção de uma noção de bem jurídico-penal intra-sistemática e acrítica, posto competir, em caráter exclusivo, à lei a incumbência de eleger os bens jurídicos a proteger⁷. Tal construção propiciou o desenvolvimento de teorias reducionistas da noção de bem jurídico-penal, criando o terreno fértil para sua utilização, por exemplo, pela doutrina nacional-socialista alemã, segundo a qual o delito consistia em uma traição ao povo, uma infração de deveres, afastando qualquer indagação quanto a efetiva lesão ao bem jurídico, ou seja, não perquirindo da danosidade material⁸.

Franz von Liszt, por sua vez, ao conceber em seu sistema a noção de bem jurídico, ao invés de partir de uma conceituação positivista, em que a atuação protetiva do Direito Penal dependeria da vontade do legislador, entende existir uma situação pré-jurídica, onde se identifica a dignidade penal do bem ou do interesse. Sua construção possui caráter de reação contrária ao tratamento científico formal da norma conferido por Binding, mediante o desenvolvimento de uma teoria na qual se erige uma dimensão material do injusto penal, bem como se vislumbra o bem jurídico-penal como limitador da ação do legislador⁹.

⁶ SOUZA, 2004, op. cit., p. 57. A lei penal estabelece quais são os delitos puníveis e como deverá ser graduada a respectiva pena. Já a norma cria o direito a sujeição, que pode ser concretizado de duas formas: a constrição ao cumprimento (constrição física) e a constrição assecuratória (constrição psicológica). Pode-se, pois, concluir que os bens jurídicos para o sistema de Binding são os “deveres de obediência e sujeição”, os quais não se encontram na lei penal, mas sim na norma jurídica. É certo que, conforme dito acima, a norma precede ao bem jurídico, ressaltando-se que o que motiva a proteção são os efeitos do ato, ou seja, qual o valor social que ele envolve. No mesmo sentido, Luiz Regis Prado assevera que o bem jurídico para Binding “[...] vem a ser a garantia das expectativas normativas principais contra a sua fraude” (PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33).

⁷ Maria C. F. da Cunha leciona que o conceito de bem jurídico-penal de Binding “abandona qualquer pretensão de legitimação material, de limite à liberdade criminalizadora/descriminalizadora do legislador, qualquer função orientadora e crítica [...] Para Binding não há direitos inatos, são sempre criados pela lei, atribuídos e não simplesmente reconhecidos” (CUNHA, M. C. F. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 51. (Estudos e monografia)).

⁸ PELARIN, 2002, op. cit., p. 67. Luiz F. Gomes também destaca que “essa concepção, ainda que com sensíveis nuances, está presente até hoje na configuração da política criminal praticada pelos Estados que se caracterizam não só pela liberdade com que contam de selecionar o valor ou o interesse objeto da tutela, senão, sobretudo, pela abstração tendencial da pessoa humana como centro de desenvolvimento do Direito penal. É, por conseguinte, uma concepção abstracionista e tendencialmente autoritária” (GOMES, 2004, op. cit., p. 77).

⁹ PRADO, 2003, op. cit., p. 35.

Nesse passo, os bens e interesses antes de serem categorizados como tais pelo ato frio e pragmático do legislador, são eleitos pelo homem integrado em sociedade. Tratam-se, pois, de requisitos essenciais ao homem ou à comunidade. Os bens jurídicos são, assim, criações da própria vida, que o direito encontra e a que assegura proteção jurídica, isto é, consubstanciam-se em interesses juridicamente protegidos¹⁰.

¹⁰ Nesse ponto merece destaque a observação de Paulo V. Sporleder, para quem “enquanto a virada de Birnbaum pode ser qualificada como uma ‘revolução cega’, por ter sido operada em nível predominantemente político-criminal dogmático, a teoria de Liszt, ao ter-lhe ‘dado olhos’, eleva agora aquela categoria também a um patamar superior-extra-sistemático, transformando o bem jurídico-penal em verdadeiro conteúdo da política criminal legislativo-dogmática, significando um fundamental critério legitimante da atividade legislativa do poder de punir” (SOUZA, 2004, op. cit., p. 65). Questão não resolvida por Liszt, todavia, diz respeito à definição dos critérios para eleição dos interesses vitais dignos de proteção e, por consequência, de elevação à categoria de bem jurídico-penal, o que o torna, de qualquer modo, afeito a um juízo de valor do Estado. Maria C. F. da Cunha assinala que “em relação a Liszt o problema colocar-se-á na falta de apresentação de um critério mais preciso que permita individualizar quais os concretos ‘interesses da vida dos homens’ que deverão ser qualificados como bens jurídico-penais e quais aqueles que não merecem tal qualificação ou não carecem de tal proteção [...] Assim, a sua concepção fornecerá um critério teoricamente válido, mas carecido de concretização” (CUNHA apud PELARIN, 2002, op. cit., p. 60, nota 70). Luiz Flávio Gomes, por sua vez, afirma que “se para Binding o conceito de bem jurídico é exclusivamente jurídico, uma criação livre do legislador (intra-sistemático), para Von Liszt não existiria essa liberdade absoluta porque o interesse vital que o Direito transforma em bem jurídico está presente nas relações sociais. De qualquer modo, como cabe à norma a missão de elevar o bem da vida à condição de bem jurídico, não há dúvida de que se está diante de um juízo de valor do Estado. A tese de Von Liszt, por isso, como conclui Hormazábal Malarée, ‘conduz, ainda que por uma via oblíqua, objetivamente, à mesma situação que a de Binding quanto ao objeto de proteção do Direito penal [...] O Estado, conforme a tais teses, constitui-se no árbitro absoluto regulador da conduta dos indivíduos e no conformador e defensor de um modelo social’” (GOMES, 2002, op. cit., p. 78). Pelarin ainda adverte que “o não escalonamento de quais os bens fundamentais a serem apanhados pelo direito penal, ou a falta de critérios dessa seleção, pode ser visto como a falha das concepções positivistas, que, na extremidade do legalismo, leva à autorização desmedida da criminalização, pois interessa apenas a vontade do legislador, ainda que sem compatibilidade com os bens carentes de proteção” (PELARIN, 2002, op. cit., p. 84).

No início do século XX, surgem as orientações espiritualistas que, influenciadas pela filosofia neokantiana, desenvolveram no âmbito penal a concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico¹¹.

O bem jurídico penalmente protegido para os neokantistas consiste nos próprios valores. A norma existe por referência a um valor, valor esse que a norma visa tutelar. Desse modo, o bem jurídico para o Direito Penal neoclássico é uma realidade externa ao Direito Positivo, representada pelos próprios valores metajurídicos, enquanto valores abstratos e ideais da ordem social, os quais são juridicamente protegidos por uma norma legal. É, pois, uma concepção teleológico-metodológica¹².

Luiz Flávio Gomes recorda que como conseqüência tanto do positivismo acrítico (legalista), quanto do relativismo típico do neokantismo, tornou-se concreta a instrumentalização política do bem jurídico, o qual não somente vem a perder totalmente sua capacidade limitadora do *ius puniendi*, bem como progressivamente vai se esvaziando, porquanto os objetos da proteção penal não existem em si, senão enquanto produtos de um pensamento jurídico específico¹³.

¹¹ PRADO, 2003, op. cit., p. 36-37. O neokantismo basicamente se desenvolveu em duas grandes escolas filosóficas. Uma, a de Marburgo, fundada principalmente na Crítica da Razão Pura de Kant, de caráter acentuatamente lógico, representada por H. Cohen (1842-1918), P. Natorp (1854-1924) e R. Stammler (1865-1938). Outra, a de Baden ou Escola Sudocidental Alemã, fundada principalmente na Crítica da Razão Prática de Kant, inspiradora da Filosofia dos Valores, representada por W. Windelband (1848-1915), H. Rickert (1863-1936), E. Lask (1875-1915), H. Münsterberg (1863-1916) e B. Bauch (1877-1942). A Escola de Marburgo acerca-se mais do racionalismo, pois que deduz da forma do conhecimento toda a sua matéria e não admite, portanto, nada alógico ou pré-lógico; a Escola de Baden está mais próxima do realismo, posto que entende que o conhecimento não cria, arrancando-os de si mesmo, os objetos, mas os reconhece como são objetivamente postulados. Entretanto, o objetivo, o transcendente não é um *ser*, uma realidade, mas um *dever ser*, um valor. Do sujeito individual depende unicamente o ato de reconhecimento deste objeto, não seu valor. O pensamento neokantista possui três características básicas. Em primeiro lugar, com o neokantismo as ciências culturais passaram a possuir um método próprio, referido a valores, passando a ser relevante não o objeto em si, mas sua valoração, o que torna igualmente importante a análise do sujeito dessa valoração (orientação a valores). Em segundo, o neokantismo, embora institua como método a referência a valores, não define quais seriam esses valores, possibilitando que qualquer axioma (valor) fosse utilizado para se chegar à conceituação de Direito (relativismo axiológico). Por fim, o neokantismo fixou a distinção entre dois métodos, um para as ciências da natureza (método naturalista-causal) e outro para as ciências culturais (método valorativo), caracterizando um dualismo metodológico. Contudo, os neokantistas viam essa distinção de forma estanque, não sendo possível para eles a inter-relação entre esses dois métodos, ou seja, para as ciências da natureza só seria possível a utilização do método causal (naturalista) e, para as ciências culturais, só o método valorativo.

¹² Outra idéia fundamental iniciada com o neokantismo é a idéia do bem jurídico vinculado. Partindo desta concepção, somente pode ocorrer um reconhecimento de um bem jurídico a partir das finalidades a que ele é chamado a cumprir. Assim, bem jurídico passa a ser compreendido como aquilo que busca uma determinada finalidade, a qual constitui um valor. “Conforme a diretriz do neokantismo, é o bem jurídico entendido como um valor cultural, sendo que ‘sua característica básica é, pois, a referência do delito ao mundo do ‘valorativo’, em vez de situá-lo diretamente no terreno do ‘social’. Procura-se vinculá-lo à ratio legis da norma jurídica – no sentido teleológico de cada tipo penal – o que acaba por convertê-lo em um simples método interpretativo. A essência da noção de bem jurídico tutelado deriva, de modo necessário, dos limites da descrição legal respectiva e não reside na natureza dos bens e valores que a determinaram” (Ibid., p. 37-38).

¹³ GOMES, 2002, op. cit., p. 78-79.

Nesse cenário insere-se a construção teórica inscrita na obra *Die Einwilligung des Verletzten*, de 1919, de autoria de Honig, que passa a conceber o bem jurídico-penal como simples produto do reflexo jurídico, melhor, como originário da norma, se mesclando à própria razão de ser desta¹⁴. Desse modo, “o conceito de bem jurídico não tem existência prévia à das próprias prescrições penais, não se confundindo com os substratos da realidade em que os valores poderão assentar; a sua origem é normativa”¹⁵.

¹⁴ Manuel da Costa Andrade destaca que “o bem jurídico converte-se, assim, numa categoria omnicompreensiva à qual se reconduzem todos os elementos relevantes da factualidade típica, inclusive as modalidades de acção e as atitudes pessoais do agente. A esta concepção de bem jurídico extremamente espiritualizado e juridificado no sentido imanente ao (e decorrente do) direito positivo se associam para além de HONIG, autores como HEGLER, GRÜNHUT, SCHWINGE, ZIMMERL, RADBRUCH, etc., e, entre nós, EDUARDO CORREIA. Em síntese, segundo a formulação de HONIG, o bem jurídico é o ‘fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve’, ‘aquela síntese categorial com a qual o pensamento jurídico tenta captar o sentido e o fim das singulares prescrições penais’. E acrescenta: ‘Mas precisamente porque síntese, o objecto da tutela é apenas um produto da reflexão especificamente jurídica. Isto é: os objectos da tutela não existem como tais, só ganham vida no momento em que nós consideramos os valores da comunidade como objecto do escopo das disposições penais’” (ANDRADE, 1998, op. cit., p. 392-393).

¹⁵ CUNHA apud PELARIN, 2002, op. cit., p. 79. Em decorrência dessa construção, tem-se um esvaziamento do conteúdo do bem jurídico-penal, o qual passa a ser mero reflexo normativo, deixando de atuar como barreira-limite à criminalização, isto é, como regulamentador do poder punitivo estatal, estando livre de qualquer fundamento exterior. “Tal concepção acaba por renunciar a qualquer possibilidade crítica de cunho trans ou extra-sistemático no sentido de estabelecer limites ao poder legislativo-punitivo [...] Por novamente tornar-se intra-sistemático, o conceito perde sua ligação com a política criminal legislativo-dogmática sendo insuficiente assim para ser visto ‘como padrão crítico de aferição da legitimidade de criminalização’” (SOUZA, 2004, op. cit., p. 67-68). Luiz Flávio Gomes assinala que “a noção de bem jurídico, nesse período, resulta ‘espiritualizada’ ou ‘volatilizada’. É supérflua porque o bem jurídico já não revela a essência do delito, seu substractum, senão exclusivamente a ratio da lei. O conceito mesmo de delito se transforma para ser concebido como mera lesão à norma ou violação de um dever. O que importa, nesta concepção, não é o que está na essência da norma (o bem jurídico protegido), senão a vigência (formal) da própria norma” (GOMES, 2002, op. cit., p. 79-80). “O bem jurídico adquire caráter finalístico, surgindo por uma indagação teleológica em torno da norma incriminadora” (FRAGOSO apud SOUZA, 2004, op. cit., p. 66).

Terminada a Segunda Grande Guerra Mundial e abaladas as bases de sua estrutura jurídica, constituída pelo *positivismo* e pelo *neokantismo*, abrem-se as portas para que na teoria do injusto se proceda a uma profunda revolução, mediante o acolhimento da teoria finalista¹⁶.

Toda a estrutura da teoria finalista possui como fundamentos as abordagens fenomenológicas e ontológicas. Assim, o sistema finalista tenta superar o dualismo metodológico do neokantismo, negando o axioma sobre o qual ele assenta: o de que entre ser e dever ser existe um abismo impossível de ultrapassar.

Welzel desenvolve a teoria finalista, que estabelece uma teoria da tutela penal baseada em critérios (valores) de natureza ético-social, valores elementares que se originam “na consciência jurídica existente formando o substrato ético-social positivo das normas jurídico-penais, cuja incumbência reside, portanto, na garantia do respeito a tais valores”¹⁷.

Segundo Welzel,

[...] a missão primária do direito penal não é o amparo presente dos bens jurídicos; isto é, o amparo da pessoa individual, da propriedade e outros, pois é ali, precisamente, aonde, por regra geral, chega a sua ação tarde demais. Principalmente do amparo dos bens jurídicos individuais concretos está a missão de assegurar a real validade (a observância) dos valores do atuar ou agir segundo o pensamento jurídico. Eles constituem o mais sólido fundamento sobre os quais se apóia o Estado e a sociedade. O simples amparo de bens jurídicos somente tem uma finalidade negativo-preventiva, policial-preventiva. Em compensação, o papel mais profundo que exerce o direito penal é de caráter positivo-ético-social, pois proibindo e sancionando o afastamento realmente manifestado dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o Estado exterioriza do modo mais ostensivo de que dispõe, a validade inviolável destes valores positivos do ato, forma o juízo ético-social dos cidadãos e fortalece seu sentimento de permanente fidelidade ao direito [...] Somente sobre a segurança dos valores elementares ético-sociais da ação pode ser alcançado um amplo amparo e duradouro dos

¹⁶ Jorge de Figueiredo Dias, ao analisar a construção teórica de Hans Welzel, assinala que “após a tragédia da 2ª Grande Guerra, ficou claro que o normativismo das orientações jurídicas de raiz neokantiana não oferecia garantia bastante de *justiça* de conteúdos das normas validamente editadas [...] é então que se assiste à substituição definitiva do Estado de Direito formal pelo Estado de Direito *material*. Ficava por isso próxima a tentativa de ancorar toda a normatividade, numa via fenomenológica e ‘ontológica’ [...], em *leis estruturais determinadas do ‘ser’* – na ‘*natureza das coisas*’ -, as quais, uma vez estabelecidas, serviriam de fundamento vinculante às ciências do homem e, por isso, também ao direito [...] decisivo seria determinar o ‘ser’, a ‘natureza da coisa’, que se escondia sob o conceito fundamental de toda a construção do crime, é dizer, sob o conceito de *ação*: um conceito pré-jurídico [...] que teria de ser ontologicamente (onticamente) determinado e que, uma vez aceito pelo legislador, não poderia por ele mesmo ser reconformado, antes teria de ser aceito não só em si mesmo, como em todas as suas implicações normativas [...] a verdadeira ‘essência’ da ação humana foi encontrada por Welzel na verificação de que o homem dirige finalisticamente os processos causais naturais em direção a fins mentalmente antecipados, escolhendo para o efeito os meios correspondentes: toda a ação humana é assim *supradeterminação final de um processo causal*” (DIAS, 1999, op. cit., p. 197-198). Assim, a teoria da ação é a própria teoria do delito; todas as categorias do delito são referidas a conceitos pré-jurídicos, obtidas por mera dedução, confiando-se na lógica intrínseca do objeto que se vai regular. Na concepção original de Welzel o objeto de proteção penal seria o valor ético-social da ação.

¹⁷ SOUZA, 2004, op. cit., p. 99-100.

bens jurídicos. Mediante a função ético-social mais ampla do direito penal, garante-se em forma compreensível e intensa a proteção dos bens jurídicos, do que com a simples idéia do arrimo desses bens¹⁸.

A missão do direito penal para o finalismo é, pois, a proteção de bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação ético-sociais. Tal premissa finalista acaba por relativizar a idéia, até então em construção, de um Direito Penal cuja missão seja a proteção de bens jurídicos essenciais¹⁹. Todavia, ante a constatação da inexistência de um substrato material apto a limitar o poder punitivo estatal, houve um retorno às concepções liberais de bem jurídico. Nesse contexto, surgem as construções modernas, notadamente as sociológicas (funcionalistas sistêmicas e interacionistas simbólicas) e as constitucionais²⁰.

Hassemer, expoente da Escola de Frankfurt, desenvolveu uma das primeiras teorias sociológicas, segundo a qual a seleção de bens jurídicos deveria se apoiar em uma hierarquia de valores, bem como em concretas necessidades sociais. Desse modo, o legislador não estaria livre para selecionar um bem jurídico, pelo contrário, estaria vinculado a uma escala de valores²¹.

Também na esteira das teorias sociológicas encontra-se a formulação de Amelung, que propugna pela substituição do conceito de bem jurídico pela noção de danosidade social. Nessa ótica, o delito seria um fato (comportamento) socialmente danoso²².

¹⁸ WELZEL, H. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 29-30.

¹⁹ Jorge de Figueiredo Dias tece críticas à construção de Welzel: “o pretense ‘ontologismo’ que estaria na base do sistema – e que faria dele um sistema imutável, válido para todos os tempos e lugares – acabou por desembocar no mais refinado e inflexível *conceitualismo*, face ao qual pouco resta para as opções jurídico-políticas (e, no que aqui interessa, político-criminais) do legislador e para a atividade concretizadora do intérprete e aplicador: tudo residiria afinal e só em determinar as *estruturas lógico-materiais* ínsitas nos conceitos usados pelo legislador, e a partir delas *deduzir* a regulamentação ou a solução aplicável ao caso. O que não era afinal coisa muito diferente de repetir os erros – denunciados pelo próprio Welzel [...] – do velho direito natural clássico, ao encher os conceitos do direito positivo com os conteúdos considerados mais corretos, para em seguida os deduzir do corpo do direito natural e os apresentar assim como vinculantes e livres de discussão” (DIAS, 1999, op. cit., p. 199-200).

²⁰ Segundo destaca Manuel da Costa Andrade, a concepção liberal de bem jurídico adquiriu um cunho crítico, de modo a funcionar como fundamento e limite da legitimidade do direito penal. Insere-se nesse cenário o princípio da danosidade social, erigido como critério da lesão a bens jurídicos e, conseqüentemente, da ilicitude material (ANDRADE, 1998, op. cit., p. 394).

²¹ GOMES, 2002, op. cit., p. 82. O citado autor destaca que para Hassemer seria indispensável a coexistência de três fatores sociais para a configuração de um bem jurídico, a saber: frequência da conduta, intensidade da necessidade de preservar o objeto merecedor de tutela e intensidade da ameaça contra tal objeto (Ibid., loc. cit., nota 44).

²² Diversas críticas foram formuladas a essa construção teórica de Amelung, notadamente pelo fato de inserir o conceito de delito nas teorias sistêmicas, de modo a lhe impor a característica de disfunção. Luis Flávio Gomes relata que “essa orientação ‘sistêmica’, ademais, causou uma profunda crise no conceito de bem jurídico, em virtude de sua grande capacidade de adaptação a qualquer modelo econômico ou político ou ideológico. O funcionalismo acríptico deve ser rejeitado precisamente porque aceita a ordem jurídica dada sem entrar em considerações valorativas do seu conteúdo” (Ibid., p. 83).

Cabe, ainda, destacar a construção teórica de Jakobs, representante típico do funcionalismo sistêmico. Segundo Jakobs, a função²³ do direito penal não é a proteção de um bem jurídico-penal, mas a proteção da vigência das normas. Em outras palavras, defende o citado autor que a imposição de pena somente se justifica diante da necessidade de se confirmar a expectativa de vigência da norma (“estabilização contrafática da expectativa de vigência da norma”)²⁴.

Tem-se, assim, que as teorias sobre o bem jurídico, ora são enquadradas como críticas, por situar o bem jurídico além do Direito Penal, ora se caracterizam como sistêmicas, por defenderem que o bem jurídico se encontra adstrito à vontade do legislador.

Nesse cenário, começam a se desenvolver as construções teóricas de cunho constitucional. O ponto de partida para essas teorias é o conteúdo axiológico inserido na Constituição, isto é, têm-se como instrumental os princípios constitucionais, notadamente aqueles pertinentes à esfera criminal²⁵. Com base nesses princípios, buscou-se uma delimitação do conceito de bem jurídico penal, através da vinculação do legislador às opções político-criminais do constituinte manifestadas no texto constitucional, seja para justificar a

²³ Hassemer e Muñoz Conde sustentam que “por função do Direito Penal devemos entender exclusivamente ‘as conseqüências (acessórias) não desejadas mas reais do sistema’ e por missão, fins ou metas ‘as conseqüências queridas ou procuradas oficialmente pelo sistema’” (HASSEMER; MUÑOZ CONDE apud GOMES, 2002, op. cit., p. 45-46). Todavia, para o presente trabalho as expressões serão tidas por semelhantes.

²⁴ Ao comentar a construção teórica funcionalista sistêmica de Jakobs, Luis Flávio Gomes assinala que, sob a ótica da pura eficácia, caracterizada pela incidência da sanção penal diante do rompimento de uma norma, acaba-se por rejeitar o princípio da ofensividade (lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico). Desse modo, a crítica a essa construção reside exatamente no fato de se afastar de um conteúdo garantista, uma vez que centrado apenas na norma (Ibid., p. 84). No mesmo sentido: “Dentre as críticas disparadas contra a concepção sociológica do bem jurídico, ou até mesmo contra as teorias social-sistêmicas, destaca-se, em primeiro lugar, que, pelo valor interpretativo, a construção teórica em tela, ao retratar o crime como fenômeno impeditivo do regular o funcionamento do sistema social, acaba por não definir ‘o quê, em concreto, o legislador deve punir’, sem considerar que a perspectiva meramente sociológica sequer ‘está apta a sugerir parâmetros de criminalização (potencialmente) vinculantes, em sede legislativa’. Além dessa indefinição material, contrária à própria essência da teoria do bem jurídico, ‘o conceito de danosidade social vai de encontro, no âmbito do direito penal, aos limites liberais’ da atividade legiferante circunscrita na Constituição” (FIANDACA, G. O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*, v. 776, p. 424, 2000). Jorge Figueiredo Dias afirma que “a crítica que, em meu modo de ver, se deve dirigir a este conjunto (não homogêneo, em todo caso) de concepções não é a sua inexatidão, mas a da sua irremediável insuficiência para os efeitos práticos da aplicação do direito. É exato ser no sistema social, enquanto tal, que se deve ver em último termo a fonte legitimadora e produtora da ordem legal dos bens jurídicos. Mas com apelo direto a um tal sistema é absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização. Com uma via para alcançar só se depara quando se pensa que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional” (DIAS, 1999, op. cit., p. 66).

²⁵ “As teorias constitucionais do bem jurídico – grandemente acolhidas pela doutrina italiana – procuram formular critérios capazes de se impor de modo necessário ao legislador ordinário, limitando-se no momento de criar o ilícito penal. O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais” (PRADO, 2003, op. cit., p. 62).

eleição de um determinado bem como digno e carente de tutela penal, seja para afirmar a desnecessidade da intervenção penal em determinado segmento²⁶.

²⁶ As teorias constitucionais, quanto à forma de vinculação do bem jurídico penal à norma constitucional, se subdividem em teoria constitucional estrita e teoria constitucional ampla. Como seguidores da teoria constitucional restrita podem ser citados F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J.J. Gonzalez Rus e E. Gregori. Por outro lado, enquadram-se na corrente constitucional ampla, W. Sax, M. Marx, D. Pulitanò, G. Fiandaca, C. Roxin, H. J. Rudolphi – estas duas últimas revelando certa influência funcionalista (Ibid., p. 63 e 65). Para a primeira corrente, o legislador encontra-se limitado, na eleição dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal, pelas opções constitucionais. Na verdade, na Constituição haveria uma referência expressa e direta, uma espécie de catálogo, dos bens dignos e carentes de tutela penal. Palazzo assevera que o objeto de tutela jurídico-penal é concebido como “um pré-dado relativo à norma penal, mas que deduzido diretamente da Constituição – instrumento capaz de ofertar um catálogo dos bens merecedores de tutela e de também estabelecer uma hierarquia de valores” (PALAZZO apud SOUZA, 2004, op. cit., p. 86). Luiz Regis Prado assevera que “[...] as teorias constitucionais estritas ... orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional” (PRADO, 2003, op. cit., p. 65). Já a teoria constitucional ampla compreende que não se faz necessária uma exata correspondência entre o rol de bens jurídicos amparados na Constituição e os bens jurídicos a serem amparados pelo Direito Penal. Todavia, indispensável que a escolha do bem jurídico a ser protegido penalmente se realize sob a ótica dos princípios constitucionais e da forma de Estado eleita. “A ordem penal de bens jurídicos está assinalada na Constituição em grandes traços, mas não está fixada de forma específica. A ordem de bens jurídicos é uma ordem de tutelar independente que, não obstante, deve manter-se no marco constitucional a tal ponto que cabe considerar a ordem penal de bens jurídicos como uma continuação e concretização da ordem de valores jurídico-constitucionais” (ZIPF, 1979 apud SOUZA, 2004, op. cit., p. 90). Em síntese, a Constituição não oferece critérios fechados que indiquem com precisão quais os bens jurídicos a proteger; por outro lado, consubstancia-se em um “pano de fundo” legitimador das decisões do legislador criminal (Ibid., p. 91). Atualmente, os estudiosos têm defendido a existência, na realidade, de uma teoria constitucional mista ou eclética, ante a razão de defenderem não existir contradição entre as duas teorias acima expostas, mas uma relação de complementariedade. Nesse sentido se posicionam Paulo Vinícius Sporleder de Souza, Luis Regis Prado, Jorge de Figueiredo Dias dentre outros. Sporleder afirma que “[...] a relação entre as teorias constitucionais do objeto de tutela não é de antagonismo ou contraposição, mas sim de complementariedade, concordamos ainda com Figueiredo Dias no sentido de que o objeto de tutela penal deve ser político-criminalmente orientado ao sistema jurídico-constitucional. Um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social e que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal, pois somente por esta via ‘os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais)’” (Ibid., loc. cit.) Luiz Regis Prado, por sua vez, assinala que “[...] o remate do raciocínio é o de que as relações entre as teorias constitucionais amplas e restritas não são de antagonismo, mas de complementariedade. Isso resulta no agasalho de uma diretriz constitucional de natureza eclética ou intermediária – de justo meio e não hermética -, que privilegia o texto constitucional, *prima facie* a concepção de Estado Democrático e Social de Direito, o bem jurídico (substancial) ancorado na realidade socioindividual, complementada, ainda, por elementos de uma visão metodológica própria e da peculiar natureza do bem jurídico-penal, numa informação que se compatibiliza com os modernos postulados da ciência do Direito Penal e da Política Criminal” (PRADO, 2003, op. cit., p. 111).

Claus Roxin²⁷ insere-se no presente contexto. Para ele, “o ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador encontra-se nos princípios da Constituição”²⁸.

²⁷ O que caracteriza o sistema de Roxin é a sua tonalidade político-criminal. Já em 1970 dizia esse autor ser incompreensível que a dogmática penal continuasse a ater-se ao dogma lizteano, segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da política criminal. Política criminal e direito penal deviam, isso sim, integrar-se, trabalhar juntos, sendo este muito mais a forma através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Logo, o trabalho da dogmática é identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível. A política criminal deve solucionar problemas relevantes, chegando à solução mais justa do caso concreto. Para Roxin o que deve ser buscado é uma interação entre dogmática jurídico-penal e política criminal, de tal modo que os conhecimentos obtidos pela política criminal possam ser integrados na dogmática jurídico-penal. Desse modo, a aplicação da dogmática não se dá apenas pela sistemática, mas também pela política criminal (método problemático). Ressalta-se, ainda, que, se o sistema de Roxin substitui as difusas valorações do neokantismo por valorações especificadamente político-criminais, superando o relativismo axiológico, ele não cai no defeito do normativismo extremo, nem no dualismo metodológico. Roxin entende que a valoração político-criminal não é mais que um primeiro passo, o fundamento dedutivo do sistema; porém, esta dedução deve ser complementada pela indução, isto é, por um exame minucioso da realidade e dos problemas com os quais se defrontará o valor, que deve ser, agora, concretizado nesses diferentes grupos de casos. Logo, o sistema de Roxin apresenta-se como uma síntese entre pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente fecundo, porque se esforça por atender, a uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à idéia de direito. Mas também não cai Roxin no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa, sem, contudo, render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema. Roxin, ao explicar em que consiste esta nova concepção, leciona que seria uma revisão total do sistema da teoria do delito, reconstruindo cada conceito à luz de sua função político-criminal: “o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do Direito Penal” (ROXIN, op. cit., 2002b, p. 20). Não há como falar em política criminal eficaz se esta desconhece a realidade fática sobre a qual agirá. A idéia de estruturar categorias básicas do Direito Penal através de pontos de vista político-criminais permite que postulados sociopolíticos, mas também empíricos e, em especial, criminológicos possam ser tornados frutíferos para a dogmática jurídico-penal.

²⁸ STRAFRECHT apud SOUZA, 2004, op. cit., p. 81). Rudolphi, também representante dessa corrente ampla, “[...] entende que os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores. Adverte ele que o Estado de Direito é mais que um simples Estado de legalidade, só encontrando sua verdadeira legitimação na idéia de justiça material. O bem jurídico, nesse contexto, é concebido como uma valiosa unidade de função social (unidade de função viva), indispensável para a sobrevivência da comunidade e ue tem a norma constitucional como parâmetro basilar” (RUDOLPHI, 1991 apud PRADO, 2003, op. cit., p. 64).

Assim, os contornos do conceito de bem jurídico situam-se nos parâmetros de natureza constitucional, os quais direcionam restritivamente as escolhas do legislador ordinário. A opção pela tutela penal de um determinado bem jurídico deve estar atrelada, pois, aos princípios e diretrizes da Constituição, em atenção ao caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. Desse modo, estar-se-á garantindo a proteção dos bens jurídicos essenciais pela tutela penal bem como resguardando e limitando a intervenção penal²⁹.

Após esta sucinta análise da evolução teórica sobre o bem jurídico penal, é possível observar que, como bem destaca Manuel da Costa Andrade, ocorreu uma aproximação entre a dimensão transcendente e o conceito imanente de bem jurídico e, por via de conseqüência, entre sua dimensão crítica e dogmática, de modo que a noção de bem jurídico não pode se circunscrever ao conceito onicompreensivo da *ratio legis*, mas deve vincular-se a valores devidamente identificados a que o tipo assegura uma específica tutela. Tem-se também que, atrelada a uma decisão de criminalização, encontra-se uma decisão de não-criminalização das condutas que estejam além da esfera da tutela típica³⁰.

2.2 Do bem jurídico-penal supra-individual

O desenvolvimento da noção de bem jurídico-penal, conforme sucintamente analisado no tópico anterior, deu-se sempre diante da concepção de titularidade individual, em

²⁹ “Por essa doutrina, a caracterização do injusto material advém da proeminência outorgada à liberdade pessoal e à dignidade do homem na Carta Magna, o que importa que sua privação só pode ocorrer quando se tratar de ataques a bens de análoga dignidade; dotados de relevância ou compatíveis com o dizer constitucional ou, ainda, que se encontrem em sintonia com a concepção de Estado de Direito democrático. Disso se depreende o fato de que eventual restrição de um bem só pode ocorrer em razão da indispensável e simultânea garantia de outro valor também de cunho constitucional ou inerente à doutrina democrática [...] Nesse particular aspecto, observa-se que as constituições modernas, de linha programática, conferem ampla liberdade ao legislador ordinário na determinação dos bens com dignidade penal (*Strafwurdigkeit*), necessitados de tutela penal (*Strafgedurftigkeit*) e com capacidade de proteção. A dignidade de proteção de um bem se contempla segundo o valor conferido ao mesmo pela cultura; a necessidade de proteção se assenta em sua suscetibilidade de ataque e a capacidade de proteção se constata em relação à própria natureza do bem respectivo. Os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de Direito democrático, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade” (PRADO, 2003, op. cit., p. 93-95). Já para Yuri Carneiro Coelho o bem jurídico-penal pode ser definido como “um valor tutelado pelo direito penal, que possui seu substrato na Constituição, ancorado na realidade social, sendo o elemento material da estrutura do delito e que tenha a capacidade hermenêutica de relativizar o princípio da liberdade e de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental para a convivência pacífica em sociedade” (COELHO, Y. C. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 130).

³⁰ ANDRADE, 1998, op. cit., p. 398.

outros termos, toda a construção teórica em torno do conceito de bem jurídico-penal e sua delimitação pautaram-se por uma idéia de que o titular desse bem era o homem em si, considerado em seu aspecto individual.

Decorrente lógica dessa observação, tem-se que todos os mecanismos e instrumentos de controle e proteção até então utilizados pela política criminal e pela dogmática foram desenhados sob uma ótica individualista.

Por outro lado, se inicialmente os riscos possuíam traços pessoais, com o desenvolvimento da sociedade os riscos adquiriram uma nova dimensão, ultrapassando os limites do indivíduo, passando a atingir também a coletividade.

Recentemente a sociedade tem assistido ao surgimento de novos ataques a bens considerados essenciais, introduzindo nova questão a ser abordada pelos estudiosos do direito penal.

Muitos estudos têm sido realizados com objetivo de analisar os efeitos advindos com a sociedade pós-industrial³¹, também conhecida como sociedade do risco. Essa sociedade tem por característica básica o avanço tecnológico, que vem acompanhado pela evolução no âmbito das relações de ordem econômica. Daí decorre o desenvolvimento de benefícios em favor do indivíduo e de seu bem-estar.

Por outro lado, é certo que também são suas conseqüências imediatas um aumento da ocorrência delituosa em determinados segmentos da sociedade, mormente diante dos inúmeros instrumentos disponibilizados pelo incremento tecnológico, por meio dos quais torna-se mais fácil e ágil a produção de resultados lesivos a interesses relevantes.

