

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E A AUTONOMIA PRIVADA:

limites e
possibilidades

Organizadores:

CLAUDIO CARNEIRO
KAISER MOTTA LÚCIO DE MORAIS JÚNIOR
LEONARDO RIBEIRO PESSOA

PLANEJAMENTO
TRIBUTÁRIO E
A AUTONOMIA
PRIVADA:

limites e
possibilidades

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E A AUTONOMIA PRIVADA:

limites e
possibilidades

Organizadores:

CLAUDIO CARNEIRO
KAISER MOTTA LÚCIO DE MORAIS JÚNIOR
LEONARDO RIBEIRO PESSOA



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini

Diagramação
Christiane Morais de Oliveira

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Planejamento tributário e a autonomia privada: limites e possibilidades. CAR-
NEIRO, Claudio; JUNIOR, Kaiser Motta Lúcio de Morais; PESSOA, Leonardo
Ribeiro [Orgs.] - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-767-6

1. Direito 2. Direito Tributário. I. Título.

CDU340

CDD341.39

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

1. A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVA E PENAL.....	9
--	----------

Felipe Machado Caldeira

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL LIMITADORA DA IMUNIDADE DO ITBI NA INCORPORAÇÃO DE IMÓVEL AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL QUE PERMANECE INATIVA.....	53
---	-----------

Leonardo Ribeiro Pessoa

3. A INFLUÊNCIA DO PRAGMATISMO NA TRIBUTAÇÃO DA SUCESSÃO E DOAÇÃO NA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....	79
---	-----------

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Fernando Rangel Alvarez dos Santos

4. AS PRESUNÇÕES, ENTRE O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E A AUTUAÇÃO FISCAL.....	101
---	------------

Leonardo Godoi Sia

**5. ELISÃO E EVASÃO FISCAL: OS LIMITES
PARA CONFIGURAÇÃO DE CRIMES CONTRA
A ORDEM TRIBUTÁRIA..... 121**

Carlos Eduardo Gonçalves

**6. LIMITES DO PLANEJAMENTO
TRIBUTÁRIO: SIMULAÇÃO, ABUSO
DE DIREITO E FRAUDE À LEI..... 139**

Claudio Carneiro

**7. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA
TRIBUTÁRIA E A NORMA ANTIELUSIVA..... 163**

Antonio Carlos Barragan

**8. OS LIMITES DO PLANEJAMENTO
TRIBUTÁRIO E A TEORIA DO BUSINESS
PURPOSE..... 183**

Gabriel Quintanilha

**9. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO,
NORMA ANTIELISIVA E O PRINCÍPIO
DA SOBREVIVÊNCIA EMPRESARIAL..... 197**

Raphael Silva Rodrigues

Thiago Penido Martins

**10. PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS
INTERNACIONAIS: UTILIZAÇÃO DE
TRATADOS INTERNACIONAIS,
SUBCAPITALIZAÇÃO E PREÇOS DE
TRANSFERÊNCIA..... 223**

Vinicius Vilar do Caldas Marques

Kaiser Motta Lúcio de Moraes Júnior

**11. SUBSTRATO ECONÔMICO NO
PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E A
INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS.....249**

Gustavo Madureira Fonseca

Juliana F. Barbeito de Vasconcellos

AUTORES.....279

A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVA E PENAL

1

*Felipe Machado Caldeira*¹

1. INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito é uma realidade e o penalista, atento e desvencilhando-se de suas validades, precisa reconhecer este fenômeno. Não se trata de simplesmente promover uma leitura do Direito Penal a partir da Constituição, ideia esta concebida na filtragem constitucional e desenvolvida na atividade diária da Corte Constitucional brasileira. Para fins deste artigo, o estudo parte do Direito Constitucional Penal e, para tanto, serão delimitadas algumas das premissas constitucionais do Direito Penal Econômico, notadamente o estudo do princípio do *non bis in idem* para, em seguida, perquirir-se sobre a possibilidade ou não da cumulação das sanções administrativa e penal.

De início o que se percebeu foi a limitação da doutrina e jurisprudência nacionais na compreensão e inteligência do princípio do *non bis in idem*, o que exigiu aprofundamento

¹ Advogado criminalista. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Oslo, Noruega. Professor de cursos de pós-graduação da FGV.

a partir do direito estrangeiro, comunitário e internacional, o que nem sempre é uma tarefa fácil, não apenas pelas barreiras lingüísticas, mas sobretudo pela diferença entre os sistemas jurídicos. Neste sentido, a pesquisa ficou delimitada aos sistemas idênticos ou semelhantes ao brasileiro, em especial no que se refere ao tratamento das instâncias administrativa e penal.