Jorge Figueiredo Dias adverte que tal fenômeno advém de uma “ameaça global”, causada por novos e grandes riscos igualmente “globais”, fazendo surgir uma nova forma de sociedade. Segundo o autor, são exemplos desses riscos globais, dentre outros, o risco atômico, a diminuição da camada de ozônio e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a engenharia e a manipulação genéticas, a produção maciça de produtos

³¹ Conforme ressalta Jesús-María Silva Sánchez, com a divulgação da obra de Ulrich Beck - *Risikogesellschaft*. (“Sociedade de risco” – tradução livre). *Auf dem Weg in eine andere Moderne* (“No caminho de uma outra modernidade” – tradução livre), Frankfurt, 1986; *Gegengifte* (“Antídoto” – tradução livre). *Die organisierte Unverantwortlichkeit* (“A irresponsabilidade organizada” – tradução livre), Frankfurt, 1988; *Politik in der Risikogesellschaft* (“Política da sociedade de risco” – tradução livre), Frankfurt, 1991; *Die Erfindung des Politischen*. (“A descoberta do político” – tradução livre). *Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung* (“Para uma teoria de modernidade reflexiva” – tradução livre), Frankfurt, 1993 - tornou-se lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial como sociedade do risco ou sociedade de riscos (SÁNCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.29-30 e nota 2).

perigosos ou defeituosos, a criminalidade organizada, o tráfico de armas, drogas, órgãos e dos próprios seres humanos, o terrorismo nacional, regional e internacional, o genocídio³².

Nos dizeres de Renato de Mello Jorge Silveira, na modernidade avançada a produção de riqueza está atrelada, sistematicamente, a uma produção social de riscos, de modo que os problemas da sociedade passam a ser substituídos por problemas e conflitos decorrentes da produção, definição e divisão dos riscos produzidos de maneira técnica-científica³³.

Diante desse cenário, questiona-se se o direito penal estaria apto, com seus meios tradicionais de controle e garantia, a enfrentar esses novos riscos sociais, isto é, estaria o direito penal preparado para proteger a sociedade e as gerações futuras desses riscos globais? Ainda, de que modo e utilizando-se de quais mecanismos?

Nesse sentido, a evolução da sociedade humana transcendeu ao individualismo liberal, acabando por ingressar numa fase de limitação da conduta humana, de modo a restarem protegidos bens jurídicos maiores, de titularidade não mais de um indivíduo apenas, mas de uma coletividade deles³⁴.

³² DIAS, J. F. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/revista2002/8.1.htm>>. Acesso em: 3 abr. 2006.

³³ SILVEIRA, R. M. J. **Direito penal supra-individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28. O citado autor também argumenta que “a sociedade de risco mostra-se assim, de um lado, com esses diversos avanços, sendo enormemente complexa, e, de outro, caracterizada pela verdadeira quebra de um estado de bem-estar social, de todo sempre almejado. Nela, são percebidas inter-relações sociais nunca antes vistas, sendo, pois, notável uma verdadeira sensação de insegurança, um dos marcos mais significativos das sociedades da era pós-industrial” (Ibid., p. 31).

³⁴ SILVA, R R. **Tutela penal dos interesses difusos**. 9 ago. 2004. Disponível em: <http://www.procon.gov.br/artigodoutorinario/artigo_dout_111.htm>. Acesso em: 3 abr. 2006. Relevante a observação de Jesús-María Silva Sánchez, para quem “as causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência -, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico. Entre outros fatores” (SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 28).

Para alguns doutrinadores, esses novos riscos serão enfrentados pela “auto-regulação social”, enquanto outros defendem que não cabe ao direito penal intervir nessa área. Por outro lado, a maioria da doutrina reconhece um papel importante ao direito penal na luta pela proteção desses novos bens, papel esse, entretanto, que deve observar as características de subsidiariedade e fragmentariedade da tutela penal³⁵.

Assim, com a ruptura do padrão individualista, diante do aparecimento de novos riscos de caráter multifacetário, passou-se a compreender que o Direito Penal possui sim a missão de proteção desses novos bens jurídicos, missão essa que deve se pautar pela observância do princípio da *ultima ratio*.

Hassemer, ao analisar o fenômeno da criminalidade moderna, da qual são exemplos a criminalidade econômica e a criminalidade ecológica, aponta algumas características próprias, tais como a ausência de vítimas individuais (que só existem de forma mediata), a pouca visibilidade dos danos causados (exigindo maior precisão na definição dos limites do proibido e do permitido) e um novo *modus operandi* (distinto das formas tradicionais)³⁶.

³⁵ Jorge Figueiredo Dias leciona que “[...] ao direito penal não pode negar-se a sua quota-parte de legitimação (e de responsabilidade) na protecção das gerações futuras [...] concretamente, o de oferecer o seu contributo para que os riscos globais se mantenham dentro de limites ainda comunitariamente suportáveis e, em definitivo, não ponham em causa os fundamentos naturais da vida. O que está em causa é (e é só!) a protecção – fragmentária, lacunosa e subsidiária – de bens jurídico-penais coletivos como tais [...] restringida embora à tutela fragmentária de bens coletivos, a protecção que o direito penal está em medida de oferecer às gerações futuras não pode ser absoluta [...] o direito penal tem de distinguir, para delimitação do âmbito de protecção da norma, entre ofensas admissíveis e ofensas inadmissíveis, limitando-se à criminalização destas últimas. A distinção entre ofensas admissíveis e inadmissíveis supõe assim [...] uma difícilíssima ponderação de interesses complexos e diversificados, quantas vezes de resultado altamente questionável” (DIAS, op. cit., 2006 on-line). Santiago Mir Puig também reconhece a importância da intervenção penal para a proteção desses novos bens: “las modificaciones que, entretanto ha ido experimentando el capitalismo e el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho Penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho Penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los intereses difusos” (PUIG, 1998 apud SMANIO, G. P. O conceito de bem jurídico penal difuso. **Jus navigandi**, Teresina, v. 8, n. 437, set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5714>>. Acesso em: 3 abr. 2006).

³⁶ HASSEMER, W. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 43-45, out./dez .1994.

A questão que se coloca é a de se definir essa nova noção de bem jurídico “coletivo”³⁷, ou seja, a de se reconhecer a importância do sistema social para a configuração do bem jurídico-penal.

Em primeiro lugar, cabe observar que as regras até então utilizadas para o bem jurídico concebido na visão tradicional já não se mostram suficientes e aptas a fazer frente às novas ameaças, impondo-se que novos mecanismos de proteção e controle sejam delineados pelo Direito Penal.

Tal fenômeno de distanciamento do típico bem jurídico-penal, de caráter antropocêntrico e particularizado, é intitulado por alguns de “desmaterialização, espiritualização ou dinamização” do bem jurídico³⁸.

Por outro lado, existe o receio de que o reconhecimento desses novos riscos e, via de consequência, o aparecimento de novos bens jurídicos, de caráter supra-individual, leve a uma inflação legislativa na seara penal. Para que tal fato não venha a se concretizar, torna-se imprescindível que sejam observados alguns princípios básicos de política-criminal, a fim de que o Direito Penal não sirva de mero amparo a políticas como as de “Lei e Ordem”³⁹.

³⁷ Também denominado de “metaindividual”, “pluriindividual”, “transpessoal”, “comunitário” ou, ainda, “social”. Ada Pellegrini Grinover distingue os conceitos acima, afirmando que os interesses coletivos referem-se a interesses de uma coletividade de pessoas interagindo apenas entre si, os interesses difusos dizem respeito a uma valoração de pessoas e valores genéticos, pessoas e interesses de massa, conflitando entre si. Esses interesses difusos propriamente ditos têm seu vínculo entre pessoas e os fatos conjunturais genéricos. Têm a característica, ainda, de pautarem-se em dados de fato acidentais e mutáveis, pois se referem, no geral, à qualidade de vida (GRINOVER, 1984 apud SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 61-62). Já Luiz Regis Prado, por seu turno, assim os classifica: “bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais) nos quais a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (v.g., administração pública, administração da justiça); bens jurídicos coletivos que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (v.g., saúde pública, relação de consumo); e bens jurídicos difusos que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (v.g., ambiente). Mas tanto os bens jurídicos coletivos como os difusos têm como ligação ou referência o indivíduo (aspecto complementar) que se apresenta mais intensa, menos tênue (bens coletivos), ou menos intensa, mais tênue (bens difusos), dependendo do nível dessa relação de proximidade. Na verdade, o que fica aqui sufragado é que o indivíduo como pessoa, o cidadão, deve ser sempre o destinatário maior de toda norma jurídica, há de ser a referência última em qualquer bem jurídico” (PRADO, 2003, op. cit., p. 109).

³⁸ MACHADO, M. R. A. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 112.

³⁹ SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 33.

Deve-se reconhecer ao Direito Penal um razoável espaço de expansão, espaço no qual devem ser observados os princípios de política-criminal já consagrados, sob pena de se conduzir a uma expansão irrazoada⁴⁰.

Desta forma, esse alargamento da esfera de proteção penal deve vir acompanhado do correspondente lastro de fundamento, consubstanciado na ofensa a valores fundamentais da vida social da pessoa. Ainda, deve-se evitar uma mera formulação penal simbólica, objetivando, finalmente, que as novas condutas criminais sejam objeto de uma apurada técnica legislativa, afastando-se dos casuísmos.

Em outros termos, com o reconhecimento da necessidade de intervenção penal face aos novos riscos sociais advindos com a modernidade e a sociedade industrial, deve-se sempre distanciar-se de uma atuação penal simbólica, causadora de insegurança social. De outra parte, a proteção desses bens jurídicos deve primar pelo desenvolvimento da pessoa humana e sua integração na coletividade⁴¹.

Constata-se, assim, que a consolidação da teoria do bem jurídico no processo de elaboração das leis, bem como na sua aplicação pelos operadores do Direito, possibilita uma

⁴⁰ Jesús-María Silva Sánchez cita, a título de exemplo, que “a tipificação do delito de lavagem de dinheiro é uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação as quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante)” (SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 28). Alice Bianchini adverte que “esta tendência de proliferação desordenada de tipos penais é responsável pela ausência de harmonia normativa e gera a vulgarização do ordenamento jurídico-penal. A função de motivar o respeito à norma, que ao direito penal também é reservada, deixa de existir ou debilita-se sobremaneira. Este enfraquecimento leva, também, ao descrédito da justiça, obstaculizando a que se atinja uma outra das funções primordiais do direito penal, que é a de afastar o cidadão do cometimento do delito por meio da intimidação” (BIANCHINI, A. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50-51). Enrique R. Aftalión, por seu turno, abordando em específico os delitos econômicos, assevera que “no es admisible, pues, que se diga que la noción de delito económico está construida al margen de la de bien jurídico, pues ello es una imposibilidad ontológica. En cuanto a esto, lo único que sí es lícito es desentrañar cuál es el bien jurídico que, en cada legislación concreta, el legislador entiende proteger cuando configura y sanciona delitos económicos. Y en esto campo, como es obvio, caben discusiones interpretativas y matices de indudable interés por el impacto que pueden ejercer en la tarea de los jueces” (AFTALIÓN, E. R. *El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico*. **Revista de Ciencias Penales**. Santiago de Chile: Instituto de Ciencias Penales, p. 85, ene./abr. 1996). Já Günther Jakobs afirma que “uma diminuição semelhante do sujeito pertence a um direito penal de índole peculiar que se diferencia nitidamente do direito penal de cidadãos: o direito penal de inimigos; o direito penal de inimigos otimiza a proteção de bens jurídicos, o direito penal de cidadãos otimiza as esferas de liberdade” (JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114).

⁴¹ Alessandro Baratta, nesse particular ponto, assevera que “a relação entre as funções instrumentais e as funções simbólicas do direito penal tornou-se [...] um ponto central da discussão sobre os sistemas punitivos e as políticas criminais [...] as funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. O déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada [...] Cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas, enquanto declaram cumprir funções instrumentais [...] A perda do equilíbrio entre funções simbólicas e funções instrumentais no sistema da justiça criminal [...] significa também que as funções simbólicas visadas pela lei penal tornam-se cada vez mais independentes da natureza real dos conflitos e dos problemas em função dos quais são produzidos os símbolos” (BARATTA, A. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 22-23, jan./mar.1994).

revisão crítica da norma penal e de todo o ordenamento, podendo daí advir tanto o processo de descriminalização de condutas já não mais amparadas em fundamentos de política-criminal, bem como a criminalização de condutas outras, que sejam reconhecidas como dignas e carentes de tutela penal⁴².

Cabe, também, destacar que o reconhecimento dessa nova categoria de bens jurídicos não significa que exista uma conflituosidade entre aqueles e os bens jurídicos individuais, pelo contrário, há que se vislumbrar entre eles a existência de uma relação de complementaridade.

Com acerto Luiz Flávio Gomes assevera que uma visão crítica do Direito Penal deve ser obtida por meio de uma concepção personalista do bem jurídico, ou seja, o bem jurídico deve ser concebido levando-se em conta sua utilidade para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, bem como seu papel de legitimação da ação do Estado, sob o ponto de

⁴² Ressalta-se, nesse ponto, o posicionamento de Hans Joachim Hirsch, para quem a busca por uma delimitação da intervenção penal não deve se pautar pela construção de um conceito de bem jurídico prévio (preexistente), mas por critério distinto. Segundo o citado autor, deve-se manter atenção à danosidade, mas direcionada aos meios estatais de regulação e intervenção. A legitimação da pena não advém de objetos preexistentes, pelo contrário, da legitimação da pena é que provêm os objetos por ela protegidos. Assim, para ele o ponto de partida deve ser a pena e não o conceito de bem jurídico, pois a pena, como medida mais grave de intervenção, somente deve ser considerada diante da insuficiência dos demais meios menos agressivos. Portanto, para Hirsch, a legitimação da pena pressupõe o princípio da proporcionalidade e, como seus integrantes, os princípios subsidiariedade e *ultima ratio*. Por outro lado, no que concerne à aplicação da teoria do bem jurídico sistematicamente (função imanente), o autor defende que aqui reside sim a importância da construção teórica do bem jurídico. Adverte, contudo, que sua utilização de forma debilitada (desmaterialização) acaba por colocar em perigo toda sua relevância (imanente) (HIRSCH, H. J. *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, nov., p. 377-387, 2000). Merece destaque também a construção teórica de Eliezer Gomes da Silva, para quem a busca por um conteúdo material do conceito de crime deve ser fundamentada em uma orientação humanista. Segundo o citado autor, sua proposta de fundamentação ética e humanista ("teoria dos interesses humanos"), ainda que precariamente desenvolvida, oferece uma via argumentativa crítico-reflexiva mais rica que a teorização sobre o bem jurídico. Contudo, o próprio autor ressalta que sua teoria não objetiva produzir a última valoração em termos do que necessita ou deva ser criminalizado, mas apenas se situa no âmbito daquilo que pode ou não pode, sob a ótica do que seja aceitável para uma ética orientada aos direitos humanos, ser criminalizado. Em continuidade ao seu raciocínio, assinala que "[...] a aplicação dessa espécie de teoria dos interesses humanos retiraria a legitimação ética para a criminalização de quaisquer condutas não suscetíveis de lesionar ou pôr em perigo pelo menos um dos seis interesses humanos listados [1. vida, integridade física e psicológica; 2. liberdade; 3. confiança; 4. igualdade; 5. solidariedade; 6. alteridade]. Entram nesse rol, por exemplo, a miríade de crimes de 'desobediência', em sentido amplo, aqueles crimes que consubstanciam meros 'desrespeitos', 'descumprimentos' a ordens emanadas pelo Estado, sem qualquer ameaça a interesses da humanidade. Pode até ocorrer que mesmo leis penais de áreas onde resta inequívoca a legitimidade ética da criminalização, quer por ameaça ao interesse humano 'confiança' (crimes fiscais, financeiros, patrimoniais) ou 'vida/integridade física', em sentido amplo (crimes ambientais, alguns crimes contra as relações de consumo, contra a saúde ocupacional de trabalhadores) podem conter disposições que se voltam contra meras 'desobediências', sem que se divise a lesão ou ameaça de lesão mais concreta a qualquer dos interesses humanos tutelados. Assim, mesmo na tão importante seara dos crimes que protegem interesses difusos, a subjacente criminalização 'instrumental' (meras proibições) também perderiam sua legitimação ética" (sic) (SILVA, E. G. **Fundamentos éticos do direito penal: o conteúdo material do conceito de crime e a busca histórica por uma orientação humanista à criminalização**. 2002. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 282 e 286).

vista da pessoa humana⁴³.

Assentadas essas noções introdutórias sobre o aparecimento e afirmação dos bens jurídicos difusos, cabe agora tratar, em específico, sobre os critérios de política-criminal que devem nortear a eleição dos bens a proteger, bem como a atuação do poder legislativo e dos operadores do direito em geral, de modo a garantir que os valores tidos por relevantes pela sociedade em um dado contexto histórico sejam efetivamente protegidos, assegurando condições essenciais para a convivência harmônica e estabelecimento da paz social, bem como erigindo critérios aptos a evitar o abuso e a hipertrofia na criação de tipos penais.

2.3 Critérios político-criminais e Previdência Social

O Direito Penal, como é de notório conhecimento, reveste-se da qualidade de ser um meio de intervenção na esfera privada dos indivíduos, através da regulação de condutas e imposição de sanções, com vistas ao cumprimento de sua missão, qual seja, a indispensável proteção a bens jurídicos essenciais.

Para cumprir seu papel fundamental, o Direito Penal deve eleger os bens aptos a serem por ele tutelados, eleição essa que deve observar determinados pressupostos materiais mínimos para se incriminar determinada conduta.

Tais pressupostos são mais conhecidos como critérios político-criminais, que objetivam, resumidamente, conferir ao legislador penal, bem como aos demais operadores do Direito, instrumentos aptos a auxiliar na árdua tarefa de incriminação de condutas na seara

⁴³ GOMES, 2002, op. cit., p. 142. No mesmo sentido se posiciona Winfried Hassemer, para quem “*la concepción teórica y el tratamiento práctico de los bienes jurídicos universales es más importante y de actualidad. Con relación a esto, cabe aclarar, en primer lugar, que un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre*”.

(HASSEMER, W. Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. Tradução Patricia S. Ziffer. **Doctrina Penal: teoría ya práctica en las ciencias penales**. Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989). Raúl Cervini, sobre o mesmo assunto, assevera que “*la lesión a estos bienes jurídicos macrosociales denuncia una disfunción del sistema y da contenido material al injusto económico. Su perturbación pone en peligro el funcionamiento del modelo económico constitucional. Pero su protección también implica en último término la protección de las relaciones microsociales que se realizan en el circuito económico. Proteger el sistema crediticio castigando las quiebras o insolvencias fraudulentas implica también la protección del patrimonio del acreedor. Hay una necesaria relación teleológica entre el bien jurídico macrosocial, relativo ao funcionamiento del sistema, y el bien jurídico microsociales, que es a la vez, condición de existencia del sistema y limitante de sus eventuales excesos*” (CERVINI, R. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, p. 99, abr./jun. 2003).

penal, servindo como guia não só na escolha dos bens jurídicos a proteger, bem como na aplicação das leis penais pelos operadores em geral.

De outro lado, manifestam expressão do Estado Social e Democrático de Direito, na medida em que almejam fixar limites à intervenção penal, evitando uma inflação e dilatação legislativa penal, além de conferir lastro de legitimidade à intervenção penal que se faça acompanhar desse substrato, de modo a que sejam respeitados os valores fundamentais para a convivência harmônica em sociedade, em especial o respeito à dignidade da pessoa humana.

Paulo César Corrêa Borges destaca que “no Estado Democrático de Direito, o equilíbrio necessário entre a liberdade e a igualdade, diante do direito à segurança, é que propiciará o perfil do Direito Penal como sendo democrático, posto que consentâneo com a dignidade da pessoa humana”⁴⁴.

Assim, enquanto que o aspecto de “direito” enfatiza a legalidade, de modo a priorizar a liberdade, o aspecto “democrático”, ao tentar superar o mero formalismo, radicaliza a igualdade. Por sua vez, a síntese desses aspectos caracterizada no Estado Social e Democrático de Direito, para representar uma superação dialética, está fundada na dignidade da pessoa humana e, por isso, prioriza o direito à liberdade, sem se esquecer da igualdade material, de modo a estabelecer um equilíbrio entre tais bens fundamentais e o direito à segurança, que também integra a sua essência, sendo certo que ele somente será alcançado por meio da aplicação e observância dos chamados princípios de direito penal⁴⁵.

Pode-se afirmar que os critérios político-criminais buscam, em última instância, estabelecer condições para racionalizar a legislação penal⁴⁶, podendo ser subdivididos em

⁴⁴ BORGES, 2005, op. cit., p. 51-52. O citado autor afirma, ainda, que “o Direito Penal democrático é aquele que estabelece um equilíbrio entre o Direito à Segurança – que se concretiza principalmente na criação de normas incriminadoras, para a tutela de bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade – a liberdade e a igualdade materiais” (Ibid., p. 65).

⁴⁵ Ibid., p. 66 e 70.

⁴⁶ SOUZA, 2004, op. cit., p. 138. No mesmo sentido é a lição de André Copetti, para quem há a “[...] necessidade de que a concepção de bem jurídico a ser formulada dentro de um Estado Democrático de Direito estabeleça critérios capazes de limitar o legislador ordinário em sua atividade legislativa incriminadora, inferência que deve ser feita a partir da Constituição, operando-se, assim, uma espécie de normatização de diretivas político-criminais [...] de modo que se o legislador afasta-se desses limites, podemos dizer que a norma legislada é inconstitucional por violar princípios fundamentais constantes no contrato social constitucionalizado. Neste sentido, impõe-se ao legislador e ao aplicador da lei o ajuste de suas atuações aos princípios caracterizadores do Estado Democrático de Direito, cuja legitimação está muito além da mera legalidade, mas, sim, na idéia de justiça material” (COPETTI, A. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 101-102).

duas grandes categorias: (i) critério da dignidade penal do bem jurídico; e (ii) critério da carência de tutela penal⁴⁷.

2.3.1 Critério da dignidade penal do bem jurídico

Segundo o critério da dignidade penal do bem jurídico apenas devem ser objeto de tutela penal aqueles bens revestidos de essencialidade, ou seja, aqueles bens considerados indispensáveis à convivência harmônica da sociedade. Desse modo, só serão dignos e merecedores de tutela penal os bens jurídicos socialmente relevantes.

Assim, é certo que os valores vigentes em uma determinada comunidade devem ser observados e analisados quando da eleição dos bens jurídicos a serem protegidos sob o manto do Direito Penal.

Na esteira dos modernos estudos sobre o bem jurídico-penal, tem-se que a existência de um fundamento constitucional, outorgando relevância a um dado bem, representa forte indício da existência de dignidade penal⁴⁸.

Por outro lado, a existência de relevância constitucional não basta para autorizar a intervenção penal, sendo imperioso que se verifique a ocorrência de uma ameaça ou de um ataque ao citado bem.

Assim, pode-se afirmar que o fundamento constitucional é condição para a autorização da tutela penal, sem se configurar suficiente, mostrando-se indispensável à caracterização de um outro requisito, representado pela gravidade das condutas ofensivas dirigidas aos bens de relevo constitucional.

⁴⁷ "Tudo isso significa que o legislador, para levar adiante o processo de criminalização, está compelido a tomar duas decisões político-criminais importantíssimas: a primeira diz respeito ao âmbito do proibido (o que deve ser proibido); a segunda concerne ao âmbito do castigo (da sanção). A primeira está regida pelos critérios do merecimento e necessidade (e também da utilidade, segundo Alice Bianchini, em tese de doutoramento apresentada recentemente); a segunda pelo critério da necessidade (e utilidade ou adequação)" GOMES, op. cit., 2002, p. 16). Alice Bianchini divide esses critérios político-criminais, por ela denominados de "pressupostos materiais mínimos da tutela penal", em (i) merecimento de tutela penal que, por sua vez é subdividido em dignidade penal do bem jurídico e ofensividade da conduta; (ii) necessidade de tutela penal e; (iii) adequação e eficácia da tutela penal (BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 58).

⁴⁸ Para Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci "[...] o relevo constitucional de um bem é índice seguro da sua importância e, portanto, de um dos dois pressupostos primordiais do recurso à pena: o merecimento de tutela penal [...] todos os bens constitucionalmente relevantes [...] são incontestavelmente merecedores de tutela penal" (DOLCINI, E.; MARINUCCI, G. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, v. 4, p. 191, jan./mar. 1994).

Em outros termos, o juízo de dignidade penal é composto por dois aspectos: dignidade do próprio bem jurídico e a gravidade da conduta lesiva dirigida ao referido bem (danosidade social).

Desse modo, tem-se que além de se caracterizar a relevância na seara constitucional, cabe perquirir acerca da existência de ataques e ameaças aos bem jurídico tido por constitucionalmente relevante, porquanto somente diante de uma efetiva danosidade social perante um bem jurídico de fundamento constitucional é que o Direito Penal estará autorizado a intervir.

Ainda, para se aferir se a conduta lesiva ocasionou a chamada danosidade social, cabe analisar seus efeitos, observando o modo pelo qual foi perpetrada, bem como o grau de lesividade (abalo social).

Conclui-se que mesmo diante de um bem jurídico-penalmente relevante somente há que se falar em dignidade penal por ocasião da existência de condutas ofensivas, com lesividade preocupante. De outro lado, a produção de condutas inofensivas ou de ínfima danosidade não tornam dignos de tutela penal os bens jurídicos contra os quais são dirigidos⁴⁹.

Em conclusão, para o juízo de dignidade penal são necessárias duas análises, sempre amparadas por valores constitucionais e critérios sociais: (i) uma sobre a dignidade penal do bem jurídico em si; e (ii) e a outro sobre a dignidade penal da conduta⁵⁰.

A primeira deve ser aferida na medida em que um determinado bem jurídico se mostre essencial para a convivência harmônica da sociedade, sendo acompanhada pela segunda análise, centrada na conduta ofensiva, de modo a verificar se a mesma representa risco ao bem jurídico penalmente relevante.

⁴⁹ No mesmo sentido lecionam Hassemer e Muñoz Conde, para quem “só pode considerar-se merecedora de pena a conduta que lese ou ponha em perigo um bem jurídico, isto é, que vá mais além da relação autor-vítima, afetando a todos. Este princípio marca os limites entre direito penal e moral ao exigir a exteriorização da infração jurídica e a manifestação social de suas conseqüências” (HASSEMER; CONDE apud SOUZA, 2004, op. cit., p. 146-147).

⁵⁰ Ibid., p. 147. O citado autor faz menção ao pensamento de Hassemer, segundo o qual “o bem jurídico-penal só pode chegar a sê-lo quando existir uma clara necessidade social, que com certa freqüência se ponha em perigo ou se lese e cuja afetação produza sentimentos reais de ameaça” (Ibid., p. 149, nota 33).

Assim, somente condutas potencialmente lesivas dirigidas a bens jurídico-penais preenchem, em sua plenitude, o critério político-criminal da dignidade de tutela penal⁵¹.

2.3.1.1 Princípio da fragmentariedade do Direito Penal

O princípio da fragmentariedade traduz a regra de que o Direito Penal não está vocacionado à proteção de todos bens jurídicos, mas apenas daqueles bens jurídicos tidos por essenciais à manutenção das condições de convivência harmônica em sociedade.

Em outros termos, significa, de um lado, que nem todo fato ilícito reúne os elementos necessários para se subsumir a um fato típico penal e, de outro, que o crime deve ser sempre um fato ilícito diante do ordenamento jurídico como um todo.

Por outro lado, a negação da antijuridicidade penal não conduz à negação de ilicitude como um todo, posto que o comportamento irrelevante para o Direito Penal pode ser ilícito diante de outras esferas jurídicas.

Pelo princípio da fragmentariedade, impõe-se que a tutela por meio do Direito Penal há de ser seletiva, somente devendo existir diante de bens jurídicos relevantes ameaçados por condutas igualmente relevantes (lesivas)⁵².

⁵¹ Manuel da Costa Andrade entende o critério da dignidade penal como a "expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade". Para ele, o citado critério pode ser compreendido em três planos: transistemático, axiológico-teleológico e jurídico-sistemático. No plano transistemático, "a dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (*Schutzwürdigkeit* – "digno de proteção" – tradução livre) devem gozar de proteção penal. Nesta medida e com este alcance, o conceito e o princípio da dignidade de tutela dão já guarida ao princípio constitucional de proporcionalidade". Já no plano axiológico-teleológico "o juízo de dignidade penal privilegia dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos". Por fim, no plano jurídico-sistemático, "a dignidade penal mediatiza e actualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica" (ANDRADE, M. C. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, v. 2, fasc. 1, p. 184, jan./mar. 1992).

⁵² Yuri Carneiro Coelho discorre sobre a distinção entre o princípio da fragmentariedade e o princípio da intervenção mínima: "não há que se confundir fragmentariedade com insignificância, visto que as condutas insignificantes revelam a existência de uma tipologia dotada de certa gravidade, necessária e adequada para legitimar a incriminação de uma conduta que atente contra o preceito implícito da norma penal. A fragmentariedade revela que o direito penal, ao delimitar o campo do que se consubstancia em legitimamente punível, deve estabelecer que apenas as ofensas mais graves devem ser tuteladas pelo direito penal, restando as condutas menos ofensivas à margem da tutela penal, ou seja, em distinção com o princípio da insignificância, a fragmentariedade revela uma necessidade de interpretação que perpassa por um âmbito exterior da norma penal, que se direciona da realidade externa ao seu âmbito de criação, enquanto que, através do princípio da insignificância, a interpretação perpassa pelo âmbito interior da norma penal, pela sua tipologia, em comparação com a especificidade da lesão provocada pela conduta do agente [...]" (COELHO, 2003, op. cit., p. 118).

Se, por um lado, somente a proteção de bens jurídico-penais torna digno o Direito Penal, há que se observar também que somente condutas potencialmente lesivas aos respectivos bens é que poderão ser objeto de sanção penal.

Pelo princípio da fragmentariedade, então, somente estará legitimada a intervenção do Direito Penal quando: (i) entrarem em jogo bens muito relevantes para a convivência humana (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) e (ii) unicamente a partir do momento em que seja intolerável o ataque⁵³.

Importante a advertência feita por Luiz Flávio Gomes no sentido de que,

Não se pode, de qualquer modo, incidir num tipo de ‘argumentação circular’, isto é, não se pode ‘definir o Direito penal como um instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definirem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo Direito penal’ [...] Bens constitucionalmente relevantes, [...], são objetos de tutela de praticamente todos os ramos do direito⁵⁴.

2.3.1.2 Princípio da lesividade (ofensividade)

A intervenção do Estado por meio da tutela penal, em razão das medidas e restrições da qual decorrem, somente se legitima diante da existência de algumas exigências ético-políticas, consistindo em dessas exigências na comprovação de que o fato provocado pelo agente tenha efetivamente causado uma ofensa concreta (lesão ou efetivo perigo de lesão) ao bem jurídico amparado pela norma penal.

O princípio da lesividade exige, pois, a comprovação da ocorrência de uma lesão ou exposição a perigo para que a proteção penal a um determinado bem se legitime. Isso reflete a necessidade de que a intervenção da tutela penal seja revestida de uma comprovada vulnerabilidade do bem a proteger, sob pena de se tornar irracional a proteção penal.

⁵³ GOMES, 2002, op. cit., p. 51.

⁵⁴ Ibid., p. 136.

Assim, o Direito Penal somente estará legitimado a intervir diante de lesões relevantes dirigidas aos bens jurídicos tidos por essenciais (legitimação material)⁵⁵.

Nessa esteira, deixam de ser objeto da intervenção penal meras intenções, uma vez ser essencial a exteriorização da conduta da qual decorra a efetiva ofensa ao bem jurídico. Por outro lado, também não se mostra suficiente a mera realização da descrição típica formal, sendo necessário um *plus*, representado pela lesividade ao objeto da tutela penal.

Desse modo, o Direito Penal somente está apto a intervir diante de condutas que atentem contra o núcleo de garantia e proteção da norma (bem jurídico-penal tutelado) de modo efetivo e concreto, assumindo, assim, um aspecto valorativo. Isso não significa que o aspecto imperativo da norma penal, representado pela imposição do dever de agir de determinada forma, deixe de ser relevante para a teoria do fato punível, passando a ser utilizado para definir o conteúdo da culpabilidade.

Para Luiz Flávio Gomes,

Uma vez firmada a tese de que a norma jurídico-penal é primordialmente norma de valoração e admitida a concepção predominantemente objetiva da antijuridicidade, ‘o transcendental no momento de decidir se uma conduta é ou não contrária ao Direito será a constatação sobre se produziu ou não lesão ou perigo [concreto] para o interesse juridicamente protegido, isto é, a verificação da presença do desvalor do resultado [...]; o que fundamenta o injusto é, primordial e às vezes exclusivamente, o desvalor do resultado’, entendido como juízo de desaprovação que recai sobre o fato em virtude de ter lesado ou colocado em perigo [concreto] o bem jurídico⁵⁶.

⁵⁵ Paulo Vinícius Sporleder de Souza afirma que “os bens jurídicos são o limite do *ius puniendi*. Devem, portanto, ser excluídos do âmbito de proteção jurídico-penal as imoralidades, as meras violações de dever, as condutas simplesmente contrárias ao politicamente correto (*political correctness*), as cominações penais arbitrárias e finalidades puramente ideológicas baseadas na infidelidade ao Estado ou à comunidade, ou manifestações do vago e terrorístico direito penal da personalidade perigosa, pois estas representações não conformam a afetação (dano ou perigo de dano) de autênticos bens jurídicos” (SOUZA, 2004, op. cit., p. 148). Para Alice Bianchini “[...] a extensão e a intensidade da presumível danosidade social devem ser consideráveis. Além disso, há que se concluir pela probabilidade efetiva de sua ocorrência, bem como deve-se evitar restringir direitos fundamentais nos casos em que não ficar demonstrada eficazmente, a ofensividade da conduta, ou quando sua ocorrência for extremamente remota” (BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 60).

⁵⁶ GOMES, 2002, op. cit., p. 23.

Importante observar que o princípio ora em comento possui dupla função: (i) *político-criminal*: destinada ao legislador, que deve observar a necessidade de somente descrever tipos penais ofensivos aos bens jurídico-penais; e (ii) *dogmática e interpretativa*: focada para o intérprete e aplicador da lei, impondo que sempre seja verificada se da conduta praticada pelo agente decorreu uma ofensa concreta ao bem jurídico tutelado⁵⁷.

Nesse ponto cabe discutir a questão dos tipos penais que traduzem múltiplas significações, de modo a abranger em seu núcleo condutas inofensivas ao bem jurídico objeto de proteção. Em casos como tais, caberá ao operador do Direito a exclusão, dentre as significações possíveis, daquelas que não representam efetiva ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado, sob pena de se ferir os direitos do cidadão, bem como desrespeitar os limites impostos pelo princípio da ofensividade.

Assim, tomando como premissa o reconhecimento de que o injusto penal não é mera violação do dever de agir (aspecto imperativo da norma), mas principalmente infração, (antijuridicidade em sentido material), chega-se à conclusão de que se torna inafastável à concretização do delito a efetiva e concreta afetação do bem jurídico.

Seguindo nesse raciocínio, alguns doutrinadores chegam, inclusive, a afirmar que a clássica distinção entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material perde todo o sentido, porquanto o delito passa a ser concebido não só como violação formal da norma, mas essencialmente como violação material, consubstanciada na configuração da conduta ofensiva ao bem jurídico (aspecto valorativo da norma)⁵⁸.

⁵⁷ GOMES, 2002, op. cit., p. 15. No mesmo sentido defende Alice Bianchini, para quem “a análise acerca da ofensividade da conduta pode ser realizada sob dois prismas diferenciados: em nível legislativo e em nível jurisdicional. Pelo primeiro, busca-se impedir que o legislador configure tipos penais que não prevejam condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico tutelado. O segundo nível 'deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma" (BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 52).

⁵⁸ “Já não se justifica, por conseguinte, a dicotomia assinalada e tampouco o uso de qualquer qualificativo para a antijuridicidade. Ela é, dentro do Direito penal do bem jurídico e da ofensividade, naturalmente material (no sentido de que significa uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) [...], pura e simplesmente, antijuridicidade” (GOMES, 2002, op. cit., p. 25).

Pelo princípio da ofensividade o delito passa a ser visto, pois, como ofensa concreta ao bem jurídico⁵⁹, em outros termos, torna-se imperioso que a lesão seja inequívoca, perturbadora e grave⁶⁰.

⁵⁹ Para Luiz Flávio Gomes “o delito não é só desvalor da ação (seu fundamento não reside exclusivamente na conduta do agente criadora de riscos) senão, sobretudo, desvalor do resultado (produção de um resultado jurídico penalmente relevante para o bem jurídico). A tipicidade passa a ser entendida em sentido material, porque está sendo enriquecida pelo sentido material da antijuridicidade (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido)” (GOMES, 2002, op. cit., p. 35).

⁶⁰ Bernd Schünemann, em importante estudo sobre a relação entre o ontologismo e normativismo na dogmática jurídico-penal, assinala que “*el principio de dañosidad social o el principio de la protección del bien jurídico es también imprescindible como punto crucial para toda argumentación teleológica en el campo del ilícito penal [...] hay que insistir con toda firmeza en que el principio de protección del bien jurídico (principio de dañosidad social), debido a que tiene directamente sus raíces en el contrato social como base de toda teoría constitucional, no puede ser abandonad a favor de cualquier débil precaución [...] también hay que insistir en que las dificultades de la delimitación de este principio en primer lugar no pueden comprometer al principio como tal y, en segundo lugar, ellas son en primera línea una consecuencia del tratamiento pusilánime y negligente que los límites del derecho penal han tenido que soportar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” (SCHÜNEMANN, B. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 27-28, jul./set. 2003).

Ainda, em virtude do princípio da lesividade, que impõe que ao Direito Penal sejam reservadas somente as condutas que ofendam de forma mais gravosa os bens fundamentais para a convivência harmônica dos seres humanos, inúmeros são os questionamentos que decorrem sobre a indiscriminada utilização de crimes de perigo, notadamente os de perigo abstrato, face à necessidade de tutela de bens jurídicos supra-individuais⁶¹.

⁶¹ Renato de Mello Jorge Silveira assinala que "não seria, contudo, de se ter o critério da comprovação danosa aplicado de maneira radical. Situações existirão [...] em que ela não é factual, presente e evidente. Entretanto, demonstra a prática, a danosidade já é do conhecimento comum, tendo sido anteriormente atestada. Os crimes de perigo, muitas vezes estruturados para a proteção dos bens coletivos, supra-individuais ou difusos, sem dúvida, ganharão espaço. Quanto à própria criação de crimes de perigo abstrato, básicos e substanciais nesta rama de avaliação jurídica, é de se ter todo o cuidado eles devem ser estritos a um mínimo indispensável, sob pena de, além de uma notada expansão penal, ter-se presente, também, uma quebra dos princípios fragmentários e de ultima ratio, tão duramente alcançados pelo Direito Penal" (SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 66-67. Já Jesús-María Silva Sánchez afirma que "[...] 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'" (SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 114). Francisco Muñoz Conde, por sua vez, assevera que "*de todos modos, la tendencia a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales parece inevitable y, dada la dificultad de precisar con nitidez sus perfiles y contornos, parece inevitable también el recurso a los delitos de peligro abstracto, anticipando la intervención del Derecho penal a momentos anteriores a la afectación del bien jurídico. Pero en ningún caso, ello debe significar la pérdida de identidad del Derecho penal y su conversión en una 'soft law', haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho civil o administrativo*" (MUÑOZ CONDE, F. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coords.). **El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 572). Mohamed Ale Hasan Mahmoud também entende que a antecipação da tutela penal deva ser evitada: "deve-se, antes de mais nada, respeito ao princípio da intervenção mínima e atenção ao caráter fragmentário Direito Penal. Assim, com muita parcimônia, é possível que se promova a incriminação no estado prévio à lesão de bens jurídicos, mas sempre e sempre, respeitando-se a esfera civil interna" (MAHMOUD, M. A. H. Considerações sobre a criminalização no estado prévio à lesão do bem jurídico, a partir de Jakobs. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 17, p. 15, jul./set. 2001). José Luis Díez Ripollés, também quanto à utilização de tipos penais de perigo abstrato para tutela de bens jurídicos supra-individuais, afirma que "*sin duda, su masiva integración en los códigos ha creado disfunciones importantes, entre las que podrían destacarse la extrema vaguedad de algunas de sus formulaciones, la tendencia, probablemente derivada del déficit anterior, a acomodarse en estructuras típicas de peligro con los riesgos para la seguridad jurídica a que ello da lugar, y su fácil abuso por un legislador que quiere servirse del Derecho Penal para labores de transformación social que son ajenass a éste, cuando no para producir efectos meramente simbólicos en la sociedad. Pero en neutralizar tales defectos consiste el desafío que a la ciencia penal hace la necesaria introducción de estos objetos de tutela*" (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. **Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, n. 15, p. 26, dez. 1998). Raúl Cervini também aborda a questão, assinalando que "*[...] existen dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos afectados por las formas más gravosas de criminalidad socio-económica, uno consiste en anticipar la tipificación de acciones que en si mismas no son danosas para el bien jurídico (vía tradicional), otra de reciente aparición usa el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción. Esto se consigue, a nuestro modo de ver, al costo de borrar la nitidez de sus contornos y de poner por vía indirecta en tela de juicio los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un Derecho Penal garantizador. Sin duda se lesionam estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada, al punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta*" (CERVINI, 2003, op. cit., p. 104). Sobre o tema também se debruçou Mariângela Gama de Magalhães Gomes, para quem é amplo o debate sobre a legitimidade da utilização dos tipos de perigo, notadamente os de perigo abstrato, uma vez que nem sempre os textos legislativos são claros em descrever as condutas típicas. Em decorrência dessa constatação, anota que

Alice Bianchini, por exemplo, assevera que "aceitar a presunção absoluta do perigo pode redundar em situação na qual determinada conduta inócua, no caso concreto, venha a receber uma punição"⁶².

De outro lado, Manuel da Costa Andrade leciona que a exigência do efetivo dano ou mesmo da concretização do perigo pode acarretar, na prática, a impunidade generalizada e a perda da função preventiva⁶³.

Também decorre do princípio da lesividade a discussão sobre a possibilidade de se incriminar meros atos preparatórios, ou, como denominado por parte da doutrina, a possibilidade de se antecipar a tutela penal.

Seguindo o raciocínio até então desenvolvido, somente estará legitimado o Direito Penal a intervir diante de condutas efetivamente lesivas ao bem jurídico protegido, de modo que os chamados "crimes-obstáculos", representados por descrições típicas de atos preparatórios, não se coadunam com o princípio ora em destaque, estando, pois, ausente a fundamentação constitucional apta a autorizar a intervenção penal⁶⁴.

"importante setor da doutrina salienta que, sob a ótica do conteúdo do desvalor do crime, perigo concreto e perigo abstrato também correspondem a dois diversos níveis de antecipação - ou intensidade - da tutela penal; o perigo concreto encontrar-se-ia muito mais próximo da lesão ao bem jurídico, em relação ao perigo abstrato, de modo que os crimes de perigo abstrato realizariam uma tutela ainda mais antecipada (ou mais intensa) na medida em que essa intervenção serviria para sancionar apenas uma parte - a mais relevante - dos fatos na presença dos quais o bem jurídico pode sofrer prejuízo... no entanto, há de ser ressaltado, isso não significa que seja legítimo o alargamento das possibilidades de se tutelar o bem jurídico mesmo frente à inexistência de um perigo. O conceito de bem jurídico, ao contrário do que vem ocorrendo na prática legislativa, não pode assumir uma desmedida capacidade legitimadora, a ponto de prescindir de sua conformação ao princípio da ofensividade; não pode o seu conteúdo transformar-se de modo que, de principal fundamento da crítica aos delitos de perigo abstrato, converta-se em elemento justificante destes" (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 101-103 e 105).

⁶² BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 72.

⁶³ ANDRADE, 1998, op. cit., p. 403.

⁶⁴ Alice Bianchini defende que o processo de seleção dos bens passíveis de serem tutelados de modo antecipado impõe também a observância do princípio da proporcionalidade entre a gravidade da ofensa e o nível de dignidade do bem (BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 74). Evandro Pelarin, ao discorrer sobre o grau de antecipação da proteção penal dispensada ao bem jurídico, afirma que "[...] dada a envergadura dos bens coletivos, os mais das vezes despersonalizantes, a criminalização traz consigo a necessidade de emprego de técnicas legislativas diferenciadas; principalmente, a adoção cada vez maior das descrições de perigo, isto é, a confecção de tipos penais de delitos de perigo, nas variantes concreta e abstrata, a evidenciar o chamado resultado formal da conduta criminosa, em detrimento do clássico produto natural, ou resultado natural do crime, como forma mais evidente da tutela penal antecipada, ao lado da antiga punição da tentativa" (PELARIN, 2002, op. cit., p. 151). Mais adiante assinala que "[...] instrumentaliza-se a proteção dos bens jurídicos não através dos tipos de delitos de dano ou lesão, mas por meio dos delitos de perigo, geralmente abstratos, para os quais é suficiente a comprovação da ação. Em suma, pune-se a mera desobediência" (Ibid., p. 154). Conclui, então, no sentido de que "[...] os recortes ou os afastamentos dos princípios fundamentais do direito penal, nomeadamente aqueles derivados do iluminismo, em nome duma nova e necessária feição do direito penal intervencionista, levam a resultados insatisfatórios, ou mesmo a conclusões ilegítimas sob o ponto de vista liberal" (Ibid., p. 155), "[...] a norma penal passa a ter uma função meramente proibitiva, como reforço intimidativo ao lado de outras normas civis e administrativas" (Ibid., p. 157) e, por fim, "[...] a adaptação da intervenção penal à peculiaridade do fenômeno não pode comportar jamais uma adaptação dos princípios de direito penal constitucional às exigências do controle" (Ibid., p. 158).

2.3.1.3 Princípio da insignificância

Também há que se observar que somente lesões ou exposições a perigo essenciais dirigidas a bens jurídico-penais é que são dignas de tutela penal. Desse modo, mesmo diante de um bem jurídico penalmente relevante, não se pode, *a priori*, afirmar a necessidade de proteção penal, posto ser indispensável a análise da gravidade da ofensa a ele dirigida.

O princípio da insignificância representa, assim, um instrumento de interpretação restritiva, que se fundamenta na concepção material do tipo penal e que serve como proposição político-criminal de descriminalização de condutas que não atingem de forma relevante os bens jurídicos penalmente protegidos⁶⁵.

Segundo Alice Bianchini, são dois os sentidos que podem ser atribuídos ao princípio da insignificância, os quais surgem em distintos momentos: (i) o primeiro significado surge no interior do próprio sistema penal e se opera quando da exclusão do sistema de tudo aquilo que tenha perdido relevância social; (ii) o segundo possui abrangência anterior à elaboração da lei, atuando no sentido de impedir que sejam criminalizadas condutas de mínima repercussão social⁶⁶.

É certo, contudo, que mesmo diante de condutas potencialmente lesivas a bens jurídicos penalmente relevantes podem ocorrer situações em que a afetação ao bem jurídico seja ínfima.

Diante de tais situações não se mostra legítima a intervenção penal, devendo as condutas que se enquadrarem nesses casos serem tidas como irrelevantes ou atípicas⁶⁷.

⁶⁵ VICO MÃNAS apud QUEIROZ, 1998 apud COELHO, 2003, op. cit., p. 121.

⁶⁶ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 56-57.

⁶⁷ Nota de essencial relevo é tecida por Paulo V. S. de Souza, para quem “[...] este nível de análise está mais ligado à política criminal intra-sistemática dogmática do que propriamente à política criminal extra-sistemática (legislativo-dogmática), embora o princípio da insignificância esteja fundamentado no princípio da dignidade penal” (SOUZA, 2004, op. cit., p. 149, nota 32). André L. Callegari, por sua vez, assinala que “[...] para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade [...] o princípio da insignificância surge (para atuar) como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crime sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal” (CALLEGARI, A. L. O critério da bagatela para o crime de descaminho e o princípio da insignificância. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 56, p. 9, jul. 1997). Yuri C. Coelho assinala que “a lesividade ao bem jurídico se impõe, portanto, como condição obrigatória para aplicação da pena à conduta típica do autor, diferenciando-se, entretanto, do princípio da insignificância. Nesse, existe uma lesão ao bem jurídico, que, por ser de grau insignificante, torna o fato materialmente atípico, enquanto sob a égide do princípio da lesividade não se pune a conduta que não se configure lesiva ao bem jurídico, ou que não tenha representado ao menos perigo de lesão para este” (COELHO, 2003, op. cit., p. 122).

Há que se considerar, ainda, que a insignificância de determinada conduta deve ser constatada não somente em relação à relevância do bem jurídico atingido, mas também pela intensidade, representada pelo grau da lesão (ofensa) produzida⁶⁸.

Paulo César Corrêa Borges assinala que o primeiro texto legal no ordenamento jurídico brasileiro que consagrou o princípio da insignificância em matéria penal foi exatamente a Lei nº. 9.983/00, que inseriu no inciso II do § 3º do artigo 168-A do Código Penal a possibilidade de concessão do perdão judicial quando o valor das contribuições devidas ao INSS for igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para ajuizamento de suas execuções penais⁶⁹. Idêntica previsão foi inserta pelo mesmo diploma legal no inciso II do § 2º do artigo 337-A do Código Penal.

⁶⁸ BITENCOURT, C. R.; PRADO, L. R. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p. 87, jul./set. 1996. Para Yuri Carneiro Coelho “a aplicação do princípio da insignificância é uma imposição decorrente da sistemática penal moderna, que não pode somente se basear no desvalor da ação para entender como típico um fato, mas, sim, que deve observar o desvalor do resultado, ou seja, o grau de significância da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal”. (COELHO, 2003, op. cit., p. 120).

⁶⁹ O autor, entretanto, defende que melhor seria tratar a hipótese não como de perdão judicial, mas sim como causa de exclusão da tipicidade ou da culpabilidade do crime (BORGES, 2005, op. cit., p. 92).

2.3.1.4 Princípio da proporcionalidade (razoabilidade)

O princípio da proporcionalidade, conhecido também como princípio da razoabilidade ou princípio da proibição do excesso é um princípio implícito na ordem constitucional brasileira, porquanto deriva de uma determinada ordem de valores constitucionais⁷⁰, consubstanciando-se em verdadeiro mecanismo político-constitucional de ponderação e acomodação dos diversos interesses em jogo na sociedade.

Antes de analisar propriamente o conteúdo do princípio da proporcionalidade, na ótica do critério político-criminal da dignidade penal do bem jurídico, cumpre assinalar a existência de divergências e questionamentos na doutrina no que se refere à semelhança ou diferenciação entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

De um lado, encontram-se aqueles que tratam indistintamente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sob o argumento de que tais princípios possuem igual função, qual seja, ser um “parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico que é a justiça”⁷¹.

Segundo essa corrente de pensamento, a diferenciação de nomenclatura reside apenas em suas origens, sendo certo que tais princípios exercem um mesmo papel, isto é, o de

⁷⁰ COELHO, 2003, op. cit., p. 99. O citado autor afirma que a liberdade e a dignidade da pessoa humana são erigidos à categoria de valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, e que, portanto, ao se utilizar do princípio da proporcionalidade como fundamento para se averiguar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito da medida a ser aplicada, pode-se deduzir este princípio da própria concepção de Estado de Direito Democrático, posto ser ele o elemento de suporte das principais garantias da pessoa humana (Ibid., p. 100). Ainda, para defender seu posicionamento, cita Suzana de Toledo Barros, para quem o princípio da proporcionalidade tem assento no contexto normativo em que estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de sua proteção. Segundo ela, a aparição do princípio se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (BARROS, 2000 apud COELHO, op.cit., loc. cit.). Em estudo detalhado sobre o princípio da proporcionalidade Mariana Bolliger Maniglia assinala a existência de diferentes posicionamentos acerca da fundamentação do princípio da proporcionalidade: a) o princípio da proporcionalidade seria uma derivação do devido processo legal, e não um garantidor do Estado Democrático de Direito (países da *Common Law*); b) o princípio da proporcionalidade seria um reflexo, não do Estado Democrático de Direito, mas da necessidade de proteção dos Direitos Fundamentais; c) o princípio da proporcionalidade estaria fundamentado na própria concepção do Estado Social Democrático de Direito, Estado esse onde os Direitos Fundamentais se concretizam (MANIGLIA, M. B. **O princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro**. 2004. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca. p. 25). Luís Virgílio Afonso da Silva conclui ser infrutífera a busca por uma fundamentação positiva da regra da proporcionalidade, uma vez que “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais” (SILVA, 2002 apud GOMES, F. C. **O princípio da proporcionalidade na interpretação constitucional**: parâmetro para uma concepção pluralista do direito. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, p. 58).

⁷¹ BARROSO apud MANIGLIA, 2004, op. cit., p. 47.

atuarem como meio de controle de atos estatais, através da contenção de tais atos dentro da esfera dos limites daquilo que se considera razoável e proporcional aos fins públicos⁷².

De outro lado estão aqueles que defendem que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade são distintos, não somente por sua origem, mas por exercerem, dentro do contexto da vedação ao excesso do Poder Público, funções diversas.

Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que, em se tratando do princípio da razoabilidade, quando ocorre desobediência a sua disposição, são ultrapassados os limites considerados usuais juridicamente, no que se refere ao princípio da proporcionalidade, cabe a ele destacar tais limites, de modo a indicar como se manter dentro deles. Dessa forma, enquanto o princípio da razoabilidade tem caráter necessariamente negativo devido ao fato de somente abranger a vedação do excesso em seu sentido estrito, o princípio da proporcionalidade caracteriza-se por ser um postulado de caráter positivo⁷³.

⁷² ROLIM, 2002 apud MANIGLIA, 2004, op. cit., p. 47-48. Cabe mencionar que, segundo Luís Roberto Barroso, o referido princípio tem dupla denominação porque alguns afirmam ser ele derivado do Direito germânico, onde ele seria inerente ao Estado de Direito, enquanto outros afirmam ser ele decorrente do Direito anglo-saxão, sendo aqui extraído da cláusula do devido processo legal (BARROSO apud MANIGLIA, 2004, op. cit., p.47. Luís Virgílio Afonso da Silva "entende que a exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados, bem como a aferição de legitimidade dos fins. Já a forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã para a proporcionalidade, tem uma estrutura racionalmente definida, com sublementos independentes - a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* -, que são aplicados em uma ordem pré-definida" (SILVA, 2002 apud GOMES, 2004, op. cit., p. 54).

⁷³ ÁVILA apud CARRÁ, 2002 apud MANIGLIA, 2004, op. cit., p. 48. Mariana Bolliger Maniglia assevera que "para que o Princípio da Proporcionalidade possa ser aplicado, deve haver uma relação de causalidade entre meio e fim, isto é, deve existir um nexó causal entre o efeito de uma ação e a promoção de um estado de coisas, ou, ainda, deve haver a utilização de um meio adequado que leve ao fim esperado. No que tange ao Princípio da Razoabilidade, contrariamente ao postulado da Proporcionalidade, não há qualquer referência de causalidade entre o fim e o meio a ser empregado, mas existe sim um dever de equidade, ou seja, o geral deve estar harmonizado com o individual, dependendo a regra geral de sua aplicação ao caso concreto. O que se verifica disposto nesse princípio é a necessidade de existência de equivalência entre duas grandezas, quais sejam, a medida adotada e seu critério de dimensão" (Ibid., p. 48-49). Luís Virgílio Afonso da Silva, ao concluir pela não-identidade entre razoabilidade e proporcionalidade, afirma que o conceito de razoabilidade "[...] corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação", de modo que a regra da proporcionalidade se mostra mais ampla que a regra da razoabilidade (SILVA, 2002 apud GOMES, 2004, op. cit., p. 55).

O princípio da proporcionalidade tem sido definido, de modo mais completo, sob dois enfoques: em sentido amplo e em sentido estrito. Sob o primeiro prisma, para que haja respeito à proporcionalidade o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para atingir o objetivo proposto. De outro lado, em seu aspecto estrito, representa a proibição de se sobrecarregar o afetado com uma medida que para ele seja uma exigência excessiva, isto é, deve-se ponderar os bens e interesses individuais e coletivos juridicamente tutelados, a fim de se determinar se entre eles existe uma relação de proporção⁷⁴.

O citado princípio impõe, então, a obrigatoriedade da observância de uma relação de proporcionalidade entre o valor do bem jurídico lesionado, que o Estado protege penalmente, e o valor do bem jurídico a ser atingido com a imposição da sanção penal, isto é, seja observada uma justa medida entre o bem protegido e o bem a ser atingido pela imposição da pena.

⁷⁴ MANIGLIA, 2004, op. cit., p. 33. Em continuidade ao seu estudo, Mariana assinala que a "adequação é atingida quando se pode chegar ao resultado pretendido, importando tão-somente a sua conformidade com o objetivo. Então, a adequação exige que haja compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios apontados por ela para sua execução. A própria exigência da causalidade entre o meio a ser empregado e o fim a ser alcançado, devendo, assim, haver uma relação de causa e efeito. Essa adequação deve ser analisada em dois aspectos, um no plano abstrato e geral, quando se tratar de atos jurídicos gerais, e outro no plano concreto e individual, quando se tratar de atos jurídicos individuais" (Ibid., p. 34). Já no que diz respeito ao aspecto da necessidade ou exigibilidade, tem-se que "é exigível, ou necessário, o meio quando o legislador não puder eleger um meio distinto, igualmente eficaz, que não limite em menor grau o direito fundamental. Assim, o subprincípio da exigibilidade impõe que o meio selecionado para alcançar o fim não possa ser suprido por outro de eficácia igual e que restrinja o direito fundamental de modo menos gravoso. A necessidade, então, é a de um meio menos nocivo capaz de produzir o mesmo fim propugnado pela norma em questão" (Ibid., p. 36). Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito "exige a ponderação da importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais [...] requer a verificação de como se deu a relação entre meio e fim, sopesando a sua adequação, isto é, analisando se existe um equilíbrio entre o interesse no bem-estar da comunidade e as garantias dos indivíduos que a integram, para que não haja benefício de um em detrimento de outro. Este é o princípio da 'justa medida', determinando a colocação dos meios e fins em equação para verificar a ponderação do meio utilizado e do fim atingido" (Ibid., p. 37-38). Luís Virgílio Afonso da Silva esclarece que a diferença entre os sub-princípios da necessidade e da adequação é baseada no fato de que o exame da necessidade é impreterivelmente comparativo, enquanto o da adequação é um exame absoluto, ou seja, "[...] um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido" (SILVA, 2002 apud GOMES, 2004, op. cit., p. 56).

Pela observância do princípio ora em comento pretende-se alcançar um equilíbrio na relação existente entre o bem jurídico protegido penalmente e a conduta lesiva a ele dirigida, de modo a se respeitar uma proporcionalidade entre a dignidade penal do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e a intensidade e amplitude da sanção a ser dirigida à conduta tida por ofensiva⁷⁵.

Para que haja proporcionalidade ou razoabilidade na construção e aplicação do Direito Penal é fundamental também que seja observado o princípio da ofensividade, posto que permitir a intervenção penal (essencialmente na esfera de liberdade do indivíduo) sem que haja uma efetiva e concreta ofensa ao bem jurídico tutelado penalmente (lesão ou efetiva exposição a perigo) representa nítido afastamento da proporcionalidade, com desconsideração da dignidade humana.

Assim, em decorrência do princípio da proporcionalidade somente se torna justo tangenciar o bem jurídico liberdade (de extrema relevância) diante de uma conduta que tenha efetivamente lesionado ou exposto a perigo bem jurídico de igual ou maior valor⁷⁶.

2.3.2 Critério da carência de tutela penal do bem jurídico

O critério da dignidade penal do bem jurídico, acima analisado, constitui-se em pressuposto de legitimação da intervenção do Direito Penal. Todavia, não é absoluto, uma vez que ao seu lado há que ser observado também o critério da carência de tutela penal⁷⁷. Em outros termos, o reconhecimento da dignidade penal (merecimento de tutela penal) revela-se

⁷⁵ Segundo Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci: “[...] quanto menos grave é a ofensa (e a gravidade da ofensa decresce à medida que se afasta do estágio da lesão), tanto mais elevada deve ser a categoria do bem” (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, op. cit., p. 194). Maria da Conceição Ferreira da Cunha afirma que esse “[...] juízo de ponderação passa a ser fundamentalmente valorativo, dizendo respeito ao grau de importância do bem jurídico e de danosidade social em comparação com a importância do direito restringido e grau da sua restrição penal” (CUNHA, 1995, op. cit., p. 236). Já Yuri Carneiro Coelho assinala que “a opção político-criminal pela criminalização de determinada conduta deve levar em conta o processo de ponderação de bens, de modo que a influência da Constituição sobre o sistema penal seja completa, permitindo que possamos garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamental à existência de um Estado Democrático de Direito” (COELHO, 2003, op. cit., p. 106).

⁷⁶ Nesse contexto, Paulo César Corrêa Borges assevera que “o princípio da proporcionalidade deve ser observado pelo legislador penal e, mais ainda, pelo Poder Judiciário no momento da aplicação da lei penal, pois a sua caracterização se dá exatamente no julgamento das lides penais e a sua inobservância acarretará violação direta do bem jurídico fundamental da pessoa humana, que é a liberdade do condenado” (BORGES, 2005, op. cit., p. 215).

⁷⁷ Tido por alguns como “necessidade penal”.

condição necessária, mas insuficiente, para autorizar e legitimar a intervenção do Direito Penal⁷⁸.

Esse segundo critério traduz a regra segundo a qual o Direito Penal somente deve intervir, para se ter uma legitimação material, quando efetivamente existir carência dessa tutela penal, ou seja, quando não houver outros meios de tutela extrapenal legítimos e aptos à proteção dos bens jurídicos essenciais.

A tutela penal para ser legítima deve, pois, ser necessária. Assim, nas situações em que o bem jurídico não exigir a tutela penal para sua proteção, o Direito Penal deve se abster de intervir.

Mesmo diante de bens jurídicos penalmente relevante e de condutas ofensivas a eles dirigidas, há que se indagar da efetiva e real necessidade de intervenção penal, mormente quando existirem meios outros aptos e idôneos de controle social (segunda etapa do complexo processo de criminalização).

Assim, caso se constate que a tutela extrapenal (seja jurídica ou não jurídica) seja eficaz e menos gravosa, esta deve ser a opção do legislador e dos aplicadores do Direito, em detrimento da tutela penal, ainda que os bens jurídicos lesionados ou expostos a perigos sejam dignos de tutela penal.

Trata-se, na realidade, de um critério complementar, porquanto mesmo depois da depuração e seleção dos bens jurídicos merecedores de tutela penal e das respectivas condutas igualmente merecedoras de criminalização, há que se perquirir, antes da decisão pela intervenção penal, sobre a real necessidade da tutela pelo Direito Penal⁷⁹.

Nos dizeres de Manuel da Costa Andrade,

⁷⁸ Alice Bianchini suscita a discussão acerca se o merecimento de tutela penal implicaria a sua necessidade. Nesse contexto, reconhece que "há uma inegável relação de proporcionalidade entre dignidade do bem jurídico e necessidade de tutela penal. Tanto maior uma, tanto mais elevada a outra, ou, no sentido contrário, uma insignificante dignidade penal acarretaria uma diminuta necessidade de intervenção punitiva ou, mesmo, a sua ilegitimidade. Tal sucede também entre o dano que a conduta acarreta e a necessidade de tutela penal. Mais relevante um, mais incidente a outro" (BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 90-91).

⁷⁹ SOUZA, 2004, op. cit., p. 155. Alice Bianchini assinala que "ao juízo de necessidade de tutela penal é, portanto, atribuída a tarefa de especificar o ilícito, caracterizando-o e instituindo-lhe a qualificação de penal. Dito de outra forma: sem tal qualificação a conduta pode ter atribuição ilícita, porém não se encontrar apta a ingressar no campo do direito repressivo" (BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 105). Maria da Conceição Ferreira da Cunha leciona no mesmo sentido: "[...] a generalidade da doutrina, tem estabelecido a contraposição entre dois juízos rectores da legitimidade de intervenção penal: um em que predomina a valoração - a dignidade penal - e outro em que prevalecem critérios de utilidade e de eficácia - a carência de tutela penal [...] os dois juízos são complementares [...] enquanto que a dignidade de tutela se preocupa com quais os valores essenciais para uma dada comunidade e quais as condutas que os afectam de forma particularmente grave, a carência de tutela questiona-se, no fundo, acerca de qual a forma mais adequada e eficaz para os tutelar, dando primazia às formas menos drásticas sempre que estas respondam às necessidades sociais de protecção" (CUNHA, 1995, op. cit., p. 221-222).

Hoje é pacífico o entendimento de que a dignidade penal de uma conduta não decide, só por si e de forma definitiva, a questão da criminalização. À legitimação negativa, mediatizada pela dignidade penal, tem de acrescer a legitimação positiva, mediatizada pelas decisões em matéria de técnica de tutela ... É a redução desta complexidade sobrance que se espera do conceito e do princípio de carência de tutela penal⁸⁰.

Desse modo, a incriminação em descompasso com a carência (necessidade) de tutela penal implica ofensa aos princípios e diretrizes constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a intervenção mínima dentre outros⁸¹.

2.3.2.1 Princípio da idoneidade

A tutela penal também deve ser idônea, ou seja, deve ser apta e eficaz na proteção dos bens jurídicos dignos penalmente⁸².

Assim, a carência de tutela penal deve ser analisada sob dois juízos complementares: (i) juízo de necessidade, caracterizado pela ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; e (ii) juízo de idoneidade do Direito Penal para assegurar a tutela, bem como para realizá-la à margem de custos desmesurados no que se refere ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxima a liberdade⁸³.

⁸⁰ ANDRADE, 1992, op. cit., p. 185-186. O citado autor também afirma que no plano transistemático a carência de tutela penal dá expressão ao princípio de subsidiariedade e de *ultima ratio* do direito penal, de modo que ao direito penal só é permitido intervir quando a proteção dos bens jurídicos não possa ser alcançada por outros meios menos gravosos à liberdade. Ainda, o critério da carência de tutela penal exige que a tutela penal seja adequada e necessária para a prevenção da danosidade social, bem como que não acarrete, no caso concreto, efeitos secundários desproporcionalmente lesivos (Ibid., p. 186).

⁸¹ Alessandro Baratta assevera que "*el derecho mínimo es, al mismo tiempo [...] el derecho penal de la Constitución. Ello representa es espacio residual de la intervención punitiva en el caso de que graves violaciones de los derechos fundamentales y una demanda social ineludible lo hagan necesario. Su actuación consiste en adelantar un esfuerzo continuo por el control de los mecanismos de criminalización, por la reforma de la legislación, de la justicia, de la policía y de la cárcel*" (BARATTA, A. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 46, jan./mar. 2000).

⁸² Observa-se que Alice Bianchi considera que a "adequação e a eficácia da tutela penal" configuram uma terceira etapa do processo de criminalização. Para ela, é por meio da confrontação de análises sobre experiências concretas que se pode verificar a eficácia do sistema punitivo. Já no que se refere à adequação, são os juízos prognósticos que devem apontar um nível razoável de probabilidade de a medida legislativa alcançar os fins para os quais foi instituída. A eficácia, assim, deve ser verificada empiricamente, enquanto que a adequação representa a análise abstrata da aptidão da medida utilizada para cumprir suas finalidades. Sintetiza a autora que, para facilitar a compreensão das categorias "necessidade" e "adequação" da tutela penal, pode-se dizer que a primeira se refere a um juízo excludente, enquanto a outro a um juízo includente (BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 110-120).

⁸³ ANDRADE, op. cit., 1992, p. 186.

Desse modo, pela carência de tutela penal deve-se privilegiar formas de tutela menos drásticas e gravosas, enquanto que o princípio da idoneidade impõe que a opção pela intervenção da esfera penal seja mediada por critérios de adequação e eficácia, uma vez que restrições à liberdade dos cidadãos somente se justificam diante da necessária e idônea tutela penal a ser efetivada perante uma lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos essenciais.

Assim, mesmo diante da ausência de outro meio de controle menos grave, somente estará o Direito Penal legitimado a intervir quando se mostrar capacitado para alcançar seu fim precípua.

Na adequação deve-se observar se a medida utilizada é apta a atingir a finalidade perseguida pela norma, enquanto que a eficácia se verifica pela análise de dados concretos.

Observa-se também a necessária aproximação que deve existir entre a dignidade do bem jurídico protegido e a eficácia da norma, posto que quanto mais próximo da sociedade se encontrar o valor protegido pela norma maior será seu respeito e, assim, sua eficácia⁸⁴.

Em decorrência, pois, do princípio da idoneidade, o Direito Penal não deve intervir quando seja minimamente eficaz e idôneo para prevenir o delito, impondo-se que se evite sua intervenção quando político-criminalmente este se mostre inoperante, inadequado ou ineficaz ou, ainda, quando se revele contraproducente para efeitos de prevenção delitiva⁸⁵.

A intervenção penal, em suma, deve estar sempre acompanhada de uma relevante e eficaz proteção, com custos suportáveis, sob pena de afrontar os critérios político-criminais legitimadores e ser de pronto afastada.

2.3.2.2 Princípio da subsidiariedade

Inserido no contexto do critério de carência de tutela penal, o princípio da subsidiariedade impõe o mandamento pelo qual não deve haver a intervenção do Direito Penal nos casos em que existir a tutela de outro ramo do Direito.

⁸⁴ No mesmo sentido: "a credibilidade do ordenamento jurídico e do Direito Penal, em particular, varia de acordo com a 'quantidade de consenso social, em que se alicerça'" (ROMANO, 1987 apud PRADO, 2003, op. cit., p. 92).

⁸⁵ Todavia, relevante se mostra a observação de Maria da Conceição Ferreira da Cunha: "na nossa perspectiva, só se poderá dizer que o Direito Penal não é eficaz, que não está a cumprir, nem sequer minimamente, a sua função, nos casos em que se comprove que a prática do facto em questão não se altera (não diminui), ou altera-se de forma não significativa, quer haja criminalização quer não ou (hipótese ainda mais preocupante) que a própria criminalização se mostra desadequada, criando mais desvantagens do que vantagens, ou tendo mesmo efeitos criminógenos" (CUNHA, 1995, op. cit., p. 259-260).