Outra dificuldade encontrada foi o completo distanciamento da doutrina penal brasileira – e estrangeira, de uma maneira geral – do Direito Constitucional. Antes de tudo, é sempre importante lembrar que o Direito, por razões de cientificidade e de didática, é dividido em diversas áreas, o que não o faz perder a sua unidade. Além disso, o princípio da supremacia da Constituição impõe que toda a ordem jurídica a tenha como ponto de partida, de conformação e de limitação de sua interpretação, sob pena de invalidade no seu grau mais acentuado: a inconstitucionalidade.

Desta forma, o bom penalista é, antes de tudo, um grande constitucionalista.

2. O DIREITO PENAL ECONÔMICO

2.1. NOÇÕES INICIAIS E DEFINIÇÃO

O Direito Penal Econômico é uma área jurídica interdisciplinar de origem remota, desenvolvimento moderno e relevância contemporânea cuja importância do estudo se justifica não apenas por sua atualidade, mas em especial pela relevância da economia para a sociedade. Surgem inúmeras dificuldades na definição e na delimitação do Direito Penal Econômico², com destaque para o problema

² Sobre esta dificuldade, PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Introducción al Derecho Penal Económico*. In. *Curso de Derecho Penal Económico*.

da sua autonomia ou dependência científica dentro das ciências penais.

Não obstante, pode-se entender o Direito Penal Econômico como sendo a subárea do Direito Penal que se propõe a dispor sobre as normas jurídicas para disciplinar as relações entre os agentes econômicos e o Estado, objetivando limitar a intervenção estatal na economia pela tutela penal³ e preservar as liberdades individuais decorrentes das relações econômicas, característica esta que diferencia o conceito constitucional proposto dos demais formulados pela doutrina⁴.

2.2. ORIGEM, DESENVOLVIMENTO E RELEVÂNCIA

Numerosos ordenamentos jurídicos, ao longo da história, tipificaram crimes econômicos. No Direito romano, para assegurar o abastecimento de cereais, a conduta de especulação de preços foi criminalizada, e o imperador Diocleciano fixou, sob pena de morte, os preços máximos para produtos e salários. A saída de produtos como ferro e armas, dada a sua importância para a época do Império

2ª ed., coord. Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 19-39.

³ Em sentido semelhante, ARROYO ZAPATERO, Luis. *Derecho penal económico y Constitución*. In Revista Penal, nº 1, julio 1997, Editorial Praxis, Barcelona, 1997, p. 1- 2.

⁴ Embora não se trate do objetivo do presente artigo, cabe assinalar que Klaus Tiedemann desenvolve três entendimentos acerca do conceito de Direito Penal Econômico: (i) processual-criminológico de Maurach; (ii) criminológico de Sutherland; e (iii) jurídico-dogmático de Lindemann. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico: parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 55-58.

romano, era punida com pena de morte e confisco, e o crime de adulteração de produtos alimentícios pode ser encontrado desde a Idade média até as legislações penais da atualidade.⁵ Portanto, não há dúvidas de que o Direito Penal Econômico possui origem remota.

O desenvolvimento do Direito Penal Econômico, por outro lado, é mais recente. Desde 1872, no Congresso Internacional sobre a prevenção e repressão do crime, celebrado em Londres⁶, reconhecia-se a grande importância do crime no campo dos negócios pela cooperação dos agentes imobiliários, agentes de vendas, fabricantes e outras pessoas. Em 1935 MORRIS⁷ retomou o problema ao se referir sobre os crimes da alta sociedade (“crime of the powerfull”), expressão utilizada até os dias atuais. O começo da investigação científica sobre estes crimes teve lugar durante o período de 1940 a 1950, nos Estados Unidos, em torno das pessoas do colarinho branco. A aparição deste novo estrato intermediário é uma característica geral da sociedade contemporânea em quase todos os países porque está vinculada ao desenvolvimento do capitalismo. Dentro destas estão, em primeiro lugar, os grupos dos profissionais liberais, e também os empresários, comerciantes ou industriais de tipo médio, e os elementos diretivos de uma burocracia, todavia, não muito desenvolvida. Por isto, dentro da geral denominação de classe média, cabia distinguir uma classe média intelectual, industrial ou bu-

⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis. Op. cit., p. 4; TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 61-62.

⁶ NORMANDEU, André. *Les “déviationes en affaire” et les “crimes em col blanc”*. In. *Déviance et criminalité*. Paris: Armand Colin, 1970, p. 332.

⁷ MORRIS, Albert. *Criminology*. New York: Longmans, 1935, p. 153-158.

rocrática. Todos estes grupos participavam de um comum sentimento individualista que era, ao mesmo tempo, seu orgulho e sua garantia da liberdade. Seus sonhos estavam unidos, preferencialmente, ao êxito econômico, sem ter demasiado em conta os meios que se utilizam para alcançá-los, pois é o êxito econômico, e, portanto, a riqueza acumulada, o símbolo maior de uma elevada posição social. Neste contexto, SUTHERLAND⁸, diante da Sociedade Americana de Sociologia, em 1939, empregou, então, a expressão “white collar crime” para designar a atividade ilegal de pessoas de nível sócio-econômico superior, em relação às práticas normais de seus negócios.