Dessa forma, o Direito Penal somente deve intervir nos casos em que não houver uma tutela específica, isto é, nas situações em que seja necessária a proteção penal. Todavia, tal tutela deve ser revestida de idoneidade, ou seja, deve ser apta a proteger o bem jurídico tido por relevante, posto que se ela se mostrar inidônea para produzir essa tutela não deve ser considerada para fins de intervenção penal.

O princípio da subsidiariedade encontra-se voltado mais diretamente ao plano legislativo, de modo a orientar o legislador penal na escolha dos bens jurídicos a proteger sob o amparo do Direito Penal. Assim, após a eleição dos bens jurídicos relevantes, deve o legislador se atentar para a possível existência e idoneidade de outros meios de tutela que não a penal, uma vez que, somente depois de afastadas todas as outras formas de proteção oferecidas pelo ordenamento jurídico é que estará o Direito Penal legitimado a intervir.

Em conclusão, o legislador somente deve optar pela tutela penal diante de um bem jurídico socialmente relevante em relação ao qual as demais formas de tutela não se mostrem aptas a proteger⁸⁶, uma vez consistir em função estatal a mínima interferência na vida do cidadão, de modo a lhe garantir a máxima liberdade (a atuação do Direito Penal deve ser residual).

Cabe, ainda, ressaltar que pelo critério da ofensividade⁸⁷, o desvalor do resultado (efetiva lesão ou exposição a perigo do bem jurídico penalmente tutelado) passou a possuir enorme importância na teoria do delito, de modo a impor que os tipos penais evitem a descrição de condutas representantes de meros atos preparatórios ou de intenções.

Com essa noção, conjugada ao critério da subsidiariedade ora em comento, tem-se que toda preocupação prevencionista, representada na proteção da mera infração da norma imperativa, deve ser objeto de disciplina de outros ramos do Direito, deixando-se o Direito Penal apenas como “soldado de reserva”, ou seja, a atuação do Direito Penal somente se legitimaria diante da ineficácia da intervenção das demais esferas jurídicas.

⁸⁶ “Diante das limitações que acabam de ser alinhadas conclui-se que a missão do Direito penal (do *ius libertatis*) tampouco é a de proteger todos os bens jurídicos considerados relevantes; e muito menos diante de todos os ataques a esses bens, senão que, penalmente, a única proteção proporcional e admissível é a de natureza fragmentária e subsidiária” (GOMES, 2002, op. cit., p. 52.) Paulo de Souza Queiroz afirma que essa característica de subsidiariedade advém, em primeiro lugar, da unidade lógica do direito e, em segundo lugar, de imposição político-criminal, porquanto consistindo o Direito Penal a manifestação mais enérgica do ordenamento jurídico, somente deve ter lugar em hipóteses singulares, representadas por situações de ofensas a bens jurídicos fundamentais para cuja repressão não se mostrem suficientes e aptas as demais sanções previstas na ordem jurídica, demandado, assim, um *plus* de gravidade (proporcional ao grau de lesão e à significação social dos danos causados) (QUEIROZ, P. S. **Do caráter subsidiário do direito pena**: lineamentos para um direito penal mínimo. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 48-49).

⁸⁷ Vide item 2.3.1.2.

2.3.2.3 Princípio da *ultima ratio*

Trata-se de princípio que caminha ao lado do princípio da subsidiariedade, o que leva muitos a os assemelharem, porquanto também representa critério para limitar a intervenção penal aos casos estritamente necessários.

Por esse princípio viabiliza-se a regra segundo a qual mesmo havendo a previsão de tutela penal diante de exposição a perigo ou lesão a um bem jurídico socialmente relevante, deve-se verificar se no caso em concreto as outras formas de tutela não se mostram aptas a protegê-lo. Em outros termos, devem-se esgotar todos os meios de tutela extrapenal antes de se optar pela aplicação da tutela penalmente prevista.

Assim, o recurso à privação de liberdade deve ser a *ultima ratio*, ou seja, somente deve-se optar pela concretização da tutela penal quando esta se mostre indispensável à proteção do bem jurídico tutelado, devendo-se restringir o campo do ilícito penal ao estritamente necessário.

2.3.2.4 Princípio da proporcionalidade

Segundo o princípio da proporcionalidade, agora no seu aspecto de carência de tutela penal, deve-se observar o imperativo de que se houver um meio menos lesivo para atingir as finalidades de política criminal pretendidas do que a tutela penal, aquele deve ser utilizado, porquanto nesses casos não se configura uma carência penal tão grave que justifique a intervenção do Direito Penal para se atingir as finalidades de política criminal previstas.

Exige-se, então, uma necessária proporção entre o sacrifício de bens e os males a evitar. Representa a confrontação entre o peso do sacrifício que se impõe ao indivíduo afetado pela restrição de um determinado direito fundamental em relação aos benefícios que possam decorrer dessa imposição de restrição em prol de determinado interesse individual ou coletivo⁸⁸.

Cabe recordar, ademais, que a eleição dos bens jurídicos a serem tutelados penalmente deve ter por fundamento os valores previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal. Assim, deve-se observar a hierarquia de valores constitucionais por

⁸⁸ BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 83.

ocasião da previsão, abstrata e em concreto, da pena a ser imposta ao agente responsável pela prática de uma conduta criminosa.

Nos dizeres de Fernando Andrade Fernandes,

[...] nesta fase da dinâmica punitiva estatal o legislador deverá considerar o valor social do bem jurídico objeto da tutela. Dessa forma, na sua previsão abstrata da lei, a gravidade da pena altera-se conforme o valor que a Ordem Jurídica atribui ao bem jurídico protegido, levando-se em conta a hierarquia de valores que a própria Constituição estabelece⁸⁹.

Desse modo, pelo princípio da proporcionalidade, agora focado sob o prisma da carência de tutela penal, exige-se que se eleja, dentre todos os meios disponíveis de atuação do Estado, aquele que seja menos gravoso ao indivíduo a ser afetado pela sanção penal, assim como também deve ser observada a proporcionalidade em relação ao valor do bem jurídico lesionado e a intensidade da pena a ser imposta ao agente do delito.

Alice Bianchini revela que a importância da observância dessa proporcionalidade "decorre do fato de a gravidade da intervenção penal ter sua variação atrelada ao grau de merecimento de pena/restrição da liberdade humana"⁹⁰.

Como bem asseverou Paulo César Corrêa Borges,

Se de um lado a segurança é um dos objetivos da formação do Estado, isto é, trata-se de uma de suas finalidades, por outro, a dignidade da pessoa humana é um de seus fundamentos e, portanto, seu limite intransponível. A liberdade e a igualdade que são também aspectos da dignidade da pessoa humana, até por razões históricas da evolução do Estado, são direitos fundamentais que se complementam e representam uma contraposição à exacerbação do direito à segurança⁹¹.

⁸⁹ FERNANDES, F. A. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 771.

⁹⁰ Ibid., p. 85. Mariana Bolliger Maniglia afirma que "a primeira função do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, dessa forma, deve ser a ponderação entre o valor do bem jurídico e o estabelecimento de uma pena mínima para a sua proteção, apesar dessa função ser extremamente difícil, já que os valores dos bens se alteram conforme ocorrem as mudanças na sociedade [...] da mesma forma que a pena mínima se mostrou essencial, a pena máxima também o é [...]. O que devemos mencionar [...] é a necessidade de uma margem não muito grande entre as duas penas e de determinada proporção entre elas. Assim, o intervalo existente entre a pena mínima e a pena máxima não deve ser muito extenso, sob pena de se realizar uma confusão valorativa, já que as lesões a bens jurídicos diferentes estariam sendo punidas de forma semelhante se houvesse uma margem muito ampla entre as duas penas" (MANIGLIA, 2004, op. cit., p. 118). Mais adiante acrescenta que "no que tange ao segundo aspecto do princípio da proporcionalidade em sentido estrito [...] é mister atentar para o fato de que a aplicação da pena interfere diretamente nos direitos daquele que cometeu o crime. Essa interferência, ou melhor, essa lesão ao bem jurídico do agente, seja ele a liberdade ou o patrimônio, para que não se torne inconstitucional por ferir a dignidade da pessoa humana, deve ter o mesmo tamanho que a lesão que foi por ele causada a uma outra pessoa. Sendo assim, o legislador deve ponderar o valor do bem jurídico a ser protegido criminalmente e o desvalor da conduta a ele afrontosa (interesse geral) com o valor da liberdade ameaçada pela previsão legal de pena à prática da conduta (interesse individual)" (Ibid., p. 119).

⁹¹ BORGES, 2005, op. cit., p. 70.

Deve-se, então, verificar os custos sociais e individuais decorrentes da utilização do Direito Penal, sendo certo que o meio penal não estará avalizado se os custos não forem compensados (relação custo-benefício)⁹².

Por fim, há que se destacar que o princípio da proporcionalidade deve ser observado, ainda, no que toca à relação entre a intensidade da lesão ao bem jurídico do agente e a finalidade de política criminal⁹³.

⁹² Rilda Saraiva recorda que a Constituição Federal de 1988 deu especial relevo à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à eliminação dos preconceitos e de quaisquer outras formas de discriminação e à prevalência dos direitos humanos, de modo que todos esses aspectos devem ser considerados na construção do ordenamento jurídico-penal brasileiro. (SARAIVA, R. **A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 3). Jorge de Figueiredo Dias, por sua vez, afirma que “uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, em particular da política jurídica, se revelem *insuficientes e inadequados*. Quando assim não aconteça aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob precisa forma de violação do princípio da *proibição de excesso*” (DIAS, 1999, op. cit., p. 78).

⁹³ Para Mariana Bolliger Maniglia “nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade em seu aspecto de idoneidade, se mostra extremamente importante, tendo em vista que ele garante ao cidadão o não ferimento de seus direitos fundamentais, na medida em que nega legitimidade para as incriminações inaptas a atingirem a função de prevenção, a qual também é por ele regulada. Assim, quando há desproporção entre os danos causados aos indivíduos ou à sociedade e as vantagens obtidas pelo emprego da norma, esta se torna ilegítima” (MANIGLIA, 2004, op. cit., p. 138).

2.4 Síntese conclusiva

Considerando, pois, todo o acima exposto, isto é, a construção dos critérios político-criminais (e os princípios deles decorrentes) legitimadores da intervenção penal, cabe mencionar que os mesmos, embora ainda não representem critérios positivos para a eleição dos bens jurídicos merecedores a necessitados de uma tutela penal (aptos a permitir a elaboração de um rol exaustivo de bens a serem tutelados pelo Direito Penal), consubstanciam-se em legítimos critérios negativos (indicadores das condutas que não merecem ser tuteladas pela esfera penal)⁹⁴.

Ditos critérios negativos funcionam, em verdade, como parâmetros de deslegitimação (muito mais que de fundamentação) no processo de escolha dos bens jurídico-penais, atuando como limites ao legislador e conferindo ao intérprete a possibilidade de alegar ser ilegítima determinada tipificação por ofensa a estes critérios.

Assim, os critérios político-criminais ora delineados devem nortear as opções legislativas, bem como devem acompanhar todo o processo de interpretação e aplicação legal, possibilitando que não ocorra um afastamento das categorias de dignidade e carência de tutela penal no plano da concretização do tipo penal⁹⁵.

Cabe, nesse particular, asseverar que grande parte da doutrina converge em torno de algumas premissas antes formuladas, as quais são sinteticamente apontadas: (i) a missão do Direito Penal em um Estado constitucional e democrático de direito é a de proteção de bens

⁹⁴ Luiz Flávio Gomes assevera que "[...] ainda que o conceito em questão não possa cumprir o milagre ou a mágica de oferecer uma completa e indiscutível enumeração (uma lista fechada) dos bens jurídicos (função positiva, *numerus clausus*), seria um grande equívoco supor ou afirmar sua inutilidade ou absoluta ineficácia político-criminal, porque, diante do legislador, é certo que pode cumprir dois papéis (duas funções ou dois limites) muito relevantes: (a) o primeiro é de natureza indicativa, é dizer, em decorrência do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, hoje se reconhece (indicativamente) que somente os bens existenciais (individuais ou supra-individuais) mais importantes para o ser humano, é dizer, os que são indispensáveis para o desenvolvimento da sua personalidade merecem ser contemplados em uma norma como objeto de proteção (e, por conseguinte, da ofensa) penal; b) o segundo é de caráter negativo, no sentido de que estamos em condições de afirmar, com boa margem de segurança, ao menos quais bens não podem ser convertidos em objeto da tutela (e da ofensa) penal: a moral, a ética, a religião, a ideologia, os valores culturais como tais etc." (GOMES, 2002, op. cit., p. 55).

⁹⁵ No mesmo sentido Yuri Carneiro Coelho, para quem "este juízo, de proteção de bens jurídicos considerados fundamentais à convivência pacífica da sociedade, é delegado ao legislador em um primeiro momento, quando este avaliará se a conduta que pretende criminalizar terá por função a proteção de um bem jurídico, representativo de um valor constitucional relevante, e se, naquele momento, revela-se adequada a utilização da tutela penal daquele bem jurídico. Igualmente importante será a análise sistemática a ser efetivada pelo poder judiciário, ao se deparar com o tipo penal analisando se o bem jurídico tutelado no corpo daquele tipo penal tem dignidade constitucional suficiente para ser considerado legítimo e não violar o princípio da liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, como núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito" (COELHO, 2003, op. cit., p. 107-108).

jurídicos e não a tutela da moral⁹⁶, da ética, da religião, de uma determinada ideologia ou subcultura, cabendo ao Estado tolerá-las e respeitá-las; (ii) que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos deve cumprir tanto uma função político-criminal (*de lege ferenda*) como dogmática (*de lege lata*); que constitui um limite ao legislador assim como ao intérprete e aplicador da lei; (iii) que sua função não é exercida só de forma indicativa (orientativa), senão sobretudo de modo negativo; (iv) que a Constituição e os princípios da ofensividade e intervenção mínima configuram importantes limitações negativas que não podem ser extrapoladas pelo legislador⁹⁷.

Resta assente, desse modo, que nem todo bem jurídico exige proteção penal, mas apenas aqueles que forem considerados dignos penalmente. Também há que se observar que a conduta a ser criminalizada tem de ofender, de modo a causar um grave dano social, o bem jurídico penalmente tutelado. Por fim, se impõe que a tutela seja necessária, não se mostrando suficientes outros meios de defesa menos agressivos. Ainda, deve a tutela penal mostrar-se adequada e suficiente.

⁹⁶ Alice Bianchini, citando Mir Puig, assinala que isso não significa que os bens jurídicos não possam ser bens morais, "*mas exige que tenham algo mais que os façam merecedores de proteção jurídico-penal*" (PUIG, 1996 apud BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 35).

⁹⁷ GOMES, 2002, op. cit., p. 59-60. Marcelo R. da Silva destaca que "[...] o bem jurídico serve, quando menos, para dar forma e conteúdo ao tipo criminal, e também para sistematizá-lo de maneira concatenada e organizada dentro dos estatutos penais. Porém não é só. Não podemos olvidar sua função hermenêutica, conferindo substrato imprescindível à interpretação teleológica da norma [...] A mera identificação formal entre a conduta abstrata (prevista na lei) e a real (efetivamente praticada) não basta ao perfazimento do crime. O bem jurídico é ponto de partida obrigatório tanto ao legislador, ao elaborar a norma, quanto ao operador do Direito, ao aplicá-la; é o que efetivamente os ata enquanto equacionadores das divergências eclodidas no seio da comunidade, sob pena da mais completa e absoluta subversão dos sistemas social e legal" (SILVA, M. R. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, p. 173-174, out./dez. 2003). Yuri C. Coelho, por sua vez, afirma que "o princípio da intervenção mínima estabelece que o direito penal só deve atuar quando for necessária a proteção de bens jurídicos considerados fundamentais à convivência pacífica em sociedade e somente quando formas menos gravosas de intervenção não sejam suficientes para evitar a lesão ao bem jurídico [...] ocorre que a necessidade de intervenção penal apenas nestas circunstâncias se faz necessária, em face da possibilidade de incorrerem no grave erro de transformar o direito penal em um instrumental apenas simbólico" (COELHO, 2003, op. cit., p. 113).

Ainda, em que pese existir um relativo consenso sobre ser o fim do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, tal assertiva ainda repousa, não obstante todos os critérios acima delineados, em fundamentos inseguros. Desse modo, a busca por uma materialização da teoria do delito e do próprio bem jurídico consiste atualmente em um dos problemas ainda não solucionados do Direito Penal⁹⁸.

Na tentativa, pois, de contribuir para esse debate, será analisada no próximo capítulo a figura típica descrita no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, objetivando sua efetiva materialização, isto é, sua inserção nos paradigmas da nova teoria do delito sob o prisma da proteção de bens jurídicos essencialmente relevantes.

Tendo por certo que o bem jurídico Previdência Social⁹⁹ se mostra relevante, uma vez que, apenas para demonstrar sua essencialidade, no ano de 2005 foi dependido com o pagamento de benefícios pela Previdência Social o total de R\$146.010.130.000,00 (cento e quarenta e seis bilhões, dez milhões, cento e trinta mil reais) e apenas em junho de 2006 foram gastos R\$12.430.879.000,00 (doze bilhões, quatrocentos e trinta milhões e oitocentos e setenta e nove mil reais) para a manutenção de 24.036.145 (vinte e quatro milhões, trinta e seis mil e cento e quarenta e cinco) de benefícios¹⁰⁰, será analisado se e em quais circunstâncias a tutela penal se mostra autorizada e legítima, de modo a se verificar se a figura

⁹⁸ L. R. Prado assevera que "[...] os bens jurídicos devem ser suscetíveis de concretização [...] a concretização deve ser tida como um critério de criminalização que alude antes à necessidade de que a distância prospectiva entre o comportamento incriminado e o interesse final tutelado não seja tão ampla de molde a impedir de revelar este último na concreção do primeiro" (PRADO, 2003, op. cit., p. 103). Márcia D. L. de Carvalho, por sua vez, defende que "se [...] o conteúdo da tipicidade é o bem jurídico, se só a partir dele se pode dar um conteúdo ao injusto, ele se torna, então, o ponto de união entre dogmática e política criminal, isto é, entre teoria do delito e realidade social. Ao lado de sua função garantidora, indicando o que e por que se protege e por isto se sanciona, apresenta uma função material, qual seja, a de fornecer conteúdo ao injusto, isto é, à tipicidade e à antijuridicidade" (CARVALHO, M. D. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992. p. 35). F. Muñoz Conde, em estudo sobre os princípios político-criminais que fundamentam os delitos socioeconômicos, afirma que "*mi conclusión fundamental es que el Derecho Penal Económico es, sin duda, una parte importante del moderno Derecho Penal y quizás una de las que tenga más futuro, pero mientras no se demuestre lo contrario, son las categorías y principios generales del Derecho Penal en su conjunto las que deben emplearse para resolver sus problemas. Una vez más, el rigor de una buena Dogmática orientada policriticriminalmente a las consecuencias puede ser más fructífera que muchas reformas coyunturales que atrapadas por el signo de la época intentan dar respuestas puntuales a problemas que no son problemas específicos de hoy, sino de ayer, de mañana y de todos los tiempos*" (MUÑOZ CONDE, F. Principios policriticriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 20, jul./set. 1995). A. Copetti também analisa o problema, concluindo que "numa perspectiva acrítica e conservadora, a dogmática tradicional tem criado sérios problemas à concretização da teoria do bem jurídico dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito, e, por consequência, à própria pragmatização do direito penal vigente, ao buscar constantemente um critério positivo de identificação dos bens jurídicos que demandam a proteção penal, atendendo a um modelo da filosofia ontológica de busca de legitimação apriorística das proibições e sanções" (COPETTI, 2000, op. cit., p. 103).

⁹⁹ Assertiva que será melhor enfrentada no item 3.1.1.

¹⁰⁰ Dados obtidos em consulta ao Boletim Estatístico da Previdência Social (BEPS) de junho de 2006 (BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Boletim Estatístico**. Jun. 2006. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13_05.asp>. Acesso em: 22 ago. 2006).

delitiva prevista no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal atende aos critérios político-criminais acima delineados¹⁰¹.

¹⁰¹ Denota-se aqui, de modo inequívoco, a correlação da pesquisa com a área de concentração do curso de mestrado (Direito Obrigacional Público e Privado), sob dois aspectos essenciais: a) direito à segurança social, no qual se insere a Previdência Social, por meio do qual o Estado se vê obrigado a estabelecer condições sociais mínimas para uma digna manutenção dos indivíduos e suas famílias (obrigação do Estado – público); b) compatibilização do delito de apropriação indébita previdenciária (espécie do gênero direito penal tributário) com a função legitimadora do bem jurídico-penal, mediante a aplicação dos critérios político-criminais de dignidade penal e carência de tutela penal, com vistas a diferenciá-lo do ilícito fiscal, caracterizado pelo descumprimento pelo contribuinte de uma obrigação fiscal imposta pela legislação extra-penal (obrigação do particular/contribuinte – privado).

CAPÍTULO 3 DA TIPICIDADE MATERIAL DO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (art.168-A, §1º, inciso I, do Código Penal)

Antes de adentrar na análise do tipo penal previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, cumpre tecer algumas considerações sobre a tipicidade penal, notadamente face à construção que ora se propõe da teoria do delito (fundada no bem jurídico-penal).

A tipicidade, dentro dessa nova construção da teoria do delito, passa a exigir três níveis de valoração, a saber: (i) subsunção ou adequação formal da conduta à letra da lei; (ii) imputação objetiva e subjetiva ou normativa da conduta (dolo ou culpa); e (iii) produção de um resultado jurídico penalmente relevante¹.

Nessa ótica, a tipicidade já não pode mais ser vista como puro juízo lógico-formal, devendo, por outro lado, incorporar para além desse aspecto naturalístico também o jurídico, uma vez que o defeito da visão essencialmente formal é que não considera critérios como o da ofensividade e razoabilidade².

Também ganha importância, notadamente em relação aos bens jurídicos supra-individuais, a questão atinente à descrição do tipo penal. Assim, se de um lado tem-se que quanto mais definido seja o bem jurídico penalmente protegido, mais claramente se verifica uma técnica de realização livre, de outro, é certo que quanto mais difuso for o bem jurídico a ser penalmente amparado, mais necessariamente deverá ser uma técnica de realização típica vinculada³.

O tipo penal deve conter, também, de modo objetivo e preciso, a matéria de proibição, descrevendo todos seus elementos essenciais, sem incorrer em impropriedades ou

¹ Manuel da Costa Andrade assinala que "[...] ao tipo cabe, assim, a função de descrever como um ilícito agravado (*gesteigertes*), o ilícito digno de pena e carecido de tutela penal. O que equivale a definir a dignidade penal e a carência de tutela penal como momentos irrenunciáveis e nucleares do seu universo de sentido. E, como tais, a predeterminar a compreensão e a extensão tanto do tipo como dos singulares elementos da factualidade típica" (ANDRADE, 1992, op. cit., p. 190-191).

² "O legislador deve se preocupar em considerar os valores fundamentais, sem desfigurar, através de tipicidades penais, o sentido que lhes foi atribuído. Desse modo, impõe-se a elaboração de um conceito material de delito sobretudo a partir dos ditames jurídico-constitucionais, gizada na atividade legislativa penal de individualização dos bens que devem ser protegidos" (PRADO, 2003, op. cit., p. 95). Luiz Flávio Gomes adverte que, em decorrência dessa visão essencialmente formalista, alheia à discussão sobre a efetiva danosidade social do delito, "no dia-a-dia forense, em consequência, o órgão acusador não se preocupa com nada mais que demonstrar os requisitos típicos formais do fato. Demonstrada a tipicidade nestes termos literais ou formais, automaticamente já se admite que o fato é antijurídico, salvo se o acusado comprovar uma causa de exclusão da ilicitude. Essa é uma visão acentuadamente formalista do injusto penal e do Direito penal" (GOMES, 2002, op. cit., p. 37).

³ SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 117.

utilizar termos e expressões genéricas e dúbias, uma vez que deve ser possível aferir com exatidão seus limites.

Por outro lado, é imprescindível, para a delimitação e configuração do perigo, que haja a probabilidade de lesão a um bem jurídico penal (princípio da lesividade/ofensividade).

No que se refere à discussão quanto à utilização de tipos penais de perigo abstrato para a proteção de bens jurídicos supra-individuais⁴, cabe mencionar que a Associação Internacional de Direito Penal, em colóquio realizado em Freiburg (Alemanha) em 1982 sobre crimes contra a economia, editou a Resolução n.º.8, que assim dispõe:

Os crimes de perigo abstrato (*per se bans; abstrakte Gefährdungsdelikte; délits obstacle*) são meios válidos de combate à criminalidade econômica desde que a conduta proibida seja claramente definida pelo legislador e se relacione diretamente com interesses protegidos claramente identificados. A sua utilização como simples processo de facilitar a prova não se justifica⁵.

A tendência, pois, é enriquecer materialmente a teoria do fato típico. Isso, todavia, não conduz a um esvaziamento da antijuridicidade. O fato típico, tido como aquele fato ofensivo ao bem jurídico tutelado, representa o aspecto positivo do juízo da antijuridicidade (material), enquanto que as causas justificantes denotam seu aspecto negativo.

O injusto penal é, assim considerado, o fato típico já valorado como antijurídico e não acobertado por nenhuma causa excludente da ilicitude⁶.

⁴ Vide discussão sobre o tema abordado no item 2.3.1.2 Princípio da lesividade (ofensividade).

⁵ COSTA, J. F.; ANDRADE, M. C. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982). In: FRANCO, A. S. et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 119. Os citados autores comentam a origem da referida resolução: “*e é fundamentalmente devido ao facto de a criminalidade económica ser refractária a uma valoração objectiva do desvalor do resultado – este traduz-se muitas vezes unicamente numa violação da confiança no sistema económico [...] que o legislador sente a necessidade de considerar que o mero pôr em perigo determinados bens jurídicos é um elemento do tipo (crimes de perigo concreto) ou mesmo entender que a produção do perigo nem sequer é elemento do tipo (crimes de perigo abstracto). É evidente que principalmente os crimes de perigo abstracto facilitam enormemente a superação das dificuldades de prova que a criminalidade económica acarreta [...] No entanto, tal maneira de conceber as coisas foi fortemente criticada no relatório da Alemanha Federal, que, com intuito limitador, considera ser necessário, para que o tipo se realize, a produção de outras condições complementares, nomeadamente a manifestação do perigo conjugada com certos factos concretos (v.g., situação de crise nos crimes de falência). O eco desta e de outras críticas que no decorrer da discussão foram ganhando forma está presente na Resolução n.8” (Ibid., p. 111-112).*

⁶ GOMES, 2002, op. cit., p. 42.

Pois bem, para iniciar a análise dos elementos do tipo penal objeto do presente estudo⁷, cumpre transcrevê-lo:

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

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

§1º. Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

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

3.1 Dos elementos descritivos objetivos

Conforme leciona Francisco de Assis Toledo, a expressão “elementos objetivos” designa todas as circunstâncias da ação típica que não pertençam ao psiquismo, ou seja, ao mundo anímico do agente.

São denominados de “objetivos” exatamente por serem independentes do sujeito agente, possuindo validade externa que não se restringe ao agente, mas que pode ser aferida

⁷ Ressalta-se que o enfoque dado ao presente trabalho foi a análise do tipo penal previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal, com relevo no plano da tipicidade material. Desse modo, não são objeto de análise questões pertinentes às demais categorias do delito (ilicitude e culpabilidade), tampouco questões de ordem processual-prática. Em especial no que se refere à discussão sobre a necessidade de prévio exaurimento do procedimento administrativo para início da ação penal, recomenda a leitura do artigo da lavra de Luiz Flávio Gomes (GOMES, L. F. O prévio exaurimento da via administrativa nos crimes previdenciários ou tributários e a questão da suspensão do processo e da prescrição. In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito penal e direito processual penal**: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 151-163); Wladimir Novaes Martinez (MARTINEZ, W. N. **Os crimes previdenciários no código penal**. São Paulo: LTr, 2001, p. 16-19); Nelson Bernardes de Souza (SOUZA, N. B. Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 3, n. 4, p. 7-19, jan./mar. 1997). No que se refere à aplicação e interpretação das causas de extinção da punibilidade e do perdão judicial, indica-se a leitura de: Helvécio Damis Oliveira Cunha (CUNHA, H. D. O. **A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137/90 e contra a previdência social da Lei nº 9.983/00**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003); Marcelo Leonardo Tavares (TAVARES, M. L. Crimes contra a previdência social. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 7, n. 4, p.17-19, jan./mar. 2001); Roberto Podval e Paula Kahan Mandel (PODVAL, R.; MANDEL, P. K. Crimes de apropriação indébita e de sonegação de contribuição previdenciária: comentários críticos à lei n. 9.983, de 14/07/00. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 65, p.111-116, fev. 2001); Carlos Kauffmann (KAUFFMANN, C. **Crime previdenciário e tributário: o reforço para a execução fiscal**: a lei nº.10.684 reforçou a função arrecadatória estatal com uma arma poderosíssima. Disponível em: <<http://maill.uol.com.br/cgi/webmail.exe>>. Acesso em: 29 dez. 2004.); Sérgio Rosenthal e Roberto Podval (ROSENTHAL, S.; PODVAL, R. A lei nº 9.639/98 e a anistia nos crimes contra a seguridade social. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 68, p. 7, jul. 1998); Euro Bento Maciel Filho (MACIEL FILHO, op. cit., 2002, p.162-199). Já no tocante à categoria da culpabilidade: Luciano Nascimento Silva (SILVA, L. N. O princípio da culpabilidade no direito penal tributário: um estudo acerca dos vocábulos latinos "*nullum crimen sine culpa*" e "*nulla poena sine culpa*". **Jus Navigandi**, Teresina, v. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3557>>. Acesso em: 13 out. 2005).

por outras pessoas além deste. Por outro lado, há que se ressaltar que todos os elementos objetivos devem estar abrangidos pelo dolo do agente⁸.

3.1.1 Do bem jurídico penalmente protegido

O primeiro elemento descritivo objetivo do tipo penal é o bem jurídico penalmente protegido, nem sempre explícito no tipo, mas que por ele é exteriorizado.

O objeto da proteção penal tem, por essência, origem social, não sendo, portanto, uma decisão exclusiva do legislador, em que pese, em virtude do princípio da legalidade, ser ele o responsável pela eleição dos bens de maior relevância e respectiva tipificação da conduta. Nos dizeres de Luiz Flávio Gomes "bem jurídico, assim, não é nada mais que a expressão normativa de uma relação social conflitiva"⁹.

Também é importante diferenciar o bem jurídico da *ratio legis*, de modo a assumir uma mudança metodológica, deixando de lado o método técnico-jurídico puramente formal e positivista e adotando o método da ponderação¹⁰, por meio do qual a dogmática encontra-se vinculada à política criminal.

Cabe esclarecer, ademais, a relação existente entre o tipo penal, a norma penal e o bem jurídico-penal. O tipo penal descreve uma conduta, extraída da realidade social, que nega a relação social afirmada pela norma. Esta, por sua vez, afirma uma relação social concreta e determinada, positivamente valorada. É pelo confronto entre a realidade valorada pela norma e a realidade negada pelo tipo que se revela o bem jurídico-penal. O que está por detrás do tipo penal é a norma, sendo que o bem jurídico encontra-se dentro da norma (realidade social positivamente valorada).

Conforme já desenvolvido no capítulo segundo, item 2.3.1.3, pelo princípio da ofensividade se mostra irrazoável que o legislador descreva como figura delitiva uma mera desobediência ou uma simples transgressão de uma norma ou de um dever.

Da mesma forma, devem-se evitar tipos penais em que o objeto da tutela penal seja vago, amplo ou indeterminável, uma vez ser menor sua capacidade de lesividade e,

⁸ TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.153-154.

⁹ GOMES, 2002, op. cit., p. 115.

¹⁰ Luiz Flávio Gomes assinala que "direito penal já não é mera subsunção, senão ponderação. Como consequência da realização literal do tipo deve advir um resultado jurídico relevante, intolerável, contra o bem jurídico tutelado, não amparado por outra regra jurídica, que perturbe interesses alheios (resultado contrário aos direitos de outras pessoas) e que seja objetiva e subjetivamente imputável" (Ibid., p. 68, nota 84).

proporcionalmente, maior seu distanciamento do princípio da ofensividade, que prega que o bem jurídico seja algo determinado ou, ao menos determinável, e suscetível de concreta ofensa¹¹.

Acresce-se que, nos tipos penais em que o legislador não assinalou com clareza e precisão o bem jurídico amparado pela norma penal, caberá, então, ao operador do Direito atuar como intérprete, sempre observando os critérios de política-criminal alinhados no capítulo anterior.

Analisando propriamente o tipo penal descrito no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, tem-se que a norma penal busca proteger a Previdência Social.

Numa primeira análise, depreende-se a legitimidade da intervenção do Direito Penal, uma vez consistir a Previdência Social num dos pilares da Seguridade Social¹², pilar esse que está constitucionalmente voltado a atender às demandas de caráter social, notadamente em situações de riscos sociais como idade avançada, invalidez, doença, morte, reclusão, maternidade dentre outros. Assim, a Previdência Social pode ser efetivamente reconhecida como um bem jurídico digno de proteção penal.

Antes de adentrar no estudo do aspecto da carência de tutela penal da Previdência Social, merece atenção especial a análise da sua correlação com a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro conforme estatuído no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

¹¹ Édson Luís Baldan também destaca outra consequência da não descrição exata e clara nos tipos penais: “ao lançar uma norma penal econômica, devem as agências legislativas acautelarem-se em fazê-lo com estrita obediência ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, sob pena de não angariar à sua tese (necessidade de repressão estatal-penal à conduta violadora daquele bem) o assentimento de seu auditório (administrados em sentido amplo) fazendo fenecer os sentimentos de obediência e acatamento à Lei como instrumento da ordem pública econômica e [...] fragilizando o discurso legitimador do Direito Penal” (BALDAN, E. L. **Por uma delimitação conceitual do direito penal econômico pela análise da ordem econômica como bem jurídico tutelado**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 173).

¹² Nelson Bernardes de Souza compartilha desse entendimento, assinalando “[...] a importância de um sistema previdenciário sadio, capaz de atender às diversas hipóteses de sinistros ocorrentes em meio a enorme massa de trabalhadores brasileiros. Um sistema dito de cobertura universal, como o nosso, precisa contar com uma enorme capacidade financeira para atender a demanda por seus benefícios e prestações, sempre crescente, tendo em vista o aumento demográfico. E, ainda mais, para compatibilizá-lo com os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, da criação de uma sociedade justa (arts. 1º, III, IV, 3º, I, da Constituição Federal de 1988)” (SOUZA, N. B. **Ilícitos previdenciários: crimes em pena?** *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, v. 2, n. 4, p. 100, jan./mar. 1996).

A dignidade da pessoa humana, ao ser alçada à categoria de fundamento do Estado brasileiro, passou a exercer papel essencial de vetor interpretativo¹³, não apenas da atividade hermenêutica dos direitos fundamentais, como também o de norma cuja concretização a ciência jurídica deve incessantemente buscar¹⁴, uma vez que se traduz em uma condição imprescindível à vida humana.

Há que se visualizar, ademais, que o homem é o fim da norma, e não um meio a ser alcançado, de modo que as normas devem ser interpretadas e concretizadas sempre com vistas a materializar condições de existência digna ao homem¹⁵.

Por outro lado, tem-se que a dignidade da pessoa humana não deve ser tida apenas como valor axiológico, apto a atuar como princípio regente na interpretação do sistema constitucional, pois possui, em verdade, uma outra função, consistindo também em norma de direito material.

Como bem ressaltou Jussara Maria Moreno Jacintho,

Acreditamos que a dignidade humana possua duas dimensões. A primeira, uma dimensão axiológica, em que o princípio da dignidade humana assume a posição de eixo hermenêutico de toda ordem constitucional, funcionando como o valor que vai conferir unidade material à Constituição. Na sua segunda dimensão, a dignidade humana apresenta-se como direito fundamental, de natureza jusfundamental, cujo núcleo essencial é integrado por várias prestações positivas e negativas¹⁶.

Torna-se necessário, ainda, delimitar o âmbito de proteção da norma que expressa a dignidade da pessoa humana, em outros termos, visualizar o bem jurídico protegido pela

¹³ Nas palavras de Jussara Maria Moreno Jacintho a dignidade da pessoa humana atua como "norma constitucional principiológica, a capitanear a interpretação constitucional" (JACINTHO, J. M. M. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 23). Alexandre de Moraes, por sua vez, assinala que "a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos" (MORAES apud ROSENVALD, Nelson **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9).

¹⁴ JACINTHO, 2006, op. cit., p. 25.

¹⁵ Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha: "Para Kant, o grande filósofo da dignidade, a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro" (ROCHA apud JACINTHO, op. cit., 2006, p. 27, nota 7). Importante a constatação de Nelson Rosenvald, para quem "a Constituição de 1988 adotou uma decisão política fundamental: inserir o princípio da dignidade humana como princípio fundamental da República Federativa, proporcionando um conteúdo substancial ao sistema jurídico. Essa meta é uma demonstração da subserviência do Estado ao ser humano; da posição de anterioridade da pessoa ao ordenamento e, principalmente, da supremacia dos valores, agora positivados em princípios" (ROSENVALD, 2005, op. cit., p. 51).

¹⁶ JACINTHO, 2006, op. cit., p. 19. A citada autora ainda afirma que "a dignidade da pessoa humana como comando de dever ser se apresenta em uma dimensão dupla, ora como princípio de hermenêutica, ora como direito material expresso seja por intermédio de um princípio seja através de uma regra, cujo conteúdo está ainda em franco delineamento" (Ibid., p. 42-43).

regra-matriz constitucional. Assim, tem-se que essa não se limita a um conteúdo negativo, representando vedações ao agir ou atuar neste ou naquele sentido, ou em não observar determinada condição. Muito mais que impor limitações ao atuar humano, representa uma imposição, no sentido de que a dignidade só será alcançada mediante atuações positivas, expressando medidas concretizadoras da condição humana digna¹⁷.

Surge, nesse ponto, importante questionamento acerca de quais prestações positivas estariam incluídas no âmbito de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, em sua acepção material. Assim, impõe-se a explicitação do núcleo essencial da dignidade humana, enquanto posição subjetiva fundamental.

Não existe unanimidade na doutrina sobre quais prestações estariam abrangidas pelo âmbito de proteção da norma veiculadora da dignidade da pessoa humana.

Ana Paula de Barcellos defende que a dignidade da pessoa humana é representada por um mínimo existencial, entendido como um conjunto de prestações positivas estatais sem as quais o ser humano não alcança um patamar mínimo de vida digna, compreendido pelo direito à educação fundamental, o direito à saúde, o acesso à justiça e à assistência aos desamparados¹⁸.

Já Jussara Maria Moreno Jacintho defende que estão incluídos no núcleo essencial da norma da dignidade da pessoa humana os direitos à liberdade de crença, à alimentação, à moradia, à educação e à saúde¹⁹, ressalvando, contudo, que tais direitos não excluem outros que também expressam prestações indispensáveis à plena realização humana.

Na mesma linha de pensamento acima exposta, o presente estudo defende que a Previdência Social, enquanto direito previsto constitucionalmente, também integra o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, porquanto representa direitos subjetivos perante o Estado que objetivam assegurar condições de manutenção de uma existência humana digna

¹⁷ Importante ressalva faz Maria Celina Bodin de Moraes, para quem “uma vez que a noção é amplíssima pelas numerosas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-se como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que torna impossível a sua aplicação” (MORAES, M. C. B. apud ROSENVALD, 2005, op. cit., p. 12).

¹⁸ BARCELLOS, 2002 apud JACINTHO, 2006, op. cit., p. 140. Nelson Rosenvald adverte que “para que a dignidade exercite eficácia jurídica positiva, caberá ao Estado ofertar igualdade de chances (não de resultados, o que seria paternalismo) mediante condições mínimas que não as excluam de um universo de oportunidades e permitam desenvolver a sua personalidade. A tarefa do sistema jurídico consiste em conceder um conjunto de situações materiais indispensáveis que simbolizariam uma espécie de carteira de acesso à vida. A partir do acesso ao documento, cada pessoa poderá prevalecer por seus méritos reais. Quem não receber a carteira se encontrará em um patamar inferior ao mínimo de dignidade, o que acarretará a imediata ação corretiva por intermédio do ordenamento, em face da ação ou omissão constitucional violadora” (ROSENVALD, 2005, op. cit., p. 39-40).

¹⁹ JACINTHO, 2006, op. cit., p.139 et seq.

diante de situações de contingências sociais: idade avançada, invalidez, doença, morte, reclusão, maternidade, dentre outros.

Assim, ao lado dos direitos já aventados pelas autoras supracitadas, tem-se que o direito à proteção previdenciária consubstancia-se em verdadeiro espectro da dignidade da pessoa humana, integrando o mínimo vital assegurado constitucionalmente.

Cabe mencionar que em estudo realizado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) sobre os efeitos dos benefícios da previdência, assistência social e transferência de renda sobre a indigência e a pobreza²⁰, restou constatado que os atendidos pelo Benefício de prestação continuada (Amparo Social) e pelos benefícios mantidos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que recebem até um salário mínimo, representam dois terços do total de beneficiários e respondem por 45% do total do gasto com o sistema previdenciário.

O estudo aponta, ainda, que os benefícios da Seguridade Social transferidos diretamente a indivíduos residentes em regiões de renda per capita inferior à média nacional têm cumprido um papel importante de transferência de renda para as regiões mais pobres.

O gráfico, a seguir, extraído do estudo acima citado, demonstra os impactos dos benefícios previdenciários e assistenciais na redução do conjunto de população indigente. O estudo mostra que esses dois benefícios, chamados de monetários (por representarem uma renda equivalente ao valor do salário mínimo) têm conseguido garantir, com razoável sucesso, a manutenção da população vulnerável por motivos de idade ou deficiência acima das linhas de pobreza e indigência.



Figura 2 - Redução da indigência pelos benefícios monetários da Seguridade Social.

Fonte: PELIANO, 2006, p. 35.

²⁰ PELIANO, A. M. (Org.). Desafios e perspectivas da política social **Texto para discussão**, n 1248, dez. 2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1248.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2007.

Da análise do quadro extrai-se que no ano de 2003, 17 milhões de pessoas deixaram de fazer parte do conjunto de indigentes no país, que era então de 22,5 milhões, em decorrência do recebimento dos benefícios previdenciários e assistências monetários da Seguridade Social.

A pesquisa mostra, assim, que em 2003, na ausência de tais benefícios, o número de pessoas com renda reconhecida como insuficiente para retirá-las do estado de indigência subiria para quase 40 milhões de pessoas.

Resta assente, assim, que a Previdência Social integra o núcleo da dignidade da pessoa humana, assumindo, pois, caráter de bem jurídico digno de proteção.

Há que se aventar, contudo, que os direitos integrantes do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, a par de sua tendência de superioridade, também se mostram passíveis de restrição, notadamente quando em situação de confronto com outros direitos também representativos da dignidade da pessoa humana.

Jussara Maria Moreno Jacintho alerta que “a rigor, todos os direitos são relativos, não se conhecendo direito fundamental absoluto, nem mesmo o direito à existência digna, que se relativiza à medida que antagoniza com o direito à existência digna de uma outra pessoa, ou de outras pessoas”²¹.

Assim, tanto os princípios como as regras de direito fundamental podem impor restrições aos direitos fundamentais por eles veiculados, de modo que a dignidade da pessoa humana, enquanto direito jusfundamental, integrado por outros tantos direitos fundamentais, não é absoluta²², sendo passível de sofrer restrições na sua condição de posição subjetiva por

²¹ JACINTHO, 2006, op. cit., p. 153. Por outro lado, Nelson Rosenvald observa que “[...] José Afonso da Silva admite que nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvadas as penalidades constitucionalmente autorizadas. Daí a inadmissibilidade da pena de morte, por se admitir que alguém decaia da dignidade da pessoa humana. Suprimir pura e simplesmente a dignidade alheia, por mais grave que seja a conduta perpetrada, abre grave precedente de mercantilização do ser humano, recusando-se o Estado Democrático de Direito” (ROSENVALD, 2005, op. cit., p. 19).

²² Segundo Jussara Maria Moreno Jacintho, “Paulo Bonavides, para quem a dignidade da pessoa humana é princípio supremo da ordem jurídica nacional, insuscetível de ser subdimensionada em confronto com outros direitos, mas que pode sofrer mitigação quando confrontada com a proteção da ordem democrática, ou quando colide com a dignidade humana de outros cidadãos” (JACINTHO, 2006, op. cit., p. 136). Nelson Rosenvald, por sua vez, assinala que “o sentido do princípio da dignidade será apenas extraído da conjugação com outros princípios, de forma variável, conforme a colisão revelada na situação concreta. Em determinados episódios, permite-se uma pequena dose de relativização do princípio da dignidade em decorrência do irrecusável respeito à igual dignidade de outras pessoas ou, mesmo, quando prepondera o interesse coletivo. De fato, não se olvide que o homem é pessoa, pois nos papéis que desempenha está invariavelmente envolvido em uma teia de relações sociais. Por isso, é possível se cogitar de um abuso do exercício do direito à dignidade, quando o seu titular se prevaleça do peso do princípio, muito mais com a intenção de ofender interesses alheios do que propriamente resguardar a sua essência” (ROSENVALD, 2005, op. cit., p. 57).

outros direitos igualmente fundamentais²³, situação em que será necessário o juízo de ponderação de bens, por meio do princípio da proporcionalidade²⁴.

Impõe-se a advertência no sentido de que os direitos fundamentais integrantes do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, quando em conflito num caso em concreto, por terem sido emanados de um mesmo poder e num mesmo momento (simultaneidade), devem ter sua solução fundamentada na prevalência daquele direito que, na situação específica, melhor concretize a dignidade humana²⁵.

De outro lado, enquanto vetor interpretativo da ordem constitucional, impõe-se de forma absoluta, sendo insuscetível de restrição²⁶.

²³ Jussara Maria Moreno Jacintho assinala que "[...] o confronto do cerne do direito à dignidade humana, com qualquer outro direito não essencialmente vinculado à dignidade humana, impõe que tais critérios sejam afastados e predomine o entendimento que domina na solução de confrontos entre princípios, ou seja, o da ponderação de bens [...] Assim, a dignidade da pessoa humana, conquanto instrumentalizada através de uma regra vai predominar sobre regra que não expresse tal princípio, em razão da ponderação de bens que é feita [...] Quando o conflito é formal e não se discute a substância das disposições conflitantes - porque ambas promovem a dignidade humana, apenas por aspectos diferenciados - é razoável que a escolha seja efetuada segundo os critérios de validade" (JACINTHO, 2006, op. cit., p. 135-136). Mais adiante, procurando afirmar um critério definitivo, assevera que "quer se trate de princípios ou regras em conflito, quando se debate o direito a uma existência digna, o critério a prevalecer é o material, em detrimento do formal que assume um papel de critério subsidiário" (Ibid., p. 148).

²⁴ Vide itens 2.3.1.4 e 2.3.2.4. Acresce-se a conclusão de Jussara Maria Moreno, para quem "[...] conquanto funcione a proporcionalidade na elaboração da lei - quando as restrições aos direitos são deduzidas - labora também na situação concreta, quando a proporcionalidade vai gerir a ponderação de bens e interesses, associado ao valor da dignidade humana, norte a partir do qual toda a hermenêutica constitucional tem que ser elaborada" (Ibid., p. 168). Nelson Rosenthal assinala que "ainda no que concerne à indisponibilidade, além das situações em que o legislador cuida de realizar uma medida de proporcionalidade aos direitos da personalidade - em limites adequados e necessários -, sempre haverá a necessidade de minuciosa ponderação diante de inevitáveis colisões de direitos fundamentais envolvendo aspectos existenciais [...]. O balanceamento será realizado pelo magistrado de forma episódica, percebendo o peso e a dimensão dos interesses envolvidos em cada situação" (ROSENVALD, 2005, op. cit., p. 24).

²⁵ Maria Celina Bodin afirma que, no conflito entre princípios de igual importância, a medida de ponderação será a dignidade (BODIN apud ROSENVALD, 2005, op. cit., p. 55).

²⁶ "[...] a dignidade como valor supremo a orientar a interpretação constitucional é imponderável, insuscetível de ceder, diante do caso concreto, a outro direito, qualquer que seja ele. Como posição subjetiva, plasmada como princípio ou regra, não. Aí, em se tratando do confronto entre dignidade de pessoas diversas, uma pessoa pode ter o seu direito à dignidade relativizado, em benefício da dignidade alheia, mas a dignidade não pode ser relativizada diante de um outro direito" (JACINTHO, 2006, op. cit., p. 175). Conclui a citada autora que "ao atuar como princípio hermenêutico a dignidade da pessoa assume a envergadura de um superprincípio, o qual não pode ser subdimensionado, devendo prevalecer sempre sobre os demais. É pois, mais que um princípio, um valor que confere legitimidade ao Estado Democrático de Direito" (Ibid., p. 250-251).

O Estado brasileiro insere-se no modelo de Estado Democrático de Direito Social, possuindo por vocação a garantia da pessoa humana. Assim, a dignidade da pessoa humana assume a característica de princípio-matriz no Estado brasileiro, orientando a hermenêutica e aplicação de todas as regras constitucionais, de modo a assegurar coerência e unidade material à ordem constitucional²⁷.

Por outro lado, o critério político-criminal da dignidade penal (merecimento de pena) é condição essencial, mas não suficiente, devendo estar presentes outros princípios político-criminais para se justificar a opção pela via penal (critério da carência de tutela penal).

Dentre desse contexto, ganha relevância a necessidade de que a tutela penal dos bens jurídicos supra-individuais, nos quais se enquadra a Previdência Social, deva ser realizada sempre com observância dos princípios lógico-rationais do Direito Penal, de modo a garantir uma efetiva e razoável sistematização.

Desse modo, afirmada a dignidade do bem jurídico Previdência Social, há que se verificar se a incriminação de condutas praticadas contra esse bem são aptas a preencher o critério da carência de tutela penal, legitimando, assim, a intervenção e adoção de medidas de caráter penal.

²⁷ Nelson Rosenvald afirma que “fundamental é perquirir a íntima vinculação entre a dignidade da pessoa e o Estado Democrático de Direito. Há uma relação de conteúdo e continente, haja vista que o ser humano apenas receberá condições adequadas para o seu desenvolvimento em um ambiente comprometido com modificações sociais, em que se verifique uma aproximação entre Estados e sociedade, a fim de que o direito se ajuste aos interesses coletivos. A consagração do Estado Democrático representa a superação ideológica da visão individualista do antigo Estado liberal, incapaz de mitigar conflitos sociais e pacificar o trabalho e o capital” (ROSENVALD, 2005, op. cit., p. 37).

Adentrando na análise do tipo penal ora em comento, tem-se que, em verdade, estão amparados pela norma penal dois bens jurídicos distintos: (i) um primeiro bem, representado pelo próprio patrimônio da Previdência Social, que será direta e imediatamente lesado pela conduta dolosa do agente (conotação patrimonial: arrecadatória); (ii) um outro bem, que será indiretamente lesado, possuindo função representativa do financiamento da Previdência Social²⁸.

Cezar Roberto Bitencourt compreende que o delito do artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP tutela a subsistência financeira da Previdência Social, ou seja, possui nítido caráter patrimonial, de traço supra-individual²⁹. No mesmo sentido se posicionam Roberto Podval e Paula Kahan Mandel, para quem o bem jurídico escolhido para tutela da norma, no caso do tipo penal de apropriação indébita previdenciária, é o patrimônio público³⁰.

²⁸ É. L. Baldan, ao analisar o bem jurídico nos delitos econômicos, assinala ser "imprescindível a análise do bem jurídico sob duas concepções que, integradas, fornecem a completude conceitual defendida: a de bem jurídico imediato, que reflete a instituição do bem jurídico protegido em sentido técnico, como elemento básico de todo delito; a noção de bem jurídico mediato que, numa significação diversa, está vinculado à chamada *ratio legis* ou finalidade objetiva da norma" (BALDAN, E. L. A tese funcionalista e a legitimação do discurso demonstrativo do legislador penal econômico. **Boletim do IBCCRIM**, v. 10, n. 112, p. 10, mar. 2002). H. E. Salomão entende ser a arrecadação tributária o bem jurídico tutelado, compreendida como "o instrumento de formação de receita pública e de consecução e implemento das metas socioeconômicas definidas na Constituição através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais" (SALOMÃO, H. E. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP: aspectos gerais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 36, p. 333, out./dez. 2001 e nota 63). Importante estudo sobre o objeto da tutela jurídica nos crimes fiscais foi realizado por J. C. Tórtima. Segundo esse autor, existem basicamente três modelos quanto à proteção nos crimes fiscais: a) aquele que concebe o ilícito penal fiscal como crime de dano, priorizando o aspecto patrimonial do bem jurídico (prejuízo causado ao erário); b) aquele que configura o ilícito penal fiscal apenas como desvalor da própria conduta do agente, de modo a se consumir o crime ainda que não advenha qualquer prejuízo ao erário (o objeto da tutela aqui seria a própria verdade fiscal); c) aquele conhecido como sistema combinatório o misto, no qual os tipos penais são construídos a partir de uma perspectiva de crimes formais e de perigo. Nesse modelo não basta ao aperfeiçoamento do ilícito penal a mera ocorrência da falsidade perpetrada pelo agente, tal como ocorre no segundo modelo, sendo indispensável a intenção de causar prejuízo ao patrimônio fiscal. Todavia, esse resultado lesivo não integra o fato típico, como ocorre no primeiro modelo. O objeto da tutela jurídica aqui seria o patrimônio fiscal ou as receitas fiscais em seu conjunto. (TÓRTIMA, J. C. O objeto da tutela jurídica nos crimes fiscais. In: SALOMÃO, H. E. (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 139-148). Para L. V. Cernicchiaro "o bem jurídico, em consequência, é bifronte: de um lado, compreende o interesse público de o Estado obter os meios para a realização de suas atividades; de outro avulta o interesse do Tesouro, patrimonial, relacionado com a receita do Estado" (CERNICCHIARO, L. V. Direito penal tributário: observações de aspectos da teoria geral do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 181, jul./set. 1995). E. N. Silveira, também se alinha na mesma posição: "o objeto jurídico, no caso, são os legítimos interesses estatais ligados à arrecadação dos tributos, visando à boa execução da política tributária do Estado. Protege-se, assim, a Administração Pública" (SILVEIRA, E. N. Sonegação fiscal. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 10, jul./set. 1996). No mesmo sentido são as lições de Andreas Eisele, para quem "[...] o bem jurídico pode ser concebido sob dois prismas. Um enfoque imediato considera a receita do órgão arrecadador (INSS) como interesse diretamente protegido. Outra concepção, de caráter mediato, inclui no âmbito do bem jurídico tutelado as ações cuja obrigação tal órgão possui para com a coletividade, consistentes na prestação de serviços de previdência social, cuja implementação resta prejudicada pela evasão dos recursos destinados a seu custeio" (EISELE, 2001, op. cit., p. 128).

²⁹ BITTENCOURT, C. R. Comentários ao art. 168-A, do código penal. **Caderno de Estudos Jurídicos Contemporâneos**, Uberlândia, n. 1, p. 26, ago. 2001.

³⁰ PODVAL; MANDEL, 2001, op. cit., p. 108.

Luiz Regis Prado defende que o legislador, ao inserir o artigo 168-A no Código Penal, objetivou não só a tutela do patrimônio da Previdência Social, mas, via reflexa, almejou proteger as prestações públicas no âmbito social. Em outros termos, visou tutelar tanto o patrimônio quanto o correto funcionamento da Previdência Social³¹.

Assim, os delitos contra a Previdência Social além de causar um prejuízo imediato à integridade patrimonial do erário público (lesando a função de arrecadação), também acabam por atingir o valor constitucional da solidariedade de todos os cidadãos, consubstanciado na necessidade de que todos contribuam para a manutenção dos gastos públicos.³² A arrecadação tributária e, em específico, a previdenciária, somente se justifica por sua instrumentalidade para a promoção da dignidade da pessoa humana³³.

3.1.2 Da natureza da conduta

O tipo penal denominado de “apropriação indébita previdenciária” possui, como se extrai da redação transcrita acima, dois núcleos básicos: “deixar de repassar” (caput) e “deixar de recolher” (§1º, incisos I e II).

³¹ PRADO, L. R. Acerca do tipo de injusto de apropriação indébita previdenciária. **Intertemas**: Revista do Curso de Mestrado em Direito, Presidente Prudente, n. 2, p. 80-81, dez. 2001.

³² RIOS, 2001, op. cit., p. 21. Nesse contexto, merece destaque a observação de Márcia Dometila Lima de Carvalho, para quem "qualquer conceituação das novas formas delituais, que se convencionou denominar de 'delitos econômicos', não pode deixar de lado as inúmeras facetas do abuso do poder econômico [...] a restrição na conceituação pretendemos fazê-la, não pelo conteúdo ou pela forma, mas, sim, pela gravidade, pelo resultado da lesão, para isso, lembraremos a antinomia entre os conceitos de abstrato e de concreto, considerados em permanente, por Engisch, ao distinguir o autêntico delito econômico da simples infração à ordem econômica. Enquanto aquele vai alterar a ordem econômica, em sua estrutura concreta, nessa só haveria a infração de sua tendência abstrata. Aquele pode ser classificado como 'hediondo', esse outro, nunca" (CARVALHO, 1992, op. cit., p. 106). Cabe destacar a tradicional definição de delito econômico segundo Klaus Tiedemann, para quem "*el delito económico consiste en un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual)*" (TIEDEMANN, 1975 apud CERVINI, 2003, op. cit., p. 87).

³³ Nesse contexto Heloísa Estellita Salomão, para quem o bem jurídico penalmente protegido no tipo do artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP é a arrecadação tributária, assinala que ele serve à dignidade humana de três formas: "a) como instrumento por excelência na formação da receita pública, destinada à manutenção da estrutura dos Três Poderes, à segurança interna e externa e às prestações sociais a cargo do Estado; b) como redistribuidor de riquezas pelas camadas sociais e pelas regiões do País; c) como instrumento de realização da política sócio-econômica teleologicamente orientada; ou seja, através da fiscalidade (formação da receita pública) e da extrafiscalidade (interferência na realidade social e econômica)" (SALOMÃO, H. E. O princípio constitucional da isonomia e o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias: art. 168-A, §1º I, código penal. In: _____ (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 96-97).

Tais expressões, embora semelhantes, possuem especificidades. O ato de “recolher” contribuições previdenciárias é próprio da empresa³⁴, enquanto que o “repassa” das contribuições aos cofres do INSS é inerente às instituições financeiras.

Assim, cumpre consignar que, à primeira vista, parece que a figura descrita no *caput* do art.168-A do CP seria semelhante àquela ora em análise (artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP). Todavia, da análise detida da descrição típica, verifica-se que a figura prevista no *caput* destina-se às instituições financeiras, pois são essas as responsáveis pelo repasse das contribuições previdenciárias recolhidas, nos termos do previsto no artigo 60 da Lei n.º. 8.212/91³⁵, ao passo que a figura prevista no inciso I do §1º do citado dispositivo estaria voltada a disciplinar as condutas dos responsáveis tributários³⁶.

Desse modo, elegeram-se, por seu caráter mais polêmico e relevante, a análise da figura delitiva prevista no artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP, de modo que as demais figuras típicas previstas no artigo 168-A do CP (*caput*, incisos II e III do §1º) não serão objeto do presente estudo.

Passando ao enfrentamento da figura típica prevista especificadamente no inciso I do §1º do artigo 168-A do CP, cabe mencionar que a doutrina diverge no que se refere à classificação do referido delito, existindo basicamente dois posicionamentos sobre a questão: (i) aquele que defende ser a figura típica puramente omissiva; e (ii) aquele que entende ser a conduta descrita mista, isto é, exige-se uma ação (conduta comissiva) anterior e uma inação (conduta omissiva) posterior.

³⁴ Remete-se ao exposto no item 1.3.2 (Normas sobre arrecadação e recolhimento das contribuições previdenciárias).

³⁵ "Art.60. A arrecadação da receita prevista nas alíneas a, b e c do par. único do art.11 e o pagamento de benefícios da Seguridade Social serão realizados através da rede bancária ou por outras formas, nos termos e condições aprovados pelo Conselho Nacional de Seguridade Social".

³⁶ Importante a observação da lavra de Heloísa Estellita Salomão, para quem "a diferenciação perde, porém, sua força quando nos atentamos para o período final do §1º, I, que acrescenta: 'e arrecadadas do público'; o que permite, perfeitamente, afirmar que a incriminação se volta, aqui também, contras as instituições bancárias enquanto órgãos competentes para o recebimento dos pagamentos feitos ao INSS, não, todavia, o contrário: que a conduta previsto no §1º, I, possa encontrar guarida naquela prevista no *caput*" (SALOMÃO, 2001, op. cit., p. 324).

Rodrigo Sánchez Rios³⁷, Luiz Regis Prado³⁸, Luciano Nascimento Silva³⁹ e Antonio Lopes Monteiro⁴⁰, por exemplo, defendem que a conduta descrita é omissiva pura⁴¹.

Heloísa Estellita Salomão, por outro lado, se posiciona pela classificação do delito em análise como de conduta mista, tornando-se necessária à configuração delitiva que a omissão (prevista legalmente) seja precedida de uma conduta comissiva, representada pelo desconto do montante devido a título de contribuição previdenciária (ou pela arrecadação do citado montante do público).

Todavia, adverte que, em que pese defenda a desnecessidade da apropriação da quantia descontada, imperioso se torna que efetivamente tenha ocorrido o desconto da quantia do pagamento dos segurados. Em outras palavras, o numerário deve existir quando da realização do pagamento e, posteriormente, deve deixar de ser recolhido pelo responsável tributário, de modo que não basta a mera e simples omissão do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, sendo indispensável que anteriormente tenha de fato ocorrido o desconto⁴².

³⁷ RIOS, 2001, op. cit., p. 35.

³⁸ PRADO, 2001, op. cit., p. 83.

³⁹ SILVA, 2002, op. cit., p. 15.

⁴⁰ MONTEIRO, A. L. **Crimes contra a previdência social**: lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos polêmicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33-34.

⁴¹ Cabe mencionar que mesmo na vigência da figura típica prevista no artigo 95, alínea *d*, da Lei nº. 8.212/91, persistia essa discussão. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, por exemplo, defendia que o citado tipo penal era crime omissivo próprio e de mera conduta, porquanto sua consumação dependia apenas do não-recolhimento, não havendo nenhuma descrição no tipo penal de qualquer resultado (SILVA, R. P. M. Apropriação indébita tributária? **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 19, abr./jun.1998). No mesmo sentido, DIAS, C. A. C. Apropriação indébita em matéria tributária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 103, jul./set. 1995.

⁴² SALOMÃO, 2001, op. cit., p. 324-325. A mesma autora, em outro artigo, defende a necessidade da real apuração da arrecadação, sem a qual nada poderá ser imputado àquele que aparentemente arrecadou, em decorrência do simples fato de ter escriturado regularmente a existência do débito (SALOMÃO, H. E. O crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 6, p. 39, mar. 1996). Wladimir Novaes Martinez também compreende que o tipo penal descreve uma conduta omissiva, sendo, todavia, necessário que se configure uma conduta comissiva anterior (MARTINEZ, 2001, p. 27). Mesma posição é defendida por Euro Bento Maciel Filho (MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 89, 94-95).

No mesmo sentido defende Cezar Roberto Bittencourt, para quem o tipo penal não pune o simples inadimplemento, mas apenas o não repasse do que foi efetivamente descontado dos contribuintes ou de terceiro. Tal constatação leva à conclusão de que o sujeito ativo somente pode repassar aquilo que já recolheu (arrecadou), sendo certo que somente nesse caso haverá a configuração do delito⁴³.

Tal preocupação também é analisada por Roberto Podval e Paula Kahan Mandel. Segundo os citados autores, casos há em que as empresas pagam o salário líquido aos seus empregados (ou seja, com o desconto dos valores por eles devidos a título de contribuições previdenciárias), não restando nenhuma quantia em seus caixas. Nessas situações, não há que se falar em crime de apropriação indébita previdenciária, uma vez que ausente a efetiva apropriação dos valores descontados. Trata-se, em verdade, de nítido caso de atipicidade da conduta (ausência da materialidade delitiva) e não de excludente de ilicitude ou culpabilidade, porquanto não caracterizado um elemento do tipo penal: a apropriação indébita⁴⁴.

Euro Bento Maciel Filho, também no que toca essa discussão, assevera que esse “desconto” do valor devido a título de contribuição previdenciária dos salários dos empregados não pode ser tratado como mera “arrecadação contábil”, uma vez que os valores recolhidos junto aos contribuintes e, posteriormente retidos pelo empresário, poderão servir para finalidades outras, já que integram o capital de giro da empresa⁴⁵.

Por outro lado, Andreas Eisele defende ser irrelevante, por ocasião do desconto, a existência da posse física por parte do responsável do numerário descontado do contribuinte, uma vez que o desconto é meramente escritural, diversamente do que ocorre na figura tradicional de apropriação indébita. Segundo seu raciocínio, a situação torna-se mais evidente quando se considera o fato de que a prestação devida ao INSS pode ser satisfeita (pagamento

⁴³ BITTENCOURT, 2001, op. cit., p. 27. O citado autor, em complemento de seu posicionamento, assevera que “é crime comissivo porque contém norma proibitiva, e não mandamental, que fundamentaria o crime omissivo” (Ibid., p. 30). Marcelo Leonardo Tavares também defende que a consumação do delito exige inicialmente uma conduta comissiva e posterior omissão (TAVARES, 2001, op. cit., p. 16). Esse é o mesmo entendimento de Paulo Eduardo Bueno que, ao analisar o tipo penal previsto na alínea *d*, do artigo 95, da Lei nº8.212/91, afirmou que “[...] se para a configuração do tipo exige-se que o agente, que normalmente é o empregador, arrecade ou desconte de seus empregados a contribuição social e deixe de recolhê-la aos cofres previdenciários, não se pode falar simplesmente em conduta omissiva, pois tal descrição corresponde, no plano ontológico, a uma apropriação indébita [...] indispensável para a configuração do crime em apreço, a demonstração de que o agente tenha arrecadado a contribuição social de seus empregados. Inexistindo tal demonstração, como normalmente soe acontecer, porquanto apenas consegue-se comprovar a falta de recolhimento, resta manca a configuração do tipo penal” (BUENO, P. E. Considerações sobre o crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 8, p. 8, jun. 1999).

⁴⁴ PODVAL; MANDEL, 2001, op. cit., p. 109. Vide também a discussão doutrinária que envolve o tema no que se refere à classificação quanto ao resultado naturalístico (item 3.1.5).

⁴⁵ MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 95.

da contribuição) em momento anterior à satisfação da prestação devida ao contribuinte (pagamento do salário).

Conclui pela irrelevância da verificação da situação fática anterior à conduta a ser praticada pelo agente, consistente na posse ou detenção do objeto, além de que não há que se falar em propriedade alheia, porquanto, sendo o sujeito passivo da obrigação previdenciária o proprietário do bem até que haja o adimplemento da obrigação, quando, eventualmente, estiver na posse daquele, não possui coisa alheia, mas própria⁴⁶.

Nesse ponto cabe mencionar que não deve prevalecer o disposto no artigo 33, § 5º, da Lei nº 8.212/91⁴⁷, que traz regra de presunção absoluta do desconto, uma vez não ser possível na atual configuração do Direito Penal a previsão de presunções absolutas em figuras típicas, de modo que, para fins de adequação típica, mister se faz que o órgão acusador comprove o efetivo e real desconto das quantias, sob pena de se ter que reconhecer a atipicidade da conduta⁴⁸.

Independentemente da caracterização do delito como omissivo ou como de conduta mista, certo é que se exige uma conduta omissiva. Diante de tal constatação, há que se fazer valer a regra inscrita no § 2º do artigo 13 do Código Penal, segundo a qual "a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado" (grifo nosso).

Assim, cabe a análise, em cada caso concreto, da efetiva possibilidade de agir do responsável tributário, uma vez que, afastada tal possibilidade, não há como se configurar a figura delitiva, porquanto ausente a omissão penalmente relevante.

⁴⁶ EISELE, 2001, op. cit., p. 130-131.

⁴⁷ Sobre o tema indica-se a leitura do item 1.3.2 (Normas sobre arrecadação e recolhimento das contribuições previdenciárias).

⁴⁸ Precedente no sentido apresentado: TRF da 1ª Região, 3ª Turma, AC 92.01.24184-2/MG, j. 15.12.1993, Rel. Des. Fernando Gonçalves. Heloísa Estellita Salomão ressalta existir posicionamento em contrário, isto é, no sentido de que a presunção prevista no §5º do artigo 33 da Lei nº8.212/91 possui vigência na seara penal (TRF da 3ª. Região, ReCrim. 1999.61.06.003103-4, 1ª. Turma, Rel. Des. Theotonio Costa, 17.04.2001, DJU de 05.06.2001, p. 924) (SALOMÃO, 2001, op. cit., p. 327).

Em outros termos, correspondendo o crime omissivo a um não atuar devido, em infração a uma norma de comando, a possibilidade de atuar constitui elemento integrante do tipo, sendo, portanto, indispensável a sua caracterização⁴⁹.

Nesse cenário, bem destacou Heloísa Estellita Salomão, diferenciando a situação daquele responsável que, em que pese tenha previamente efetuado o desconto da quantia devida a título de contribuição previdenciária dos salários dos segurados: (i) não tenha possibilidade de recolhê-la no prazo legal, caso em que se estará diante de uma conduta atípica (omissão penalmente irrelevante); e (ii) podendo concretamente proceder ao recolhimento, não o faz em situação em que lhe não poderia ser exigida conduta diversa, caso em que restará afastada a culpabilidade⁵⁰.

⁴⁹ FERREIRA, R. S. Notas ao crime previsto no art.95, "d", da lei nº.8.212/91 e o poder de atuar. **Boletim dos Procuradores da República**. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/boletim/boletim24/notas.htm>>. Acesso em: 11 out. 2005, p. 7. Para o citado autor, entretanto, “não cumpre ao acusador [...] demonstrar a possibilidade de agir – elemento do tipo omissivo – porquanto esta decorre dos outros elementos do tipo. Com efeito, não se pode falar de impossibilidade de agir, decorrente de dificuldades financeiras, ante a imposição legal do recolhimento de quantias descontadas dos salários-de-contribuição dos empregados. Em tais casos, conforme o exposto, os empregados figuram como contribuintes e, após o desconto da contribuição social e o não recolhimento, passam a condição de vítimas secundárias do crime perpetrado contra a seguridade social. Não há que se falar, portanto, em impossibilidade física, real ou mesmo potencial, de atuar na forma comandada pela norma. Afigura-se, contudo, em tese possível a alegação de dificuldade financeira capaz de excluir a culpabilidade do agente, por inexigibilidade de conduta diversa, embora no caso concreto seja difícil sua caracterização e prova” (Ibid., p. 8).

⁵⁰ SALOMÃO, 2001, op. cit., p. 325. Luciano Nascimento Silva, nesse particular, compreende que “na esfera do direito penal tributário, os chamados ilícitos penais tributários, se apresentam como causa de exclusão da culpabilidade, a inexigibilidade de outra conduta ou inexigibilidade de conduta diversa, que é configurada na situação concreta em que o contribuinte - por motivos fundamentais - deixa de efetuar o recolhimento do tributo ou contribuição devidos. A situação é caracterizada, sempre, diante de uma extrema dificuldade financeira, em que o contribuinte não dispõe mais de recursos para realizar o dever, nem mesmo de patrimônio [...] portanto, entendendo a exigibilidade como um dos pressupostos da culpabilidade, se torna impossível, realizar um juízo de reprovação, ao agente que pratica uma conduta típica e antijurídica, que a própria culpabilidade não exige do mesmo uma conduta diferente daquela que praticou” (SILVA, 2002, op. cit., p. 16-17). Carlos Alberto da Costa Dias, por sua vez, assevera que “aquele que demonstra ter pago salários, por conseguinte, com a importância mediante a qual deveria ter recolhido os tributos, age, segundo penso, de forma que não se possa exigir dele outro comportamento, ou conduta diversa. É que se a situação fosse de falência, extinguindo a atividade produtiva, a ordem de créditos obedeceria também à preferência do que é devido a título de salários aos créditos tributários. Há crime, por ser fato típico e antijurídico, mas não se vislumbra a culpabilidade [...] essa situação não se confunde com a efetiva impossibilidade de pagamento de tributos, com preferência a fornecedores ou outras atividades ainda que essenciais para o funcionamento da sociedade [...] se não há possibilidade de pagamento de tributos, não existe possibilidade, pelo mesmo motivo, de continuidade das atividades produtivas inerentes. Isentar de punibilidade o não-pagamento, quando os concorrentes, por um motivo ou outro, se sujeitam aos mesmos ônus significa, em outras palavras, financiar atividade de concorrência desleal com o dinheiro de toda a sociedade” (DIAS, op. cit., 1995, p. 109). Hugo de Brito Machado defende que “[...] o que não é razoável é equiparar-se a conduta daquele que deixa de pagar em razão de dificuldades financeira que colocam em risco a continuidade da empresa à daquele que deixa de pagar movido apenas pela ganância [...] seja na configuração da ilicitude, seja no âmbito da culpabilidade, a influência da dificuldade financeira da empresa é circunstância relevantíssima, que não pode ser desconsiderada, a menos que não se leve em conta o princípio da razoabilidade” (MACHADO, H. B. **Estudos de direito penal tributário**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 170). O citado autor finaliza seu raciocínio concluindo que “[...] a não-exigibilidade de outra conduta configura-se sempre que, em situação de crise financeira, a opção pelo uso do dinheiro disponível para o pagamento de empregador e de dívidas outras seja a única forma de manter a empresa em funcionamento, seja uma tentativa sincera de superação da crise, depois da qual a dívida tributária será paga” (Ibid., p. 172).

Correto o entendimento acima exposto, porquanto quem não detém a efetiva possibilidade de realizar a ação imposta pela lei não lesiona ou expõe a perigo o bem jurídico penalmente protegido, de modo que sua inação não se mostra penalmente relevante, restando atípica a omissão por ele perpetrada.

3.1.3 Do sujeito ativo

O sujeito ativo é aquele ao qual pode ser imputada a realização da conduta que expõe a perigo ou lesiona um bem jurídico penalmente protegido.

Importante recordar que nos tributos e contribuições sociais devidos por responsáveis tributários, que atuam na qualidade de agentes de retenção, o sujeito passivo da obrigação tributária não é o contribuinte, mas sim o responsável, que possui o dever de descontar o montante respectivo do contribuinte, retendo-o consigo para posterior repasse ao erário⁵¹.

No caso do inciso I do § 1º do artigo 168-A do CP o autor do delito é o sujeito passivo das obrigações tributárias (previdenciárias) previstas no artigo 30, inciso I, alíneas *a* e *b*, da Lei nº. 8.212/91⁵².

Destaca-se que também o empregador doméstico pode ser sujeito ativo do delito ora em destaque, porquanto o inciso V, do artigo 30, da Lei nº. 8.212/91 lhe impõe a obrigação de arrecadar a contribuição do empregado doméstico a seu serviço e recolhê-la no prazo legal⁵³.

Desse modo, o responsável tributário será o sujeito ativo do delito quando for o sujeito passivo da obrigação previdenciária por atuar como agente de retenção.

Por exigir o tipo penal que somente o responsável tributário pela arrecadação e posterior recolhimento seja o agente do delito, trata-se, na realidade, de crime próprio, posto que se exige uma qualidade especial do agente.

Observa-se que não mais possui aplicabilidade a regra anteriormente prevista no artigo 95, § 3º, da Lei nº. 8.212/91, por expressa revogação operada pelo artigo 3º da Lei nº. 9.983/00. O dispositivo legal revogado assim pregava:

⁵¹ EISELE, 2001, op. cit., p. 80.

⁵² Vide item 1.3.2 (Normas sobre arrecadação e recolhimento das contribuições previdenciárias).

⁵³ “Artigo 30, V – o empregador doméstico está obrigado a arrecadar a contribuição do segurado empregado a seu serviço e a recolhê-la, assim como a parcela a seu cargo, no prazo referido no inciso II deste artigo”.

Consideram-se pessoalmente responsáveis pelos crimes acima caracterizados o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que participem ou tenham participação da gestão de empresa beneficiada assim como o segurado que tenha obtido vantagens.

Em decorrência dessa revogação, torna-se indispensável que seja atribuível ao agente, de modo pessoal e individualizado, a responsabilidade pela conduta típica. Torna-se imprescindível, assim, determinar quem de fato detinha o poder de mando na empresa, com decisão sobre os recolhimentos ou não das contribuições descontadas dos segurados. Em outros termos, “deve ser responsabilizado aquele que detinha o domínio do fato, com poderes para fazer com que a omissão ocorresse ou não”⁵⁴.

Mesmo na vigência do citado artigo subsistiam inúmeros questionamentos quanto a sua legalidade e sua constitucionalidade, diante das regras constitucionais insertas nos incisos XLV e XLVI, do artigo 5º da Constituição Federal, que vedam a responsabilidade penal objetiva⁵⁵.

3.1.4 Do sujeito passivo

É aquele titular do bem jurídico que é exposto a perigo ou lesionado.

No caso do delito ora em análise, o sujeito passivo é o Estado, representado na figura do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), que é o órgão responsável pela manutenção das atividades relacionadas à Previdência Social⁵⁶.

Andreas Eisele defende que, de forma imediata, o sujeito passivo seria o INSS, sendo certo que mediamente o sujeito passivo estaria representado por toda a sociedade, porquanto a ela como um todo cabe o financiamento da Seguridade Social, nos termos do *caput* do artigo 195 da Constituição Federal, bem como pelo fato de que é no seio da sociedade que estão inseridas as pessoas que poderão ser beneficiárias desse conjunto de

⁵⁴ MONTEIRO, 2003, op. cit., p. 98.

⁵⁵ Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, ao comentar o tipo penal previsto no artigo 95, alínea *d*, da Lei nº8.212/91, afirma que ser inadmissível a responsabilidade penal objetiva, “de modo que é indispensável que o responsável legal pela gestão da empresa (individual ou coletiva) tenha ao menos conhecimento do ilícito, possibilidade e dever de evitar o resultado, o que deve ser apurado em regular processo judicial” (SILVA, 1998, op. cit., p. 20).

⁵⁶ Remete-se ao item 1.3.2 (Normas sobre arrecadação e recolhimento das contribuições previdenciárias), especialmente no tocante à discussão da criação da Secretaria da Receita Previdenciária e Receita Federal do Brasil.

ações, de modo que a omissão do agente no dever de cumprir a obrigação de seu custeio afeta todo esse contingente, devendo ser compensada a ausência do ingresso com outros recursos⁵⁷.

3.1.5 Do resultado

Importante destacar que o artigo 13 do Código Penal brasileiro dispõe que: "O resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa".

Todos os delitos (comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos) devem, pois, possuir um resultado jurídico (concepção material do crime), nos termos da exigência feita pelo artigo 13 do CP. O delito somente se consuma quando acontece esse resultado (não quando ocorre a conduta ou tão-somente o resultado naturalista)⁵⁸.

Isso não significa que toda a construção formalista deva ser desconsiderada (classificação entre crimes de resultado, formais e de mera conduta⁵⁹), uma vez que ela continua sendo importante para o primeiro nível de valoração da tipicidade (adequação da conduta praticada à descrição formal do tipo penal).

O resultado jurídico, de outro lado, somente por ser imputado ao agente na medida em que guarde exata correspondência com o risco proibido que ele criou. Assim,

⁵⁷ EISELE, 2001, op. cit., p. 119.

⁵⁸ GOMES, 2002, op. cit., p. 41.

⁵⁹ Importante é a diferenciação entre os delitos de mera conduta e os delitos formais. Nas palavras de Manoel Pedro Pimentel, "[...] nos crimes de mera conduta há uma ofensa (dano ou perigo) presumida; nos crimes formais, há um resultado de dano ou de perigo ínsito na conduta e que se realiza ao término do desdobramento desta. Os crimes formais se compõem de conduta e resultado considerado relevante para o direito, resultado esse que pode não se apresentar destacado da ação, mas que é um resultado material. Os crimes de mera conduta se realizam tão-somente com a conduta, não sendo relevante para o direito o resultado natural que dela decorra [...] O crime formal, portanto, ao contrário do crime de mera conduta, é crime de ação e de resultado. Não se perfaz pela simples conduta do agente, sem possibilidade de se prostrar o momento jurídico da consumação, que nos crimes de mera conduta, independe de qualquer resultado, enfeixando-se apenas na conduta. Não é acertado, portanto, dizer que os crimes de mera conduta são crimes formais. Nestes – e daí a expressão 'formais' – o resultado, de que depende a existência do crime, se realiza ao mesmo tempo em que a conduta, de sorte que a idéia de resultado é inseparável do seu conceito, idéia essa que é inteiramente estranha aos crimes de mera conduta. A diferença específica desta última categoria, portanto, está na inexistência de resultado material juridicamente relevante. A conduta do agente é considerada suficiente para configurar a ofensa ao direito tutelado, ou para constituir a violação da norma. A conduta, e tão-somente a conduta, perfaz o elemento material do crime [...] nos crimes formais, portanto, há a presença de 'dolo de evento ofensivo', dolo de resultado, enquanto que nos crimes de mera conduta não pode existir dolo de evento, senão apenas 'dolo de ação ou omissão' [...] para nós, portanto, os crimes de mera conduta constituem uma categoria autônoma, diversa dos crimes formais, mantendo com estes apenas um ponto de semelhança: aparentemente, ambos se completam com a conduta. Mas, enquanto que os crimes formais são crimes de resultado, os crimes de mera conduta não o são; nestes, não há resultado algum a cogitar, pois a razão de punir está na mera conduta, em si mesma danosa ou perigosa" (PIMENTEL, M. P. **Crimes de mera conduta**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p.84-86 e 96).

exclusivamente o risco proibido é relevante penalmente. Resultados jurídicos derivados de riscos permitidos, autorizados, não são juridicamente desvaliosos. Em consequência, não pertencem ao âmbito do proibido pelo tipo penal; também não são relevantes os resultados socialmente adequados ou insignificantes.

Importante, ainda, consignar a existência de discussão sobre a possibilidade da tentativa no delito previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP. Tal divergência doutrinária decorre exatamente dos diferentes posicionamentos que existem sobre em ser o delito puramente omissivo ou de conduta mista.

Assim, para aqueles que entendem ser o delito omissivo simples, o resultado ocorre com o mero não recolhimento dos valores recolhidos no prazo legal, sendo, portanto, impossível a tentativa⁶⁰.

De outro lado, estão aqueles que defendem exigir o delito uma conduta mista, representada por uma comissão anterior e uma omissão posterior. Por consequência, para essa corrente doutrinária o resultado somente se dá quando o agente, após efetivamente ter descontado dos salários o valor devido a título de contribuição previdenciária, deixa de repassá-los à Previdência Social no prazo e forma previstos (isto é, consumir-se o delito no dia seguinte ao término do prazo fixado legalmente para o recolhimento, quando restar comprovada a efetiva arrecadação anterior das quantias devidas). Assim, para esse posicionamento a tentativa, em tese, é possível, sendo, contudo, de difícil configuração.

Outra decorrência lógica dessa discussão atinge a classificação do delito considerando-se o resultado naturalístico. Desse modo, no esteio daqueles que entendem ser o delito puramente omissivo, o tipo penal seria classificado, quanto ao resultado, em formal, ou seja, o resultado estaria previsto no tipo, mas não seria necessária sua comprovação no mundo fático para a adequação típica. Existem aqueles que entendem ser o tipo um delito de mera conduta, não sendo previsto na descrição típica nenhum resultado naturalístico⁶¹.

De outro lado, para a corrente doutrinária que defende ser o delito de conduta mista, o tipo penal em debate seria classificado como material, de modo a ser exigida, no

⁶⁰ PRADO, 2001, op. cit., p. 84. Nesse ponto Andreas Eisele assinala que “[...] o momento consumativo [...] é fixo e predeterminado temporalmente pela legislação tributária, sendo o elemento subjetivo da conduta (dolo) apenas seu móvel propulsor, que não interfere na fixação da consumação no tempo [...]” (EISELE, 2001, op. cit., p. 164).

⁶¹ Luiz Regis Prado entende que as quatro modalidades previstas no artigo 168-A (*caput* e incisos I a II do §1º) são crimes de mera atividade. (PRADO, 2001, op. cit., p. 88).

plano fático, a comprovação da ocorrência do resultado, sendo este elemento integrante do tipo penal⁶².

A materialidade delitiva consistiria, assim, na conduta do agente que, tendo procedido ao desconto dos valores devidos pelos seus empregados a título de contribuição previdenciária, não realiza o recolhimento aos cofres da Previdência Social, passando a utilizar tal numerário como se fosse próprio.

3.1.6 Do nexa causal

Pelo nexa causal se indaga da possibilidade de se conectar a conduta do agente ao resultado, em outros termos, trata-se de estabelecer condições para imputar objetivamente o resultado a um agente.

Cabe, contudo, assinalar que a causalidade, representada como o elo de ligação entre a conduta humana e o evento, não é puramente naturalística, pois deve ser valorada em conjunto com o elemento subjetivo do agente, de modo a que o nexa causal relevante para o Direito Penal é aquele que foi ou pelo menos deveria ter sido visualizado, antecipado em mente pelo agente, atuando, assim, o dolo e a culpa como limitadores da cadeia causal⁶³.

Nesse sentido, já analisando o delito previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP, merece ser destacado que o fato de ser o dirigente de uma empresa, via de regra, interessado na obtenção de lucro desta, não autoriza, por si só, a presunção de haver este praticado um ilícito penal porque tal prática ilícita é lucrativa⁶⁴.

Assim, a mera condição de exercente de cargo de direção ou gerência de pessoa jurídica não autoriza sua imediata e inequívoca responsabilidade penal pelos ilícitos que porventura tenham sido perpetrados no âmbito desta. Há que se perquirir quanto ao seu dolo

⁶² Roberto Podval e Paula Kahan Mandel se enquadram nesse posicionamento, defendendo ser o crime material. Para eles uma das principais conseqüências desse entendimento é a de que a acusação deverá fazer prova da ocorrência efetiva da apropriação da quantia devida PODVAL; MANDEL, 2001, op. cit., p. 109). Helvécio Damis Oliveira Cunha também defende a classificação do delito do artigo 168-A do CP como crime material, exigindo, para sua consumação, que o agente pratique atos que demonstrem sua vontade inequívoca de se apropriar da coisa, relacionando-se com esta como se fosse seu proprietário. Em outros termos, para ele o resultado do delito é a efetiva apropriação (CUNHA, 2003, op. cit., p. 25). Exceção feita a Euro Bento Maciel Filho que, embora defenda seja o delito ora em comento de conduta mista (comissivo por omissão), entende que o tipo seja formal e não material (MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 89).

⁶³ TOLEDO, 1999, op. cit., p. 112.

⁶⁴ MACHADO, 2002, op. cit., p. 79.

(elemento pessoal exigido no tipo em comento), uma vez que, não comprovada sua presença, não há como se lhe atribuir o resultado.

Tal posicionamento encontra amparo na jurisprudência pátria, consistindo exemplos as decisões abaixo colacionadas:

[...] O simples fato de ser sócio de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a condição de dirigente da empresa, sob pena de se reconhecer da responsabilidade penal objetiva [...].

(STJ, HC nº35.823/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, j.165.11.04, v.u., DJU 17.12.04) (grifo nosso)⁶⁵.

O simples fato de constar o nome de uma pessoa no contrato social de uma determinada empresa não significa que ela seja seu administrador. No nosso ordenamento jurídico não se admite imputação objetiva a qualquer cidadão, salvo em casos expressos em lei. A autoria deve estar cristalinamente comprovada, pois, caso contrário, dar-se-á azo a que seja desprezado o princípio basilar nullum crimen sine culpa [...].

(TRF da 1ª Região, Ap. nº1998.38.01.006988-0, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, j. 22.02.05, v.u., DJU 04.03.05) (grifo nosso)⁶⁶.

[...] Necessidade de demonstração da existência de um liame entre o fato tipo por delituoso e a conduta daquele que figurar nos atos constitutivos da firma ou sociedade. A autoria deve ser certa ao instante do oferecimento da denúncia, não podendo depender de instrução criminal em juízo, o que configuraria abuso de autoridade e constrangimento ilegal em detrimento daquele que, não tendo praticado ilícito algum, sobre o constrangimento de ver instaurada contra si, ação penal. Denúncia que se cingiu a relatar o fato da inexistência do recolhimento, a tempo e modo, dos valores descontados, em favor da previdência, por decorrência dos pagamentos efetuados aos empregados [...] Suposta autoria que sói derivar do que consta no contrato social, sem que se tenha estabelecido nexos de causalidade entre os fatos e atuação do sócio [...].

(TRF da 5ª Região, HC nº2005.05.00.012276-2, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Geraldo Apoliano, j. 19.05.05, v.u., DJU 03.06.05) (grifo nosso)⁶⁷.

Não demonstrada nos autos a prática de conduta da acusada no sentido de deixar de repassar ao INSS as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados – porquanto não comprovada a efetiva prática de qualquer ato de gestão ou exercício de poder decisório por parte da ré na administração da sociedade responsável pelo repasse do tributo -, inviável a manutenção do decreto condenatório da denunciada baseada unicamente na circunstância objetiva de constar em contrato social como ocupante de cargo diretivo da

⁶⁵ BOLETIM DO IBCCRIM, v. 12, n. 147, p. 869, fev. 2005. No mesmo sentido: HC nº22.587-CE, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 05.12.04, m.v., DJU 30.08.04, p. 310 (BOLETIM DO IBCCRIM, v. 12, n. 144, p. 845, nov. 2004).

⁶⁶ BOLETIM DO IBCCRIM, v. 12, n. 149, p. 886, abr. 2005.

⁶⁷ BOLETIM DO IBCCRIM, v. 13, n. 153, p. 919, ago. 2005.

pessoa jurídica. Absolvição que se impõe, com fulcro no art.386, inc. IV, do Diploma Processual Penal. (TRF da 4ª Região, Apel. Nº2000.71.00.005927-8/RS, 7ª Turma, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, j.14.11.06, v.u., publ. 29.11.06) (grifo nosso)⁶⁸.

3.2 Dos elementos descritivos circunstanciais

Pela análise dos elementos integrantes da figura delitiva descrita no artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP, verifica-se a existência de alguns elementos descritivos circunstanciais.

Em primeiro lugar, extrai-se da redação típica o seguinte elemento temporal: "no prazo legal". Para a compreensão do citado elemento torna-se indispensável que se socorra o intérprete e aplicador das normas legais vigentes sobre a arrecadação das contribuições previdenciárias.

A Lei nº8.212/91 disciplina o procedimento de arrecadação e recolhimento das contribuições previdenciárias a partir do seu artigo 30⁶⁹.

Em específico, a alínea *b*, do inciso I, do citado dispositivo determina que o prazo para o recolhimento vence no dia dois do mês seguinte ao da competência. Assim, esse elemento descritivo circunstancial relativo ao tempo (*no prazo legal*) deve ser compreendido em conformidade com a regra acima exposta, sendo certo que se trata de norma penal em branco, posto que exige integração da legislação previdenciária a respeito da data limite e forma de recolhimento⁷⁰.

Já para o caso do inciso V (empregador doméstico), o prazo legalmente previsto para recolhimento da contribuição previdenciária é disciplinado pelo inciso II do mesmo dispositivo, que impõe o recolhimento até o dia quinze do mês seguinte ao da competência.

⁶⁸ BOLETIM DO IBCCRIM, v. 14, n. 170, p. 1054, jan. 2007.

⁶⁹ Vide item 1.3.2 (Normas sobre arrecadação e recolhimento das contribuições previdenciárias).

⁷⁰ Sobre a utilização de normas penais em branco no que se refere aos delitos econômicos, cumpre observar a existência da Resolução nº 6, extraída do Colóquio Preparatório da AIDP, realizado em Freiburg em 1982: "A descrição das condutas proibidas implica normalmente o recurso à técnica do reenvio, isto é, a identificação de factos relevantes por remissão para fora do direito penal. O que comporta o perigo da falta de clareza e de rigor bem como da delegação excessiva do poder legislativo em favor da administração. A conduta ou o resultado proibidos devem ser especificados pela própria lei penal. A respectiva interpretação e aplicação deve obedecer aos princípios comuns do direito penal" (COSTA; ANDRADE, 2000, op. cit., p. 119).

3.3 Dos elementos normativos

Os elementos normativos do tipo são aqueles constituídos por termos ou expressões que só adquirem sentido quando completados por um juízo valorativo, preexistente em outras normas jurídicas ou ético-sociais⁷¹.

As expressões "contribuição", "outra importância", "previdência social", "segurados" e "terceiros" caracterizam-se como elementos normativos do tipo de valoração jurídica, demandado que seus conteúdos sejam alcançados por normas legais outras, no caso, a legislação previdenciária (Lei nº8.212/91 e Lei nº8.213/91)⁷².

A compreensão do tipo penal demanda, pois, a compreensão dos elementos componentes da obrigação tributária (previdenciária).

O termo "contribuição" a que alude o tipo sob análise não é o gênero, mas a espécie de contribuição social, uma vez que, da integração das demais elementares do tipo se extrai que o dispositivo é exposto no sentido de ser o objeto da conduta a contribuição devida à Seguridade Social em seu âmbito específico, qual seja, o previdenciário⁷³.

"Outra importância" deve ser compreendida como qualquer valor devido à Previdência Social que não possua natureza jurídica de contribuição previdenciária (ex.: dívida pelo recebimento de benefício indevido⁷⁴).

Já "segurados" são aqueles definidos nos artigos 12 e 14 da Lei nº8.212/91 e artigos 11 e 13 da Lei nº8.213/91.

⁷¹ TOLEDO, 1999, op. cit., p. 154.

⁷² Luiz Luisi ensina que existem tipos normativos propriamente ditos e tipos axiológicos. Os primeiros, nos quais se encaixa a norma incriminadora do não-recolhimento de contribuição previdenciária, são juízos valorativos "impróprios", porque se trata de elementos do tipo já valorizados, ou seja, de aplicações de valorações já realizadas pelo ordenamento jurídico (LUIZI apud SLOMP, 2003, op. cit., p. 29).

⁷³ EISELE, 2001, op. cit., p. 122.

⁷⁴ "Artigo 91 da Lei nº. 8.212/91. Mediante requisição da Seguridade Social, a empresa é obrigada a descontar, da remuneração paga aos segurados a seu serviço, a importância proveniente de dívida ou responsabilidade por eles contraída junto à Seguridade Social, relativa a benefícios pagos indevidamente".

Por fim, “terceiros” são todos aqueles que não se enquadrem no rol dos segurados da Previdência Social. Exemplo dessa hipótese seria a aplicação da regra do artigo 31 da Lei nº8.212/91, que impõe o dever da empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra de efetuar a retenção de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e realizar posterior recolhimento em nome da empresa cedente⁷⁵.

3.4 Dos elementos pessoais

O vínculo psicológico entre o sujeito ativo e o resultado do crime se realiza pelo dolo, não se admitindo a forma culposa, por ausência de previsão legal expressa, nos termos do que determina o parágrafo único do artigo 18 do Código Penal⁷⁶.

O dolo, compreendido pela doutrina penal no sentido da vontade livre e consciente de realizar a conduta descrita no tipo, representa, no caso em concreto, a vontade livre e consciente de "deixar de recolher" à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes ou de terceiros.

Renato de Mello Jorge Silveira afirma que

A punição, nesses casos [perigo abstrato], advirá apenas pela idoneidade do comportamento para a efetivação de uma lesão a um bem jurídico, no caso, difuso. Para a existência de dolo, basta que o agente conheça os elementos típicos do delito, sem que seja necessário que saiba da sua efetiva lesividade⁷⁷.

3.5 Dos elementos subjetivos

Os elementos subjetivos do tipo são caracterizados pelos fenômenos anímicos do

⁷⁵ “Art.31 da Lei nº. 8.212/91. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no §5º do art.33”.

⁷⁶ “Art.18. parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

⁷⁷ SILVEIRA, 2003, op. cit., p. 119.

agente, tais como especiais motivos, tendências e intenções⁷⁸.

No que se refere à existência no tipo do artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal de elementos subjetivos, também aqui reside outro importante ponto de discussão doutrinária e jurisprudencial.

Em que pese seja pacífico o entendimento de que somente a conduta dolosa acarreta a possibilidade de imputação do delito ao agente, é certo também que essa unanimidade cessa quando se aborda a questão de se seria suficiente a caracterização do dolo "genérico" ou se seria necessária a prova da existência de um elemento subjetivo⁷⁹.

De um lado existem aqueles que defendem que a configuração da citada figura delitiva dispensa a comprovação de qualquer elemento subjetivo do tipo, ou seja, não se exige a presença do especial fim de agir do agente⁸⁰. De outro, existe a corrente a qual propugna que a configuração do tipo demanda a comprovação do elemento subjetivo, representado pelo *animus rem sibi habendi*.

Heloísa Estellita Salomão, nesse particular, assevera que as figuras típicas encartadas no artigo 168-A do Código Penal não trazem como elemento a figura da apropriação da quantia recolhida (ou descontada ou reembolsada), tampouco a indébita, de modo que, em decorrência do princípio da legalidade, não se pode exigir tal elemento como requisito da adequação típica⁸¹.

Marcelo Leonardo Tavares, por sua vez, afirma inexistir a exigência de comprovação do ânimo de permanecer indevidamente com a quantia anteriormente retida. Para ele, o fato do legislador ter optado pelo *nomen juris* como apropriação indébita

⁷⁸ TOLEDO, 1999, op. cit., p. 154.

⁷⁹ Euro Bento Maciel Filho assinala que “já à época da Lei nº8.212/91, a doutrina se dividia em duas correntes: a primeira, que ‘equiparava’ o artigo 95, ‘d’, da Lei nº8.212/91 ao delito de apropriação indébita previsto no artigo 168 do CP e, portanto, exigia o dolo específico para o crime previdenciário; e a segunda, que, por outro lado, defendia a não equiparação entre aquelas condutas, pois eram [...] condutas típicas estruturalmente diferentes. Daí, então, ser inexigível a presença do *animus rem sibi habendi* para o delito previdenciário” (MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 110).

⁸⁰ Encontram-se nessa corrente autores como Rodrigo Sánchez Rios (2001, p. 35), Andreas Eisele (2001, p. 132), Salomão (2001, p. 321), Luiz Regis Prado (2001, p. 84). Também na vigência da figura típica do artigo 95, alínea d, da Lei nº8.212/91 havia defensores dessa posição, como Carlos Alberto da Costa Dias: “o dolo no crime de não-recolhimento é exclusivamente a vontade e a potencial consciência de não-recolher o valor do tributo. Independe de intenção específica de auferir proveito, ou *animus lucrandi*” (DIAS, 1995, op. cit., p. 104-105).

⁸¹ SALOMÃO, 2001, op. cit., p. 323. Wellington Cláudio Pinho de Castro, por seu turno, afirma que “[...] a despeito da denominação ‘apropriação indébita previdenciária’ não se exige para a configuração do delito a intenção de apropriar-se dos valores arrecadados e não recolhidos (*animus rem sibi habendi*) [...] tipo deve ser analisado em função dos seus elementos descritivos, normativos e subjetivos, e não do rótulo que lhe apõe o legislador [...] em suma: a nova redação do dispositivo não teve o condão de reavivar a tese jurídica já debelada pelo Judiciário, de modo que incabível a alegação de ausência do *animus rem sibi habendi* com a finalidade de afastar a tipicidade da conduta” (CASTRO, W. C. P. Apropriação indébita previdenciária. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 98, abr./jun. 2000).

previdenciária e sua inserção topográfica no Código Penal junto ao capítulo que trata da apropriação indébita não são relevantes para sua natureza, servindo apenas como elementos indicativos que, todavia, podem ser infirmados pela análise dos componentes do tipo penal⁸².

É certo que essa divergência não se exaure no campo doutrinário, possuindo reflexos na seara judicial, de modo que existem precedentes jurisprudenciais, inclusive no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que dispensam a caracterização do dolo específico (elemento subjetivo do tipo) para a adequação típica do delito de apropriação indébita previdenciária:

[...] 2. Ao contrário do crime de apropriação indébita comum, o delito de apropriação indébita previdenciária não exige, para sua configuração, o animus rem sibi habendi [...].

(STF, RHC nº88144/SP, Rel. Ministro Eros Grau, j. 04.04.06, DJ 16.06.06, p. 28, v.u.) (grifo nosso)⁸³.

[...] III. – Para a configuração do delito de apropriação indébita previdenciária não é necessário um fim específico, ou seja, o animus rem sibi habendi, exigido para o crime de apropriação indébita simples [...].

(STF, HC nº84589/PR, Rel. Ministro Carlos Velloso, j. 23.11.04, v.u.) (grifo nosso)⁸⁴.

O dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e da forma legais, não se exigindo o animus rem sibi habendi, sendo, portanto, descabida a exigência de se demonstrar o dolo específico de fraudar a Previdência Social como elemento essencial do tipo penal. Precedentes.

(STJ, REsp. 811423/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 06.06.06, v.u.) (grifo nosso)⁸⁵.

[...] Dolo manifestado na vontade livre e consciente de não repassar as contribuições recolhidas dos contribuintes à Previdência Social. Desnecessária a demonstração de dolo específico. O animus rem sibi habendi é exigido na apropriação indébita comum, mas não o é na apropriação indébita previdenciária [...].

(TRF da 1ª Região, Ap. nº2001.01.00.039813-5, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, j. 09.03.04, v.u., DJU 26.03.04, p. 130) (grifo nosso)⁸⁶.

⁸² TAVARES, 2001, op. cit., p. 16. Para o citado autor, "[...] foi bastante infeliz a aposição do *nomen juris* pela nova Lei nº9.983/00, induzindo o reaquecimento de divergência que se vinha pacificando" (Ibid., p. 17).

⁸³ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 07 set. 2006.

⁸⁴ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 07 set. 2006.

⁸⁵ No mesmo sentido: REsp. nº. 629.091 (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 24.04.06, p. 438); AgRg no REsp nº. 765.892 (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU 24.04.06, p. 452); REsp. nº. 570.908 (Rel. Min. Paulo Medina, j. 03.02.05); REsp. nº. 612.120 (Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 07.10.04); HC nº. 24.755 (Rel. Ministro Paulo Medina, j. 16.11.04); HC nº. 36.778 (Rel. Ministro Felix Fischer, j. 14.09.04, v.u.). Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=dolo%20especifico%20previdenciaria>. Acesso em: 07.09.06.

⁸⁶ BOLETIM DO IBCCRIM, v. 12, n. 140, p. 814, jul. 2004.

Para a configuração do delito de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do Código Penal, não se exige o animus rem sibi habendi, bastando o dolo genérico [...].

(TRF da 3ª Região, Ap. nº2002.03.99.0096926/SP, 2ª Turma, Rel. Des. Federal Nelton dos Santos, j. 09.11.04, v.u., DJU 25.02.05) (grifo nosso)⁸⁷.

De outro lado, Roberto Podval e Paula Kahan Mandel defendem ser indispensável a prova não apenas do dolo genérico, mas também do dolo específico, caracterizado pela intenção do agente em querer trazer com a conduta um benefício a si mesmo ou a terceiros. Em outros termos, o dolo é posterior à retenção dos valores descontados, evidenciando-se quando o agente inverte a posse do numerário e manifesta sua intenção de se beneficiar com os valores que deixa de recolher pra a Previdência Social.

Para eles o fato do legislador ter inserido o tipo penal do artigo 168-A, §1º, inciso I, do CP no capítulo V (Da Apropriação Indébita), do Título II (Dos Crimes contra o Patrimônio), ou seja, a localização do delito no Código Penal efetivamente influencia na interpretação e aplicação do dispositivo legal (interpretação sistemática)⁸⁸.

Luiz Flávio Gomes⁸⁹ e Cezar Roberto Bitencourt⁹⁰ também se encontram dentre aqueles que defendem a exigência da presença do elemento subjetivo (dolo especial).

Algumas decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 5ª Regiões vêm reconhecendo a necessidade da presença do elemento subjetivo no delito de apropriação indébita previdenciária, das quais são exemplos as abaixo transcritas:

[...] Dessa forma, tem-se que para a configuração do crime agora tipificado no art.168-A do CP, por cuja prática responde a recorrida, é imprescindível a comprovação do dolo consistente na vontade de apropriar-se dos valores não recolhidos à Previdência Social, ou ainda, desviá-los para outros fins, sendo o animus rem sibi habendi de sua essencialidade.

⁸⁷ BOLETIM DO IBCCRIM, v. 13, n. 150, p. 894, maio 2005.

⁸⁸ PODVAL; MANDEL, 2001, op. cit., p. 107-108, 110 e 113. Os citados autores ainda sustentam seu posicionamento afirmando que "poder-se-ia alegar que não há no tipo penal, em seu núcleo, previsão expressa do "fim específico" que o agente deve pretender com a conduta praticada. Entrementes, a ausência desta previsão não a torna desnecessária [...] passa o Ministério Público a ter necessidade de comprovar o elemento subjetivo específico do agente, que constitui-se por uma intenção inequívoca de beneficiar-se com o não-recolhimento" (Ibid., p. 110).

⁸⁹ Para ele "o que justifica a intervenção penal, portanto, não é a simples apropriação daquilo que se devia repassar e não se repassou ao INSS. Até aqui temos apenas um ilícito administrativo. O castigo penal cobra relevância somente quando a apropriação se torna indevida (indébita), isto é, quando é acompanhada de alguma fraude ou engano ou má-fé. Quando se trata, enfim, de um não pagamento atribuível a um devedor fraudulento, contumaz, relapso. São todas essas circunstâncias que iluminam a apropriação indébita previdenciária, para transformá-la numa apropriação criminosa. Ao juiz, em cada caso concreto, cabe discernir (e bem) o inadimplente do delinqüente" (GOMES, 2001, op. cit., p. 55).

⁹⁰ Segundo o citado autor, "tratando-se de apropriação indébita é indispensável o elemento subjetivo especial do injusto, representado pelo especial fim de apropriar-se dos valores pertencentes à previdência social, isto é, o agente apossa-se com a intenção de não restituí-los" (BITTENCOURT, 2001, op. cit., p. 28).

(TRF da 2ª. Região, AC 2000.02.01.053709-7, Relator Juiz Rogério Vieira de Carvalho, DJU 19.06.2001, Seção 2, p. 347, j. 23.03.2001) (grifo nosso)⁹¹.

A lei penal não pode descrever como crime o mero não pagamento, posto que não é lícito ao legislador comum contornar a proibição inserta na constituição, que vedou a prisão por dívidas, ressalvadas as exceções que ela própria consagrou.

O crime de apropriação indébita previdenciária não se exaure com o mero deixar de pagar, exigindo dolo específico, de se apropriar dos valores, iludindo o fisco, razão por que não comete o crime quem registra todos os débitos em sua contabilidade e não dispõe de ativos suficientes para a quitação dos tributos questionados [...].

(TRF da 5ª Região, Ap. nº2000.82.00.001840-3/PB, 1ª Turma, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, j. 17.03.05, v.u.) (grifo nosso)⁹².

É imprescindível à caracterização, tanto do crime de apropriação indébita como das modalidades equiparadas, no caso, a apropriação de contribuições sociais, que o agente tenha agido dolosamente.

Improvido o dolo específico, não se tipifica o crime capitulado no art. 168-A do CP.

(TRF da 5ª Região, SER nº2004.81.00.011128-5, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa, j. 02.06.05, v.u.) (grifo nosso)⁹³.

Assim, para a corrente que defende a necessidade da presença do elemento subjetivo do tipo para sua configuração, são indispensáveis: a) a consciência de não repassar para a Previdência Social o que lhe é devido; b) que essa omissão esteja iluminada por uma outra especial circunstância, qual seja, a de que o agente podia repassar e não repassou, não importando eventual enriquecimento ilícito, se o sujeito usou ou não o valor não repassado bem como se auferiu ou não proveito⁹⁴.

⁹¹ Outros julgados seguiram a mesma linha de raciocínio: TRF da 3ª. Região, ReCrim. 1999.61.06.003103-4, 1ª. Turma, Rel. Des. Theotonio Costa, 17.04.2001, DJU 05.06.2001, p.924; TRF da 3ª. Região, HC 2000.03.00.014818-9/SP, 2ª. Turma, Rel. Des. conv. Manoel Álvares, j.06.03.2000, DJU 04.04.2001, Seção 2, p. 227 (SALOMÃO, Heloisa Estellita. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP: aspectos gerais.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 36, p. 318-321, out./dez. 2001). Ainda: TRF da 3ª Região, HC 10.857/SP, 2001.03.00.0022903, Rel. Theotonio Costa, DJU, 3 out. 2001, Seção 2, p.383 (MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes contra a previdência social**: lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos polêmicos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153-154).

⁹² Boletim do IBCCRIM, ano 13, n. 155, p. 934, out. 2005.

⁹³ Boletim do IBCCRIM, ano 13, n. 154, p. 927, set. 2005.

⁹⁴ MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 112.

3.6 Compatibilização do delito previsto no artigo 168-A, §1º, inciso I, do Código Penal (com redação dada pela Lei nº 9.983/2000) com a função legitimadora do bem jurídico-penal

O legislador deve sempre observar, em sua atuação, os limites traçados pelos princípios e valores constitucionais. Todavia, sempre que se distanciar dos citados traços limitativos, abrirá espaço à intervenção do Poder Judiciário, de modo a compatibilizar o tipo penal às limitações e imposições político-criminais e, em casos mais extremos, até mesmo declarar a inconstitucionalidade de tipos penais incompatíveis com o modelo de Estado Democrático e Social de Direito⁹⁵.

Nessa ordem de idéias, cabe ressaltar que os tipos penais que visam a proteção da Previdência Social possuem nítida função preventiva. Todavia, tal função preventiva pode ser

⁹⁵ Nesse contexto, não são poucos os doutrinadores que pregam a existência de inconstitucionalidade na utilização do Direito Penal como meio de coação ao pagamento de dívidas tributárias. Para Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, cujos comentários foram tecidos na vigência do tipo penal previsto na alínea *d*, do artigo 95, da Lei nº8.212/91, “em última análise, deseja a Carta Magna que a norma infraconstitucional não contenha instrumentos de coação, com limitação ao direito de liberdade, para o pagamento de dívidas [...] daí resulta a inconstitucionalidade parcial da legislação penal, que pune com pena de detenção a falta de recolhimento de tributos ou contribuição previdenciária, o que, contudo, não impede a aplicação de multa ou prestação de serviços. Portanto, a falta de recolhimento de tributos indiretos à Fazenda Pública é fato típico, antijurídico e culpável, salvo se, no caso de insolvência, for destinado ao pagamento de salários. A sua sanção seria apenas através de pena ou de prestação de serviços ante a proibição constitucional de prisão por dívida” (SILVA, 1998, op. cit., p. 22). Assim também conclui Paulo Eduardo Bueno, para quem “no caso da sonegação, o elemento substancial da reprovabilidade social da conduta não é a falta de pagamento do tributo, mas a fraude, ou seja, o engano ou a tentativa de enganar o fisco. Universalmente é sabido que deixar de pagar o imposto não é sonegação. Assim, a simples falta de recolhimento não pode ser equiparada à sonegação, porque inexistente a fraude, constituindo-se tão-somente em um caso de crime por dívida, o que é inadmissível para uma consciência jurídica bem formada no limiar do terceiro milênio” (BUENO, 1999, op. cit., p. 10). Já na vigência do tipo penal previsto no §1º, inciso I, do artigo 168-A do CP, Rosângela Slomp defendeu em sua dissertação de mestrado, a inconstitucionalidade da referida figura típica. Para ela, “na hipótese da criminalização do não-recolhimento de contribuição previdenciária, os mais elementares princípios de Direito Penal foram profundamente feridos em nome de um intitulado direito público a prevalecer sobre o direito privado, mas que, em verdade, não passa de uma proteção de direito particular de indivíduos e castas [...] demonstra seus meros objetivos arrecadatários quando, de acordo com suas necessidades, cria novas leis e edita medidas provisórias que extinguem a punibilidade do agente ou, como informa a mais correta doutrina, descriminaliza a conduta. Todas essas questões suscitadas, trazem como consequência não só uma manifesta atipicidade do delito, mas também a evidente inconstitucionalidade” (SLOMP, 2003, op. cit., p. 146-147). Hugo de Brito Machado, na mesma linha de pensamento, afirma que “admitir que a Constituição, ao vedar a prisão civil por dívida, não está proibindo também a definição da dívida como crime é outorgar ao legislador ordinário ferramenta que lhe permite destruir completamente a supremacia constitucional. Na interpretação da norma jurídica, especialmente da norma da Constituição, tem-se de ir além do elemento meramente literal. É preciso buscar a realização dos objetivos que a norma tende a alcançar, os valores humanos que tende a realizar [...] Se a liberdade individual não deve ser sacrificada com a prisão civil, com muito mais razão ela não deve ser sacrificada com a aplicação da pena criminal de prisão” (MACHADO, 2002, op. cit., p. 21-22). Em sentido contrário, Andreas Eisele defende que “a criminalização da omissão de recolhimento de tributos indiretos, ou de tributos e contribuições sociais devidos por agentes de retenção, não fere a garantia previsto no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois prevê prisão penal e não civil, ainda que o fato penalmente tipificado se revista das características de dívida de valor específico” (EISELE, 2001, op. cit., p. 165).

útil em relação a grandes defraudadores, posto que esses poderiam não se intimidar perante meras infrações administrativas, consubstanciadas em multas pecuniárias. Já de outro lado, em relação aos pequenos devedores, se mostra plenamente suficiente e adequada uma tutela administrativa.

O controle por meios de tutelas extra-penais têm se mostrado útil e eficaz. Deve-se sempre buscar uma tutela penal dos bens jurídicos supra-individuais equilibrada, isto é, deve-se abrir espaço a formas não penais de proteção, somente optando pela intervenção penal quanto realmente se mostra indispensável, em outros termos, quanto os demais meios de tutela tornarem-se ineficazes para proteger o bem jurídico de caráter difuso.

A proteção não precisa ser necessariamente de caráter penal para se mostrar produtiva e eficaz.⁹⁶ O tratamento normativo dispensado pelo legislador pátrio aos crimes contra a Previdência Social demonstra o descompasso entre a dogmática penal e a política criminal, que, por ausência de critérios objetivos, tem direcionado o sistema criminal a esses novos bens supra-individuais com o exclusivo intuito de preencher a qualquer custo lacunas de punibilidade. Tal evidência demanda do operador do Direito novas reflexões, com vistas a garantir sua efetividade e aplicação⁹⁷.

⁹⁶ Merecem destaque, pela grandiosidade dos ensinamentos, algumas considerações de Manoel Pedro Pimentel sobre a questão: “certamente o legislador usou do seu poder de arbítrio ao considerar necessário recorrer às drásticas sanções penais para impor a obediência aos preceitos da lei previdenciária [...] violando princípios gerais do Direito Penal e princípios constitucionais de largo alcance, cuja conquista demandou tempo e história. O fulcro da ilicitude que se vê nos comportamentos descritos na lei especial em exame é o enriquecimento ilícito da empresa, pelo não recolhimento do pagamento do dinheiro devido aos empregados. Fator específico, portanto, da incriminação é a retenção indevida, equiparada pela lei à apropriação indébita. Ora, essa retenção indevida, nos casos focalizados, não deixa de ser, com o critério de fator específico da ilicitude dos comportamentos, uma dívida civil, resultante do inadimplemento das obrigações de receber ou pagar [...] No fundo, então, a sanção penal seria aplicada a hipóteses que se resumem em não satisfação de dívida civil [...]. Na verdade, ilegal e inconstitucional a cominação de sanção penal. A pena não é eticamente aprovada senão quando útil e necessária [...] Equiparar tais condutas à apropriação indébita é, sem dúvida, um excesso, pois os comportamentos da empresa, que não são intrinsecamente criminosos, dada a natureza da ofensa, poderiam ser sancionados de outra forma, talvez até mesmo mais eficiente, com punições de caráter administrativo ou sanções de natureza econômica [...] As hipóteses consideradas são simples inadimplemento da obrigação de fazer, imposta unilateralmente pelo Estado [...] Mais vantajosas seriam as sanções civis de caráter econômico [...] As hipóteses aqui focalizadas deveriam ser tidas como ilícitos civis ou administrativos, punidos com sanções próprias do Direito Privado, uma vez que a sanção penal deve ser reservada para os casos em que a sua aplicação seja útil ou necessária, o que não ocorre na espécie” (PIMENTEL, M. P. *Apropriação indébita por mera semelhança: os crimes de apropriação indébita, definidos na legislação previdenciária*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 62, n. 451, p. 327-329, maio 1973).

⁹⁷ RIOS, 2001, op. cit., p. 25. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, ao analisar o princípio da proporcionalidade, assevera que “[...] não só a função jurisdicional se encontra limitada aos valores constitucionais, mas também a atividade legiferante do legislador encontram limite a sua liberdade para fixar seus objetivos nos mesmos valores. Portanto, o limite ultrapassado pelo legislador, ou seja, lesando o núcleo de atuação dos Direitos fundamentais, implica na atuação judicial em nome do princípio da proporcionalidade. Nesse ponto, tanto o legislador quanto o juiz encontram-se limitados pelo mesmo critério maior do Estado de Direito” (LOPES, M. A. R. *O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico*. In: FRANCO, A. S. et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 302).

Pode-se afirmar, em caráter genérico, que a regra deve ser a de se evitar ao máximo a opção pelos delitos de perigo abstrato, os quais somente teriam lugar em situações excepcionais. Mesmo nesses casos deve-se almejar alternativas para que a construção do tipo penal não se dê exclusivamente em função desse critério, porquanto ainda que em raras situações se aceite o emprego de tipos de perigo abstrato, tal fato não afasta a ausência de certeza quanto à lesividade da conduta.

Assim, a progressiva transformação do Direito Penal em um elemento a mais do Direito de Gestão se revela evidente na atual sociedade de massas, tornando decisivo para o Direito Penal o problema das grandes cifras e não mais a dimensão da lesividade do comportamento individual⁹⁸.

Merece destaque o fato de que o mesmo legislador, ao inserir no Código Penal a figura prevista no artigo 337-A, trouxe previsão de extinção da punibilidade no § 1º, nos seguintes termos: "é extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal".

Da detida análise do dispositivo legal supra-transcrito tem-se que caso o agente, até o início da ação fiscal, espontaneamente declare e confesse o débito, bem como informe à Previdência Social dos dados necessários, restará extinta sua punibilidade. Em outros termos, não se exige o efetivo pagamento da dívida, tão-somente a confissão de seu valor e dados necessários.

Por outro lado, em se tratando das figuras previstas no artigo 168-A do Código Penal, a regra que trata da extinção da punibilidade está inserida no § 2º, que assim prescreve:

⁹⁸ SÁNCHEZ, 2002, op. cit., p. 120. O próprio autor ainda afirma que "a mentalidade 'administrativizada' desse Direito Penal de nova face se manifesta também em outros âmbitos. Muito particularmente, na inclusão entre seus objetos de proteção da atividade administrativa em si mesma considerada" (Ibid., p. 125). De forma crítica e incisiva são as considerações de Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira: "[...] o direito penal que deveria promover a proteção de bens fundamentais, passa a ser usado, em decorrência dessa tendência ampliadora, como norma de segundo nível, não mais para proteger esses bens essenciais à sociedade, mas como guardião secundário de bens de menor hierarquia. Exemplo disso é a existência de normas incriminadoras que ameaçam, com sanções penais, simples inadimplentes de tributos, transformando o poder judicial em 'agente cobrador de impostos', quando crime existiria apenas no fato de o sonegador procurar iludir a fiscalização através da inserção, na escrita, de elementos inexatos ou de documentos adulterados. Isto é, quando o verdadeiro sonegador agisse com o dolo de dificultar a ação dos agentes governamentais encarregados de examinar a exatidão escritural" (OLIVEIRA, M. A. C. M. O direito penal e a intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 149, jan./mar. 1997). Yuri Carneiro Coelho também discorre sobre o assunto: "o legislador não pode, repetimos, sob pena de transformar-se o direito penal em um instrumental apenas simbólico, acreditar que a norma penal tem condições de resolver toda espécie de conflito em sociedade, de forma satisfatória. Ademais, a partir do momento em que se utiliza o direito penal para resolver um conflito social, tem-se de ter em vista a eficácia de sua atuação, evitando-se o desgaste de sua utilização, sem que haja necessária utilidade para resolução deste conflito de forma menos gravosa para o indivíduo" (COELHO, 2003, op. cit., p.114).

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

Verifica-se, assim, que enquanto para o delito previsto no artigo 337-A do CP não há a exigência do pagamento das quantias devidas à Previdência Social, para as figuras tipificadas no artigo 168-A do CP existe essa exigência ("[...] e efetua o pagamento [...]").

Agiu bem o legislador quanto à previsão relativa à figura típica do artigo 337-A do CP. Entretanto, no que toca à previsão referente ao artigo 168-A do CP incorreu em grave equívoco. É certo que existe vedação constitucional à prisão por dívidas, não se justificando a intervenção do Direito Penal como mero meio coercitivo (reforço para arrecadação tributária), sem falar nos princípios político-criminais da subsidiariedade, intervenção mínima e *ultima ratio* (pertinentes ao critério da carência de tutela penal) que, por si só, justificariam a ausência de tutela penal como simples expediente de coerção ao pagamento de dívidas tributárias⁹⁹.

Desse modo, há que se reconhecer que a tutela penal somente se compatibiliza diante de situações que vão além do mero inadimplemento da obrigação fiscal (previdenciária), tornando-se indispensável que as figuras típicas penais exijam, para sua configuração, elementos outros que o mero descumprimento da obrigação tributária¹⁰⁰.

Assim, agiu corretamente o legislador quando previu que a extinção da punibilidade no delito do artigo 337-A do CP ocorre sem a exigência do pagamento, sendo

⁹⁹ Como bem assinalou Francisco Muñoz Conde "[...] tampoco podemos esperar que el Derecho Penal sea la panacea de las lacras inherentes al sistema económico de mercado; o que se pervierta su carácter de ultima ratio y con ello el principio de intervención mínima, atribuyéndole funciones que corresponden a otras ramas del Ordenamiento jurídico". (MUÑOZ CONDE, 1995, op. cit., p. 13).

¹⁰⁰ Antonio Claudio Mariz de Oliveira, ao discorrer sobre o excesso de criminalização, afirma que "medidas administrativas ou mesmo judiciais de natureza civil, com um cunho de cerceamento de direito ou de sanções econômicas, à evidência, dariam um maior e mais eficiente amparo a inúmeros bens e interesses relevantes, produzindo o desejado efeito intimidativo [...] o crescente e já excessivo número de condutas puníveis, em nosso país, é justificado por legisladores e até por juristas em nome da necessidade de se combater a criminalidade. Ledo engano. Ou no dizer de Francisco de Assis Toledo, é apenas uma meia verdade entender o Direito Penal como instrumento de combate à criminalidade. Imprescindível é que se ataque as causas do crime para evitá-lo [...] a fúria legiferante, no campo penal, em verdade é uma fuga de responsabilidades e funciona como uma cortina de fumaça lançada sobre os olhos da população, que clama por soluções para seus cruciais problemas e se ilude com a tutela penal [...]" (OLIVEIRA, A. C. M. Reflexões sobre os crimes econômicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 93-94, jul./set. 1995). Importante também a reflexão de William Terra de Oliveira: "o moderno Direito Penal Econômico deverá construir com precisão e segurança seus postulados específicos e o âmbito de sua aplicação. Isso sem qualquer precipitação ou utilização de técnicas que afrontem salutares princípios fundamentais (entre outros, o princípio da mínima intervenção penal) evitando-se o socorro excessivo ao Direito Penal (como ocorre, por exemplo, nas figuras de perigo abstrato e de desobediência para a proteção de bens jurídicos coletivos) ao invés da adoção de medidas de organização da política econômica e social" (OLIVEIRA, W. T. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 239, jul./set. 1995).

certo que o que se objetiva tutelar é a veracidade das informações fiscais, punindo-se, de outro lado, fraudes e atos tendentes a ludibriar o Fisco.

Contudo, em se tratando do delito do artigo 168-A do CP, além de não descrever como elemento integrante do tipo a fraude ou burla à arrecadação, houve o incremento da exigência para se obter a extinção da punibilidade, tornando-se indispensável o pagamento das quantias arrecadadas e não recolhidas.

Tem-se, de um lado, que para um delito em que se exige a fraude como elemento integrante do tipo não há a exigência do pagamento, prevendo o legislador que com a mera declaração e confissão espontâneas estar-se-ia tutelado o bem jurídico penalmente protegido, enquanto que, de outro lado, para a figura delitiva em que não se prevê a fraude ou outro elemento relativo à intenção de sonegar informações à Previdência Social, houve a previsão de que a mera declaração e confissão não se tornam suficientes, tornando-se indispensável que estas se façam acompanhar do respectivo pagamento.

Constata-se, assim, que, no caso do artigo 337-A do CP, o que importa é a omissão ou adulteração do fato gerador, de modo que, corrigida a conduta (com a declaração e confissão espontâneas), restará mero inadimplemento, afastando a sanção penal.

Tal conclusão torna claro que se o legislador no artigo 337-A do CP não objetivou punir o mero inadimplemento, também não deve tê-lo feito em relação ao artigo 168-A do CP.

Assim, somente se justifica a previsão da exigência do pagamento das quantias indevidamente retidas pelo responsável tributário (§ 2º, do Artigo 168-A do CP) diante de um *plus*, não sendo suficiente que o mero não recolhimento no prazo legal caracterize a figura típica. Esse *plus* representaria exatamente o elemento diferenciador do simples inadimplemento fiscal, tornando, pois, legítima a tutela penal e respectiva sanção¹⁰¹.

Nesse ponto chega-se, então, ao núcleo da discussão que envolve o presente estudo: qual será a interpretação que os intérpretes e operadores do Direito em geral devem fazer em relação aos elementos do tipo penal previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP, de modo a compatibilizá-lo com a função legitimadora do bem jurídico-penal (e, em contrapartida, tentar harmonizar a aplicação prática do citado delito, evitando-se distorções e ofensas aos princípios da isonomia e proporcionalidade).

¹⁰¹ Nota-se que essa posição não é tranqüilamente aceita pela doutrina pátria. José Alves Paulino, por exemplo, afirma que "a regra penal, na verdade, está incriminando a inadimplência do empregador pelo não cumprimento dos prazos e formas estabelecidos na lei ou por pactuações, desconsiderando quaisquer aspectos externos ou de gestões administrativas do empregador, embora a jurisprudência dos tribunais os venha considerando para efeito de avaliação da conduta criminosa" (PAULINO, J. A. Da apropriação indébita previdenciária. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 146, jul./set. 2001).

Essa questão já foi analisada, ainda na vigência do delito previsto no artigo 95, alínea *d*, da Lei nº. 8.212/91, pelo Desembargador Dr. Lázaro Guimarães do E.Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cujo posicionamento entende-se válido e plenamente aplicável ao tipo atualmente previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP. Segundo o citado magistrado, a figura delitiva de não-recolhimento das contribuições previdenciárias deve ser interpretada sistematicamente, de modo que se verifique a existência do tipo subjetivo implícito, consistente na fraude à Previdência Social. Assim, o mero inadimplemento não se mostra suficiente para caracterizar a infração, exigindo-se a comprovação da intenção de sonegar o repasse dos valores recolhidos a título de contribuição¹⁰².

Também analisando o tipo descrito na Lei nº. 8.212/91 Heloísa Estellita Salomão defende a constitucionalidade da figura delitiva exatamente pela exigência da anterior arrecadação, indispensável à adequação típica. Para ela, caso assim não fosse interpretado o dispositivo penal, estar-se-ia diante de tipo penal inconstitucional, por impor prisão por dívida. Em outros termos, se fosse suficiente à configuração do delito o mero não-recolhimento, independentemente da anterior apropriação do valor arrecadado, com conseqüente cominação de sanção penal à inadimplência, caracterizar-se-ia flagrante ofensa à Constituição Federal¹⁰³.

Não se pode renunciar aos posicionamentos acima expostos. Com efeito, somente se justifica a intervenção penal quando atendidos os critérios político-criminais da dignidade e carência de tutela penal (e respectivos princípios)¹⁰⁴.

Reconhece-se que a Seguridade Social e, em específico, a Previdência Social, configura-se em um bem jurídico digno de proteção penal¹⁰⁵. Por outro lado, frise-se, não basta a afirmação do critério de dignidade penal do bem jurídico para que o Direito Penal se mostre autorizado a intervir. Há que se perquirir quanto a sua carência de tutela.

Nesse contexto, impõe-se ao legislador que somente tutele penalmente aquelas condutas efetivamente lesivas à Previdência Social, que não encontre nos demais ramos do Direito proteção adequada e eficaz.

¹⁰² DIAS, 1995, p. cit., p. 110.

¹⁰³ SALOMÃO, 1996, op. cit., p. 40.

¹⁰⁴ No mesmo sentido defende Yuri Carneiro Coelho, para quem “[...] resta demonstrado não poder o direito penal de um Estado Democrático de Direito pautar sua construção dogmática sem recurso à teoria do bem jurídico e aos seus princípios informadores” (COELHO, 2003, op. cit., p. 125).

¹⁰⁵ Essa também é a posição de Euro Bento Maciel Filho: “[...] a Previdência Social necessita, efetivamente, de uma proteção penal séria, totalmente desvinculada de qualquer interesse; afinal, é ela uma instituição supra-individual, isto é, que interessa (ou pertence) a todos os cidadãos. O pagamento, ou não, das contribuições previdenciárias é matéria de suma importância, eis que, como já discutido anteriormente, são elas que integram o patrimônio do sistema da Seguridade Social, e por corolários, é por meio delas que ela – e também o Estado Brasileiro – buscam alcançar seus objetivos” (MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 238).

Tal afirmação leva à conclusão de que todas as demais condutas igualmente lesivas à Previdência Social que, por outro lado, estejam adequada e suficientemente disciplinadas em outras esferas de intervenção (extrapenais), devem ser afastadas do âmbito da tutela penal.

Somente com essa visão estar-se-á garantindo legitimidade e, mais ainda, eficiência ao Direito Penal, que deve se voltar apenas à tutela das condutas extremamente lesivas a bens jurídicos essenciais.

Com estas premissas é que o presente estudo busca compatibilizar o delito previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal com a função legitimadora do bem jurídico-penal.

Para tanto, há que se distinguir dentre todas as condutas passíveis de serem formalmente adequadas à descrição típica, aquelas que, de fato, são aptas a materializar o tipo penal. Somente essas podem legitimar a aplicação da sanção penal, sendo certo que as demais (que se adequem formalmente aos elementos típicos, mas não representem sua materialização) devem ser extraídas do âmbito de proteção da norma penal, impondo-se, quando for o caso, a aplicação de sanções de natureza civil ou administrativa¹⁰⁶.

Nesse ponto, cabe ressaltar que no Colóquio Preparatório da Associação Internacional de Direito Penal realizado em setembro de 1982 em Freiburg foi expedida a Resolução nº. 12, que assim disciplina a questão: “Em certos casos, as sanções administrativas serão uma adequada alternativa ao sistema criminal como via de prevenção e repressão da criminalidade econômica”¹⁰⁷.

Assim, defende-se que o tipo penal descrito no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP é um tipo omissivo impróprio, ou seja, comissivo por omissão. Exige, pois, para sua plena caracterização, que o agente tenha efetivamente procedido ao recolhimento (arrecadação) dos valores devidos a título de contribuição previdenciária¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Anabela Miranda Rodrigues, na mesma posição aqui defendida, afirma que “a justiça e o garantismo do sistema fiscal servido por um sistema punitivo eficaz permite, pois, partir da idéia de que importa otimizar as medidas penais e abre, do mesmo passo, a via à crítica à utilização daquelas que se revelem desnecessárias”. (MIRANDA, A. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: FRANCO, A. S. et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 185).

¹⁰⁷ COSTA; ANDRADE, 2000, op. cit., p. 120.

¹⁰⁸ Rodrigo Sánchez Rios, em que pese defenda ser o delito ora em análise puramente omissivo, categoricamente reconhece que “[...] a manutenção como crime omissivo puro, para a ‘Apropriação Indébita Previdenciária’, não pode induzir aos estudiosos do direito penal na desistência em abrir novos espaços de debates neste campo da dogmática, pois a questão não está solucionada [...] é imprescindível atentar à natureza funcional deste bem jurídico-penal [...] a vigência da modalidade omissiva autônoma, com a conduta de ‘deixar de repassar’ – se bem possa ter uma maior efetividade perante as figuras dos tipos penais patrimoniais individuais – pode acarretar consigo o aspecto de não respeitar os limites decorrentes do caráter fragmentário do Direito Penal” (RIOS, 2001, op. cit., p. 39-40).

Também se mostra indispensável compreender que para a adequação típica se exige a presença do elemento subjetivo do tipo. Todavia, não se vislumbra que tal elemento seja representado pelo tradicional *animus rem sibi habendi*, porquanto, segundo a linha de pensamento aqui defendida, não há efetiva “apropriação”, uma vez que não há inversão na posse do valor arrecadado, que sempre foi de propriedade do empresário. Desse modo, o elemento subjetivo exigido caracteriza-se pela especial finalidade de sonegar-fraudar os cofres previdenciários.

Entender de modo diferente significa equiparar o mero inadimplemento de obrigação previdenciária (ilícito fiscal) ao ilícito penal, configurando, nessa hipótese sim, manifesta inconstitucionalidade¹⁰⁹.

Como já defendido outrora por Heloísa Estellita Salomão, o contribuinte que procede ao lançamento e escrituração regulares, não recolhendo as importâncias à Previdência Social por não possuir o numerário para tanto (ou seja, abertamente declara o débito mas não o quita), não pratica o delito de “apropriação indébita das contribuições previdenciárias” exatamente pela ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), consubstanciado na vontade de não entregar à instituição previdenciária a quantia arrecadada.

Em tais situações, também se encontra ausente o próprio objeto material (valor arrecadado), uma vez que apenas há o pagamento dos salários líquidos, empregando a empresa todas as suas forças financeiras em tal ato, de modo que nunca chegou a empresa a possuir os valores mencionados.

A empresa que escritura regularmente seus débitos e não os recolhe, nas circunstâncias acima narradas, não pratica delito algum. A conduta, pelo contrário, é de uma “total honestidade para com a instituição” (Previdência Social)¹¹⁰.

¹⁰⁹ Também nesse aspecto importante a conclusão de Rodrigo Sánchez Rios: “[...] os ataques mais intoleráveis requerem condutas defraudatórias que efetivamente venham a lesar o objeto da tutela penal, e isto não se restringe ao campo dos crimes omissivos puros, sendo preciso ampliar os critérios de imputação [...] através de tipos penais que identifiquem as condutas fraudulentas comissivas, capazes de manter o Instituto da Previdência Social num estado de total desconhecimento das circunstâncias que determinem a existência e a quantia da obrigação de contribuir. Esta configuração típica poderá satisfazer o caráter fragmentário do Direito Penal” (RIOS, 2001, op. cit., p. 40-41). No mesmo sentido advoga Hugo de Brito Machado: “definir como crime o não-pagamento de uma dívida, e com isso contornar o obstáculo constitucional consubstanciado na norma que veda a prisão civil por dívida, constitui verdadeiro abuso contra as liberdades públicas, praticado pelo legislador, contra aquele que, no mais das vezes em razão de circunstâncias alheias a sua vontade, deixa de pagar impostos. Outra, aliás, não é a razão pela qual não se admite a configuração do tipo penal, no crime contra a ordem tributária, sem a ocorrência de fraude. Se o que se proteger é o patrimônio, essa proteção, enquanto proteção da propriedade que é, deve ser adjetivada, sem o que se terminará por consagrar a velha prisão por dívida” (MACHADO, 2002, op. cit., p. 25).

¹¹⁰ SALOMÃO, 1996, op. cit., p. 43.

É por isso que se defende que o delito previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP deva ser classificado como de conduta mista e incongruente¹¹¹, exigindo-se a comprovação de uma conduta comissiva anterior à omissão penalmente relevante, sob pena de, em se classificando o delito como puramente omissivo, apenar-se o mero inadimplente e não o devedor malicioso, contumaz e que atua de má-fé.

Em suma, como bem asseverou Euro Bento Maciel Filho, “[...] a apropriação previdenciária será ‘indevida’ quando o agente sabia que tinha de repassar e não repassou, apesar de ter condições para fazer isso”¹¹².

Desse modo, há que se separar a conduta meramente ilícita no plano extrapenal daquele que efetivamente configure uma danosidade social para fins de intervenção penal. Com isso não se quer afirmar a ilegitimidade do Direito Penal para tutelar a Previdência Social, pelo contrário, já restou afirmado nesse trabalho que a Previdência Social se revela um bem jurídico digno de proteção penal.

Por outro lado, é certo também que a mera afirmação da dignidade penal de determinado bem jurídico não autoriza a intervenção estatal por meio da tutela penal, sendo indispensável a verificação quanto ao aspecto da carência de tutela penal.

¹¹¹ Os delitos, quanto à presença do elemento subjetivo, classificam-se em: a) congruentes (são aqueles que não contêm elementos subjetivos no tipo, de modo a existir uma coincidência entre as suas partes subjetiva e objetiva); b) incongruentes (são aqueles que possuem elementos subjetivos do tipo, isto é, a lei estende o tipo subjetivo além do tipo objetivo).

¹¹² MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 97.

Esse ponto, pois, representa o cerne da questão: a carência restaria caracterizada quando e, somente quando, restarem observados os princípios da idoneidade, subsidiariedade, *ultima ratio* e proporcionalidade, de modo a que todas as situações que não forem aptas a preencher todos esses princípios político-criminais devam ser afastadas da tutela penal. Somente com a observância de tal regra é que será possível distinguir o mero inadimplente do delinqüente¹¹³

Como última observação em relação ao delito de “apropriação indébita previdenciária”, impõe assinalar a ocorrência de ofensa ao princípio da proporcionalidade¹¹⁴, porquanto as penas previstas tanto para os delitos previstos no artigo 168-A do CP como para as condutas descritas no artigo 337-A do CP são as mesmas¹¹⁵.

Não há como se conceber seja razoável a cominação de pena idêntica ao agente que deixa de recolher a contribuição arrecadada, mantendo sua escrituração contábil regular e ao agente que não escritura em sua folha de pagamento segurado empregado, em relação ao qual promoveu o desconto por ocasião do pagamento do salário. Trata-se de situações completamente distintas, sendo certo que a segunda se revela muito mais agressiva e grave.

Sob outro ângulo, também incorreu em ofensa ao princípio da proporcionalidade o legislador quando previu penas distintas (quantitativa e qualitativamente) para as figuras delitivas previstas no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP e artigo 2º, inciso II, da Lei nº.

¹¹³ Euro Bento Maciel Filho sobre a questão afirma que “[...] somos da opinião de que a eventual ofensa à intervenção mínima e ao caráter subsidiário do Direito Penal não residiria na simples previsão legal dos chamados “crimes contra a Seguridade Social”, mas sim, o que é muito diferente, na punição exagerada e desproporcional de qualquer conduta lesiva ao patrimônio da Seguridade Social [...] Dessarte, a intervenção mínima e a subsidiariedade do Direito Penal não serão atingidos pelo “crime previdenciário” *in abstracto*, mas sim pela sua equivocada aplicação *in concreto*” (MACIEL FILHO, 2002, op. cit., p. 29-30). Anabela Miranda Rodrigues tece importantes considerações sobre o cerne da problemática enfrentada no presente estudo: “este fundamento ético do imposto, legitimando a expansão do direito penal a um domínio tradicionalmente alheio a esta dignificação, está contido claramente na Constituição (arts.103º e 104º), que aponta ao sistema fiscal uma finalidade de ‘repartição justa dos rendimentos e da riqueza’, a ‘diminuição das desigualdades’, ‘igualdade dos cidadãos’ e a ‘justiça social’. Com isto, é inequivocamente o critério político-criminal da necessidade que se reconhece como critério decisivo legitimador da criminalização de comportamentos que implicam fuga ilegítima ao Fisco. Que, entretanto, implica que a decisão criminalizadora não se baste na pura dignidade constitucional dos valores a proteger, mas obedeça a razões de subsidiariedade e eficácia. Significa, isto, então, que a decisão de criminalização só está legitimada se revela, em primeiro lugar, dimensão de *ultima ratio*: não se encontram à disposição do Estado meios não criminais de política social adequados e suficientes para a protecção dos valores que está em causa garantir. E, em segundo lugar, que a referida legitimidade da criminalização só se alcança se os meios de natureza penal utilizados são aptos a tutelar, de modo eficaz, os bens ou valores que importa garantir [...] À dignidade penal indiscutível dos comportamentos de fuga ilegítima ao Fisco deve corresponder a dignidade das penas a aplicar. É testemunho do grau de eticização do direito penal fiscal a categoria das penas que o servem” (RODRIGUES, A. M. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: FRANCO, A. S. et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 182).

¹¹⁴ Vide item 2.3.1.4 (Princípio da proporcionalidade - razoabilidade).

¹¹⁵ “Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

8.137/90¹¹⁶, visto que as duas prevêm condutas semelhantes, diferenciando-se apenas na especificidade da conduta prevista no artigo 168-A, que se refere às contribuições previdenciárias, enquanto o artigo 2º da Lei n.º. 8.137/90 diz respeito às demais espécies tributárias¹¹⁷.

¹¹⁶ “Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

¹¹⁷ Heloísa Estellita Salomão, nesse particular, afirma que “[...] a norma incriminadora do artigo 168-A, §1º, I, do Código Penal, ao estabelecer tratamento mais severo para conduta idêntica àquela descrita no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, com base em fator de discrimen que não só guarda pertinência lógica com o regime adotado, mas, mais que isso, que conduz a efeitos dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente, fere o princípio da isonomia e é, por tal razão, inconstitucional” (SALOMÃO, 2001, op. cit., p. 105). Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub assinala que “proporcionalmente ao bem jurídico protegido, o rigor da pena em questão chega a ser excessivo” (WEINTRAUB, A. B. V. O pacote antifraudes da previdência social. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 15, p. 14, jan./mar. 2001). Paulo César Corrêa Borges vislumbra, ainda, outra situação de ofensa ao princípio da proporcionalidade. Para ele, “mesmo que se atribua dignidade penal aos tributos, a partir da sua extrafiscalidade, o legislador brasileiro tem imprimido um caráter patrimonialista à sua objetividade jurídica, tanto que transformou pagamento em causa de extinção da punibilidade, variando apenas o momento até o qual se a admite – discriminação já apontada como violadora da isonomia material – conforme seja crime previdenciário ou contra os demais tributos. A reparação ao dano ao patrimônio público tem natureza patrimonial, indiscutivelmente, e sendo esta a única preocupação do legislador penal, aquela natureza jurídica deve ser estendida aos crimes tributários” (BORGES, 2005, op. cit., p. 198).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema de Seguridade Social, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, impôs um tratamento destacado e preferencial às áreas da Saúde, Previdência Social e Assistência Social, as quais passaram a compor um sistema protetivo complexo, composto por ações coordenadas dos entes federativos, bem como por toda a sociedade.

Nesse cenário, a Previdência Social é tida como um dos pilares do sistema de Seguridade Social, concentrando seu enfoque na proteção do trabalhador perante determinadas situações de riscos que venham, de qualquer forma, a dificultar ou até mesmo impedir o desenvolvimento de atividades laborativas e, conseqüentemente, a manutenção de seu próprio sustento e de sua família.

Representa, portanto, um conjunto de princípios e regras destinados a implementar um sistema de proteção social, face às contingências que impossibilitem o provimento das necessidades básicas, mediante a atuação integrada dos Poderes Públicos e da sociedade.

No fundo, a sistematização constitucional conferida à Seguridade Social almeja, com fundamento no aspecto de solidariedade, a proteção do cidadão durante toda sua existência.

O sistema de Seguridade Social está alicerçado em diversos princípios constitucionais, notadamente o princípio da “equidade na forma da participação no custeio” (artigo 194, parágrafo único, inciso V) e o princípio da “diversidade da base de financiamento” (artigo 194, parágrafo único, inciso VI).

Destaca-se, ainda, que para fazer face às despesas com a manutenção e pagamento dos serviços e benefícios integrantes do sistema de seguro social, foram previstas, constitucionalmente, diversas fontes de financiamento (artigo 195 da CF/88), ressaltando-se, por possuir nítida correlação com o objeto do presente estudo, as contribuições previstas no inciso I, alínea *a* (devidas pelo empregador, empresa e entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho) e no inciso II (do trabalhador e demais segurados da previdência social), ambos da CF/88, contribuições essas que, por força do disposto no artigo 167, inciso XI da CF/88, são denominadas de contribuições previdenciárias.

Reconhecida a relevância do sistema de Seguridade Social e, em especial no que se refere a esse estudo, da Previdência Social, há que se assinalar a exigência de esforços excessivos para uma arrecadação eficiente e manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

Para tanto, diversos países, incluindo o Brasil, adotaram políticas no sentido de implementação de reformas no sistema previdenciário. Entretanto, tais alterações não alcançaram êxito no que se refere ao saneamento das contas públicas previdenciárias, de modo que a situação exigiu maiores atuações do poder público, notadamente diante de casos não só de inadimplência, mas, especialmente, casos de atuações fraudulentas e com intuito sonegador, tornando inevitável a tomada de outras medidas interventivas diante dos abusos cometidos.

Em decorrência da ineficiência das medidas até então implementadas para a problemática da evasão de contribuições previdenciárias, muitos países acabaram por fazer uso do Direito Penal, dentre eles o Brasil, sendo a edição da Lei nº9.983/2000, que inseriu no Código Penal o artigo 168-A, § 1º, inciso I, exemplo desse movimento.

Contudo, não obstante o discurso do legislador ter se dirigido à dignidade do bem jurídico penalmente protegido (Previdência Social), bem como ter se fundamentado na necessidade de tutela penal diante das inúmeras condutas lesivas a ele opostas, não se mostra possível, pelos dados até então obtidos, concluir que a medida penal adotada tenha se mostrado adequada e eficaz.

De fato, os dados levantados denotam um incremento de arrecadação (não só previdenciária, mas em relação à arrecadação como um todo). Todavia, tal aumento se deve à influência de inúmeros fatores (econômicos, sociais, políticos), não sendo possível, nesse universo, identificar que papel teve o Direito Penal nesse resultado.

A simples constatação de que houve um incremento no total de recursos arrecadados não implica na conclusão de que tal consequência se deve à adoção de medidas de natureza penal, ao contrário, torna-se difícil visualizar a participação (acaso minimamente existente) do Direito Penal, o que reforça a necessidade do estudo crítico da posição adotada pelo legislador pátrio no que se refere ao implemento de medidas de caráter penal, em especial a previsão inserta no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal.

Verifica-se que o tratamento normativo relativo aos crimes contra a Seguridade Social caracteriza-se pelo descompasso entre a dogmática penal e a política criminal que, ante a absoluta falta de parâmetros objetivos, tem direcionado o sistema criminal para novos segmentos de tutela penal, com o exclusivo intuito de preencher lacunas de punibilidade.

A fim de viabilizar a realização da análise crítica proposta, fez-se um estudo da evolução do conceito de bem jurídico-penal, culminando com as atuais considerações sobre a existência e reconhecimento de bens jurídicos supra-individuais, característicos da denominada “sociedade de risco”.

Por outro lado, há que se vislumbrar que o reconhecimento de novos bens jurídico-penais deve se pautar pela observância de critérios de política criminal, com vistas a se evitar uma inflação legislativa na seara penal e a utilização do Direito Penal como amparo a políticas de “Lei e Ordem”.

Tais critérios político-criminais, representados pela dignidade penal do bem jurídico e carência de tutela penal (e princípios correlatos), para além de munir o legislador penal e os operadores do Direito em geral de instrumentos aptos a auxiliar na tarefa de incriminação de condutas na seara penal, manifestam também expressão do Estado Social e Democrático de Direito, na medida em que fixam limites à intervenção penal, conferindo, em consequência, lastro de legitimidade à intervenção penal que se faça acompanhar desse substrato, de modo a que sejam respeitados os valores fundamentais para a convivência harmônica em sociedade, em especial o respeito à dignidade da pessoa humana.

Para a afirmação do juízo de dignidade penal são necessárias duas análises, sempre amparadas por valores constitucionais e critérios sociais: (i) uma sobre a dignidade penal do bem jurídico em si; e (ii) e a outro sobre a dignidade penal da conduta.

Assim, somente condutas potencialmente lesivas dirigidas a bens jurídico-penais preenchem, em sua plenitude, o critério político-criminal da dignidade de tutela penal.

Ressalta-se que o reconhecimento da dignidade penal (merecimento de tutela penal) revela-se condição necessária, mas insuficiente para autorizar e legitimar a intervenção do Direito Penal. Assim, mesmo diante de bens jurídicos penalmente relevantes e de condutas ofensivas a eles dirigidas, há que se indagar da efetiva e real necessidade de intervenção penal, especialmente quando existirem meios outros aptos e idôneos de controle social (segunda etapa do complexo processo de criminalização).

A carência de tutela penal representa um critério complementar, uma vez que, mesmo depois da seleção dos bens jurídicos merecedores de tutela penal e das respectivas condutas igualmente merecedoras de criminalização, há que se indagar, antes da decisão pela intervenção penal, sobre a real necessidade da tutela pelo Direito Penal.

O referido critério deve ser focado sob dois prismas: (i) juízo de necessidade, caracterizado pela ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; e (ii) juízo de

idoneidade do Direito Penal para assegurar a tutela, bem como para realizá-la à margem de custos desmesurados no que se refere ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxima a liberdade.

Tais critérios político-criminais (e princípios decorrentes), ainda que não representem critérios positivos para a eleição dos bens jurídicos merecedores e necessitados de uma tutela penal (aptos a permitir a elaboração de um rol exaustivo de bens a serem tutelados pelo Direito Penal), configuram-se em legítimos critérios negativos (indicadores das condutas que não merecem ser tuteladas pela esfera penal), funcionando como parâmetros de deslegitimação (muito mais que de fundamentação) no processo de escolha dos bens jurídico-penais, impondo limites ao legislador e conferindo ao intérprete a possibilidade de alegar ser ilegítima determinada tipificação por ofensa a estes critérios.

Todavia, o que se lamenta é a desconsideração do legislador diante de tais limites, assim como preocupa a conduta dos operadores do Direito, uma vez que, diante de tais transgressões por parte da legislação, se mantêm omissos, especialmente na função interpretativa dos bens jurídicos merecedores e carentes de tutela penal concretamente.

Ressalta-se que a construção acerca dos critérios político-criminais, aptos a orientar na escolha dos bens jurídicos a serem tutelados penalmente, atuando como verdadeiros limites ao *ius puniendi*, de nada serve se não for observada com rigor tanto pelo legislador quanto pelos operadores do Direito, sob pena de se ampliar cada vez mais a intervenção do Direito Penal, à margem de um lastro constitucional e da teoria do bem jurídico.

Como já afirmou Luiz Flávio Gomes, todas as vezes que o legislador não cumprir seu papel de individualizar o bem jurídico ou quando o protege de forma pervertida, não está o intérprete impedido de descobrir, por meio de uma análise teleológica do tipo delitivo, o verdadeiro bem jurídico tutelado pela norma, caminho esse indispensável para se recuperar a função crítica da teoria do bem jurídico¹.

Cabe, em um primeiro momento, ao poder legislativo construir um outro direito, mas é ao poder judiciário que cabe a tarefa de velar pela aplicação destas novas tendências do direito penal, e de fulminar, atribuindo-lhe a pecha de inconstitucional, toda e qualquer normativa elaborada em desconsideração aos parâmetros construídos pela Constituição².

A transformação do direito não é obra exclusiva do legislador, impondo-se a atuação de todos os envolvidos no processo jurídico, porquanto a reformulação do direito

¹ GOMES, 2002, op. cit., p. 140.

² BIANCHINI, 2002, op. cit., p. 149.

penal exige responsabilidade de todos os construtores do direito.

Desse modo, a fim de se evitar a tendência perigosa que tem quase todo Estado de hipertrofiar o Direito Penal, expandindo suas fronteiras para além do mínimo necessário, através de uma administrativização de seu conteúdo, o que se verifica quando se prima em excesso pela ordem coletiva, impõe-se que os critérios político-criminais da dignidade penal do bem jurídico e da carência de tutela penal, sob a ótica da atual teoria do bem jurídico, sejam plenamente observados e aplicados, seja na edição de novas legislações, seja na interpretação e aplicação das legislações já vigentes, de modo a que ocorra de fato uma materialização do Direito Penal e, por conseqüência, seja legítima sua intervenção.

Assentados os critérios político-criminais legitimadores da intervenção penal, cabe destacar que a tipicidade, dentro dessa nova construção da teoria do delito, passa a exigir três níveis de valoração, a saber: (i) subsunção ou adequação formal da conduta à letra da lei; (ii) imputação objetiva e subjetiva ou normativa da conduta (dolo ou culpa); e (iii) produção de um resultado jurídico penalmente relevante, de modo que já não mais pode ser tida como puro juízo lógico-formal, exigindo a incorporação, para além desse aspecto naturalístico, também do jurídico, sendo essencial uma materialização da teoria do fato típico.

A fim de demonstrar a efetiva materialização de toda essa construção teórica, elegeu-se a análise do tipo penal descrito no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal, que busca proteger a Previdência Social.

A Previdência Social pode ser efetivamente reconhecida como um bem jurídico digno de proteção penal, especialmente pela íntima correlação com a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro inserto na Constituição Federal de 1988 e alçado ao papel essencial de vetor interpretativo, não apenas da atividade hermenêutica dos direitos fundamentais, como também o de norma que traduz uma condição imprescindível à vida humana.

Defende-se, no presente estudo, que a Previdência Social, enquanto direito previsto constitucionalmente, também integra o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, porquanto representa direitos subjetivos, perante o Estado, que objetivam assegurar condições de manutenção de uma existência humana digna diante de situações de contingências sociais, assumindo, assim, o caráter de bem jurídico digno de proteção.

Contudo, a afirmação do critério político-criminal da dignidade penal (merecimento de pena) é condição essencial, mas não suficiente, para justificar a eleição da via penal, tornando-se imprescindível a presença de outro critério político-criminal, o da carência de tutela penal.

Desse modo, afirmada a dignidade do bem jurídico, Previdência Social, há que se verificar se a incriminação de condutas praticadas contra esse bem são aptas a preencher o critério da carência de tutela penal, legitimando, assim, a intervenção e adoção de medidas de caráter penal.

Há que se ressaltar, por outro lado, que a proteção não precisa ser necessariamente de caráter penal para se mostrar produtiva e eficaz. Assim, defende-se que o tratamento normativo dispensado pela legislação pátria aos crimes contra a Previdência Social demonstra o descompasso entre a dogmática penal e a política criminal, que, por ausência de critérios objetivos, tem direcionado o sistema criminal a esses novos bens supra-individuais com o exclusivo intuito de preencher a qualquer custo lacunas de punibilidade.

Ressalta-se que a tutela penal somente se compatibiliza diante de situações que vão além do mero inadimplemento da obrigação fiscal (previdenciária), tornando-se indispensável à caracterização das figuras típicas penais a materialização de elementos outros que o mero descumprimento da obrigação tributária.

Neste contexto, o mero não recolhimento no prazo legal não se mostra suficiente para caracterizar a figura típica. Impõe-se a configuração de um *plus* como elemento diferenciador do simples inadimplemento fiscal, conferindo legitimidade à tutela penal e respectiva sanção.

Assentado nessas premissas é que se objetiva compatibilizar o delito previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do Código Penal com a função legitimadora do bem jurídico-penal, construindo elementos aptos a distinguir, dentre todas as condutas passíveis de serem formalmente adequadas à descrição típica, aquelas que, de fato, são aptas a materializar o tipo penal.

Defende-se, assim, que o tipo penal descrito no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP é um tipo omissivo impróprio, ou seja, comissivo por omissão, impondo-se à sua plena caracterização que o agente tenha efetivamente procedido ao recolhimento (arrecadação) dos valores devidos a título de contribuição previdenciária.

Acresce-se que se torna imprescindível à adequação típica a presença do elemento subjetivo do tipo, representado não pelo tradicional *animus rem sibi habendi*, uma vez que, segundo a linha de pensamento aqui defendida, não há efetiva “apropriação” (inversão da posse), mas caracterizado pela especial finalidade de sonegar-fraudar os cofres previdenciários.

Qualquer outra compreensão dos elementos do tipo penal em comento significa equiparar o mero inadimplemento de obrigação previdenciária (ilícito fiscal) ao ilícito penal, evidenciando, nessa hipótese, manifesta inconstitucionalidade.

Desse modo, há que se assentar que o delito previsto no artigo 168-A, § 1º, inciso I, do CP classifica-se como um delito de conduta mista e incongruente, exigindo-se a comprovação de uma conduta comissiva anterior à omissão penalmente relevante, sob pena de, em se classificando o delito como puramente omissivo, apenar-se o mero inadimplente e não o devedor contumaz e de má-fé.

Somente com a separação da conduta meramente ilícita no plano extra-penal daquela que efetivamente configure uma danosidade social, restará afirmada a legitimidade do Direito Penal para tutelar a Previdência Social.

REFERÊNCIAS

ABANTO, C. El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al sistema nacional de pensiones: su relación con el código penal de 1991 y la legislación penal peruana. **Revista Peruana de Ciências Penales**, Lima (Peru): IDEMSA, n. 11, p. 77-88, 2002. (edición especial sobre el Código Penal Peruano).

AFTALIÓN, E. R. El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. **Revista de Ciências Penales**. Santiago de Chile: Instituto de Ciências Penales, ene./abr. 1996.

AMARO, L. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ANDRADE, M. C. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, v. 2, fasc. 1, p. 173-205, jan./mar. 1992.

_____. A nova lei dos crimes contra a economia (dec.-lei nº28/84, de 20 de janeiro) à luz do conceito de bem jurídico. In: CORREIA, E. et al. **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 387-411. v.I.

BALDAN, E. L. **Por uma delimitação conceitual do direito penal econômico pela análise da ordem econômica como bem jurídico tutelado**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

_____. A tese funcionalista e a legitimação do discurso demonstrativo do legislador penal econômico. **Boletim do IBCCRIM**, v. 10, n. 112, p. 9-10, mar. 2002.

BARATTA, A. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar.1994.

_____. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 27-52, jan./mar. 2000.

BIANCHINI, A. Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva. **Revista dos Tribunais**, v. 89, n. 772, p. 455-462, fev. 2000.

_____. **Da apropriação indébita previdenciária**. Disponível em:<www.direitocriminal.com.br>. Acesso em: 22 julho de 2001.

_____. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI, 7).

BITENCOURT, C. R.; PRADO, L. R. Princípios fundamentais do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p.81-88, jul./set. 1996.

BITTENCOURT, C. R. Comentários ao art. 168-A, do código penal. **Caderno de Estudos Jurídicos Contemporâneos**, Uberlândia, n. 1, p. 25-36, ago. 2001.

BLANCO CORDERO, I. Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 14, p. 5-46, 2000.

BOLETIM DO IBCCRIM. São Paulo, v. 12, n. 140, jul. 2004.

_____. São Paulo, v. 12, n. 144, nov. 2004.

_____. São Paulo, v. 12, n. 147, fev. 2005.

_____. São Paulo, v. 12, n. 149, abr. 2005.

_____. São Paulo, v. 13, n. 150, maio 2005.

_____. São Paulo, v. 13, n. 153, ago. 2005.

_____. São Paulo, v. 13, n. 154, set. 2005.

_____. São Paulo, v. 13, n. 155, out. 2005.

_____. São Paulo, v. 14, n. 170, jan. 2007.

BORGES, P. C. C. **Responsabilidade do Estado**: reparação dos danos causados pelo crime, cometido durante a execução penal. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca.

_____. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

BRANDARIZ GARCIA, J. A. La protección del patrimonio de la seguridad social: notas de derecho comparado. **Intertemas**: Revista do Curso de Mestrado em Direito, Presidente Prudente, n. 1, p. 11-33, dez. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. 2. Tributário. Contribuição Social. Lei n.º 7.689/88. Inconstitucionalidade do art. 8.º da Lei n.º 7.689/88. Precedentes: Plenário. **RE n.º. 146.733/SP**, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 29.06.1992, DJ de 06.11.1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 19 nov. 2005.

_____. Mensagem n.º. 624. **Diário da Câmara dos Deputados de 14.05.1999**. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=25156>. Acesso em 17 ago. 2006.

_____. Ministério da Previdência Social. A Previdência Social em 1999. **Informe da Previdência Social**, v. 12, n. 1, jan. 2000a. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/docs/pdf/inf_jan00.pdf>. Acesso em: 5 set. 2006.

_____. Ministério da Previdência Social. Fluxo de caixa do INSS – 2000. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, v. 5, n. 12, dez. 2000b. Disponível em: <http://www.mps.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13_05-A.asp>. Acesso em: 5 set. 2006.

_____. Ministério da Previdência Social. Saldo Previdenciário e Arrecadação. **Informe da Previdência Social**, v. 17, n. 3, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.mps.gov.br/docs/pdf/informe2005-03.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2006.

_____. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência Social. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **E.M. Interministerial nº 094 – MF/MPS/MPOG/AGU**, de 22.07.2005. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Exm/EMI-94MPv258.htm>. Acesso em: 11 out. 2005.

_____. Congresso Nacional. **Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 40**, de 21 de novembro de 2005. DOU 21.11.2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Congresso/atocnmpv258se-05.htm>. Acesso em: 22 ago. 2006.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 11 out. 2005.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 out. 2005.

_____. **Decreto nº. 3.048, de 06 de maio de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 11 out. 2005.

_____. **Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 11 out. 2005.

_____. **Lei nº. 9.983, de 14 de julho de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9983.htm>. Acesso em: 11 out. 2005.

_____. **Portaria Conjunta SRF/SRP nº 2, de 10.08.2005**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Portarias/2005/PortariaConjunta/portconjuntaSRFSRP>>. Acesso em: 11.10.2005.

_____. **Projeto de lei nº 6.272/2005**. Disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2005/msg807-051128.htm>. Acesso em: 22 ago. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº36778**, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 14.09.04. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=dolo%20específico%20previdenciária>. Acesso em: 07 set. 06.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 612120**, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 07.10.04. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=dolo%20específico%20previdenciária>. Acesso em: 07 set. 06.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº24755**, Rel. Ministro Paulo Medina, j. 16.11.04. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=dolo%20específico%20previdenciária>. Acesso em: 07 set. 06.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº570908**, Rel. Min. Paulo Medina, j. 03.02.05. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=dolo%20específico%20previdenciária>. Acesso em: 07 set. 06.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº629091**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 24.04.06, p. 438. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=dolo%20específico%20previdenciária>. Acesso em: 07 set. 06.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº765892**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU 24.04.06, p. 452. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=dolo%20específico%20previdenciária>. Acesso em: 07 set. 06.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº811423/ES**, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 06.06.06. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=dolo%20específico%20previdenciária>. Acesso em: 07 set. 06.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 146.733/SP**, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 29.06.1992, DJ de 06.11.1992. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 19 nov. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº84589/PR**, Rel. Ministro Carlos Velloso, j. 23.11.04. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 07 set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em habeas corpus nº88144/SP**, Rel. Ministro Eros Grau, j. 04.04.06, DJ 16.06.06. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 07 set. 2006.

_____. Ministério da Previdência Social. **Boletim Estatístico**. Jun. 2006. Disponível em:

<http://www.mps.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13_05.asp>. Acesso em: 22 ago. 2006.

BRUNO, A. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. I.

BUENO, P. E. Considerações sobre o crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 8, p. 7-11, jun. 1999.

CABRERA, R. P. El bien jurídico en los delitos económicos (com referenci al código penal peruano). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 36-49, jul./set. 1995.

CALLEGARI, A. L. O critério da bagatela para o crime de descaminho e o princípio da insignificância. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 56, p. 9, jul. 1997.

CARRAZZA, R. A. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, M. D. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CASTIÑEIRA, M. T. El impago a la seguridad social de las cuotas retenidas a los trabajadores como delito de apropiación indebida: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1984. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 3, p. 597-612, enero/abril 1985.

CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. 6. ed. rev. São Paulo: LTr, 2005.

CASTRO, W. C. P. Apropriação indébita previdenciária. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 96-100, abr./jun. 2000.

_____. Lei 9983/00: crime de apropriação indébita previdenciária. **Jus navigandi**, Teresina, a.4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1496>>. Acesso em: 15 mar. 2005.

CERNICCHIARO, L. V. Direito penal tributário: observações de aspectos da teoria geral do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.11, p.175-183, jul./set. 1995.

CERVINI, R. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, p. 50-79, abr./jun. 2003.

_____. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 43, p. 81-107, abr./jun. 2003.

CHAVES, R. F. M. **Pele de cordeiro**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/customtags/impresao.cfm>>. Acesso em: out. 2005.

CHOUKR, F. H. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 8, p. 57-68, out./dez.1994.

COELHO, Y. C. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COPETTI, A. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORREIA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B. **Curso de direito da seguridade social**. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, J. F.; ANDRADE, M. C. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP (Freiburg, setembro de 1982). In: FRANCO, A. S. et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, M. C. F. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. (Estudos e monografia).

CUNHA, H. D. O. **A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária da Lei nº 8.137/90 e contra a previdência social da Lei nº 9.983/00**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

DATAPREV. **Base de Dados Históricos do Anuário Estatístico da Previdência Social**. Disponível em: <<http://www.creme.dataprev.gov.br/infologo/inicio.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2006.

DIAS, C. A. C. Apropriação indébita em matéria tributária. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 101-112, jul./set. 1995.

DIAS, J. F. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.33, p.39-65, jan./mar. 2001.

_____. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/revista2002/8.1.htm>>. Acesso em: 3 abr. 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. **Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, n. 15, p. 15-27, dez. 1998.

DOLCINI, E.; MARINUCCI, G. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 4, p. 151-198, jan./mar. 1994.

D'URSO, L. F. B. **Os equívocos da super-receita**. 29 set. 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/incoab3/NoticiasDetalheImpressao.asp?id_noticias=3191>. Acesso em: 11 out. 2005.

EISELE, A. **Apropriação indébita e ilícito penal tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

ESCOBAR JIMÉNEZ, R. Los delitos contra la seguridad social. In: SERRANO BUTRAGUEÑO, I.; RODRIGUEZ GARCIA, J. L. **Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial**. 4. ed. Madrid: Expansión: Garrigues & Andersen, 1999.

FERNANDES, F. A. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERREIRA, L. G. **Da apropriação indébita de contribuições previdenciárias**. 2003. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, Franca.

FERREIRA, R. S. Notas ao crime previsto no art.95, "d", da lei nº.8.212/91 e o poder de atuar. **Boletim dos Procuradores da República**. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/boletim/boletim24/notas.htm>>. Acesso em: 11 out. 2005.

FIANDACA, G. O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. **Revista dos Tribunais**, v. 776, p. 409-439, 2000.

FRANÇA. Convenção Nacional. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1793. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em: 5 out. 2005.

GODOI, M. S. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

GOMES, F. C. **O princípio da proporcionalidade na interpretação constitucional: parâmetro para uma concepção pluralista do direito**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca.

GOMES, L. F. Sobre a impunidade da macro-delinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 166-174, jul./set.1995.

_____. **Crimes previdenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Série as ciências criminais no século XXI, 1).

_____. O prévio exaurimento da via administrativa nos crimes previdenciários ou tributários e a questão da suspensão do processo e da prescrição. In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI, 5).

GOMES, M. G. M. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

HASSEMER, W. Lineamentos de uma teoria personal del bien jurídico. Tradução Patrícia S. Ziffer. **Doctrina penal: teoría ya práctica en las ciencias penales**. Buenos Aires, v. 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 41-51, out./dez.1994.

HIRSCH, H. J. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. **Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, nov. 2000, p.377-387

- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Sistemas de contas nacionais**. Brasil, 2003. Disponível em:
<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasnacionais/2003/tab26.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2006.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Brasil em síntese**. Disponível em:
<http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm>. Acesso em: 8 set. 2006.
- JACINTHO, J. M. M. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.
- JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- KAUFFMANN, C. **Crime previdenciário e tributário: o reforço para a execução fiscal: a lei nº.10.684 reforçou a função arrecadatória estatal com uma arma poderosíssima**. Disponível em: <<http://maill.uol.com.br/cgi/webmail.exe>>. Acesso em: 29 dez. 2004.
- LOPES, M. A. R. O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico. In: FRANCO, A. S. et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LYRA FILHO, R. A criminologia radical. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 54-74, jan./jun., 1981.
- MACHADO, H. B. **Estudos de direito penal tributário**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MACHADO, M. R. A. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MACIEL, A. F. Aspectos penais na constituição. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.13, p.93-97, jan./mar. 1996.
- MACIEL FILHO, E. B. **Crimes previdenciários: uma análise crítica dos delitos clássicos contra a previdência social, à luz da lei 9.983, de 14 de julho de 2000**. 2002. 241 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- MAHMOUD, M. A. H. Considerações sobre a criminalização no estado prévio à lesão do bem jurídico, a partir de Jakobs. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 17, p. 14-15, jul./set. 2001.
- MANIGLIA, M. B. **O princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro**. 2004. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca.
- MARCHI, E. C. S. **Guia de metodologia jurídica: teses, monografias e artigos**. Lecce (Itália): Edizioni Del Grifo, 2000.

MARTINEZ LUCAS, J. A. Estudios jurídicos sobre el delito contra la seguridad social. **Actualidad Penal: Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Penal**, Madrid, n. 28, p. 515-537, 1996a.

_____. El nuevo delito contra la seguridad social. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Madrid, n.1, p. 159-186, enero/abr. 1996b.

MARTINEZ PÉREZ, C. **Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social**. Madrid: Tecnos, 1995.

MARTINEZ, W. N. **Os crimes previdenciários no código penal**. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINS, S. P. **Direito da seguridade social**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, A. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: FRANCO, A. S. et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO, A. L. **Crimes contra a previdência social: lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000: texto, comentários e aspectos polêmicos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, M. L. G. A previdência social e a proteção contra a fraude e a sonegação: a empresarialidade delituosa. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 8, n. 3, p. 50-55, out./dez. 2001.

MUÑOZ CONDE, F. Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1995.

_____. **Derecho penal: parte especial**. 11. ed. Valencia: Tirant lo blach, 1996.

_____. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal. In: QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F. (Coords.). **El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz**. Pamplona: Aranzadi, 2001.

OLIVEIRA, A. C. M. Reflexões sobre os crimes econômicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 91-100, jul./set. 1995.

OLIVEIRA, M. A. C. M. O direito penal e a intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 145-152, jan./mar. 1997.

OLIVEIRA, W. T. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 11, p. 231-239, jul./set. 1995.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seção de São Paulo. **Nota oficial divulgada em 26.09.2005**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/incoab3/NoticiasDetalheImpressao.asp?id_noticias=3191>. Acesso em: 11.10.2005.

PAULINO, J. A. Da apropriação indébita previdenciária. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 8, n. 2, p.145-151, jul./set. 2001.

PAULSEN, L. **Direito tributário**: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2004.

PELARIN, E. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PELIANO, A. M. (Org.). **Texto para discussão nº1248**: desafios e perspectivas da política social. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1248.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2007.

PIERDONÁ, Z. L. **Contribuições para a seguridade social**. São Paulo: LTr, 2003.

PIMENTEL, M. P. **Crimes de mera conduta**. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. Apropriação indébita por mera semelhança: os crimes de apropriação indébita, definidos na legislação previdenciária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 62, n. 451, p. 321-329, maio 1973.

PODVAL, R. (Org.) **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; MANDEL, P. K. Crimes de apropriação indébita e de sonegação de contribuição previdenciária: comentários críticos à lei nº.9.983, de 14/07/00. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 65, p. 106-122, fev.2001.

PRADO, L. R. Acerca do tipo de injusto de apropriação indébita previdenciária. **Intertemas**: Revista do Curso de Mestrado em Direito, Presidente Prudente, n. 2, p. 76-90, dez. 2001.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, P. S. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

QUINNEY, R. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

QUINTERO OLIVARES, G.; VALLE MUÑIZ, J. M. **Comentarios a la parte especial del derecho penal**. Barcelona: Aranzadi, 1997.

RIOS, R. S. **Tutela penal da seguridade social**. São Paulo: Dialética, 2001.

ROCHA, D. M.; BALTAZAR JÚNIOR, J. P. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2004.

RODRIGUES, A. M. Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal. In: FRANCO, A. S. et al. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES MORULLO, G.; JORGE BARREIRO, A; SUÁREZ CONZÁLEZ, C. **Comentarios al código penal**. Madrid: Civitas, 1996.

ROSENTHAL, S.; PODVAL, R. A lei nº 9.639/98 e a anistia nos crimes contra a seguridade social. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 68, p. 7, jul. 1998.

ROSENVOLD, N. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROXIN, C. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002a.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002b.

SALOMÃO, H. E. O crime de não-recolhimento de contribuições previdenciárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 6, p. 36-47, mar. 1996.

_____. Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP: aspectos gerais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 36, p. 309-350, out./dez. 2001.

_____. O princípio constitucional da isonomia e o crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias: art. 168-A, §1º I, código penal. In: _____ (coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

SÁNCHEZ, J. M. S. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTANA, S. P. Contorno de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.35, p.74-100, jul./set. 2001.

SARAIVA, R. **A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SCHOLZ, L. R. A criminalidade contra a ordem tributária no universo do direito econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 30, p. 95-107, abr./jun. 2000.

SCHÜNEMANN, B. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 44, p.11-33, jul./set. 2003.

SETTE, A. L. M. A. **Direito previdenciário avançado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SHECAIRA, S. S. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, E. G. **Fundamentos éticos do direito penal: o conteúdo material do conceito de crime e a busca histórica por uma orientação humanista à criminalização**. 2002. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

SILVA, J. C. **A macrocriminalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SILVA, L. N. O princípio da culpabilidade no direito penal tributário: um estudo acerca dos vocábulos latinos "nullum crimen sine culpa" e "nulla poena sine culpa". **Jus navigandi**, Teresina, v. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3557>>. Acesso em: 13 out. 2005.

SILVA, M. R. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, p. 159-185, out./dez. 2003.

SILVA, R. P. M. Apropriação indébita tributária? **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 5, n. 1, p.16-24, abr./jun.1998.

SILVA, R. R. **Tutela penal dos interesses difusos**. 9 ago. 2004. Disponível em: <http://www.procon.gov.br/artigodoutrinario/artigo_dout_111.htm>. Acesso em: 3 abr. 2006.

SILVEIRA, E. N. Sonegação fiscal. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 3, n. 2, p.7-10, jul./set. 1996.

SILVEIRA, R. M. J. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 122, p. 14-15, 2003.

_____. **Direito penal supra-individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SLOMP, R. **A inconstitucionalidade do crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, inc. I do Código Penal)**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SMANIO, G. P. O conceito de bem jurídico penal difuso. **Jus navigandi**, Teresina, v. 8, n. 437, set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5714>>. Acesso em: 3 abr. 2006.

SOUZA, N. B. Ilícitos previdenciários: crimes em pena? **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 2, n. 4, p. 99-109, jan./mar. 1996.

_____. Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 3, n. 4, p. 7-19, jan./mar. 1997.

SOUZA, P. V. S. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, J. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, M. L. Crimes contra a previdência social. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 7, n. 4, p.17-19, jan./mar. 2001.

TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TÓRTIMA, J. C. O objeto da tutela jurídica nos crimes fiscais. In: SALOMÃO, H. E. (Coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

VIANNA, C. S. V. **Previdência social: custeio e benefícios**. São Paulo: LTr, 2005.

VICENTE MARTINEZ, R. **Los delitos contra la seguridad social en el código penal de la democracia**. Madrid: Madrid, 1996.

WEINTRAUB, A. B. V. A lei de crimes contra a previdência social. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 14, p. 11-14, dez. 2000.

_____. O pacote antifraudes da previdência social. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, n. 15, p. 14, jan./mar. 2001.

WELZEL, H. **Direito penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELLI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZORRILA, C. G. Para qué sirve la criminología? Nuevas aportaciones al debate sobre sus funciones. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 6, p.7-25, abr./jun. 1994.