Na Europa o desenvolvimento do Direito Penal Econômico ganhou destaque durante a Primeira Guerra Mundial, momento no qual foi desenvolvido um extenso acervo normativo de natureza econômico-administrativa para o controle da satisfação de necessidades econômicas da época. Ao término da Guerra, desenvolveu-se um amplo intervencionismo estatal na economia da Alemanha, transformando-se na base para um novo Direito Econômico (Industrial ou Econômico moderno⁹). Depois dos excessos estatais de aplicação do poder administrativo durante a Segunda Guerra Mundial, em 1949, houve o primeiro esforço normativo para a simplificação do Direito Penal Econômico pela Lei Penal Econômica¹⁰ a qual previa tipos

⁸ SUTHERLAND, Edwin. H. White collar criminality. *American Sociological Review*, New York: N.Y. Dryden Press, 4, 1940, p. 1-12.

⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007, p. 5 e 92. No mesmo sentido, FONSECA, Hugo Duarte. *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 153-154.

¹⁰ *Ibid.*

penais desde a violação do dever de entregar os livros fiscais, passando pelo aumento artificial de preços até as infrações tributárias, introduzindo, também, um Direito processual específico, bem como sanções próprias (proibição de exercer profissão, encerramento da empresa e publicidade da condenação). A partir de 1972, uma comissão formada por especialistas em combate aos crimes econômicos foi criada com o objetivo de reformar o Direito Penal Econômico na Alemanha. Como fruto das atividades desta comissão, surgiu a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos, de 1976, e concomitantemente foram realizadas diversas alterações na ordem jurídica alemã. Dez anos depois, surge a Segunda Lei, introduzindo novos tipos penais no âmbito do Direito Penal Econômico. Percebe-se, portanto, que toda e qualquer análise elaborada para a origem do Direito Econômico leva a conclusão da crescente intervenção do Estado no domínio econômico, diante das diversas transformações presenciadas pela sociedade especialmente no século XX. O intervencionismo estatal, então, passou a ser uma realidade na sociedade contemporânea e o Direito não poderia ficar alheio a esta transformação.

No âmbito internacional a preocupação com os crimes econômicos também é notada¹¹ e diante a esta manifestação

¹¹ “... que pretenda actuar por encima de las barreras nacionales exige sofisticadas estructuras, encargadas tanto de la ejecución de complejas operaciones delictivas como de su rentabilización, recurriendo para ello a la denominada ingeniería financiera. La delincuencia económica transnacional es, así, delincuencia organizada, tanto en sus manifestaciones empresariales convencionales como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad.”. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: Trotta, p. 3. No mesmo sentido, BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico. Parte general*, Tº I, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 94.

da internacionalização do crime, notadamente dos crimes econômicos, o desenvolvimento de uma resposta adequada e eficaz tornou-se necessária¹². Na União Européia, desde a versão original do Tratado para a sua fundação (1957), embora não fosse um documento na área do Direito Penal, já se reconhecia o interesse supranacional na tutela da ordem econômica pela limitação da concorrência.¹³ De igual forma, encontra-se disposição semelhante no âmbito do Mercosul.¹⁴

A partir da efetivação de tais atividades estatais, iniciara-se o surgimento de normas penais, em âmbito interno, comunitário e internacional, objetivando a criação de um sistema protetor deste intervencionismo estatal na economia. E, um ponto principal – paralelo a essa atividade

¹² Ibid. p. 6. Cabe destacar um exemplo atual de Klaus Tiedemann: os esforços da União Européia e dos Estados Unidos na uniformização de suas regras contábeis que permitem uma comparação internacional da situação econômica das empresas multinacionais e permite a prevenção da manipulação de seus balanços econômicos. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 38-40.

¹³ HIRSCH, Hans Joachim. *Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea*, en AA.VV., Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Ediciones del puerto. Ad – Hoc: Buenos Aires, 2005, p. 657.

¹⁴ “... uno de los objetivos es asegurar condiciones adecuadas de competencia, idea que se reitera en otra disposición al prescribirse que los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio y coordinar[án] sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.” SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *Integración regional y delitos económicos*, en A.A.V.V., *Teorías actuales en el derecho penal*. Ad – Hoc: Buenos Aires, 1998, p. 462.

econômica estatal – foi à estruturação de grandes empresas, detentoras de um forte poder econômico, o que provocou o Estado a formular um sistema jurídico eficaz de proteção aos interesses da sociedade contemporânea, dando origem ao fenômeno da norma legal como instrumento de regulação e proteção da economia nacional e popular.

O final do século XX e o início do XXI apresenta-se à sociedade uma nova forma de poder hegemônico: a globalização econômica¹⁵. Neste momento da história o campo da realidade estatal e econômico do mundo contemporâneo permite inferir a conclusão de uma nova espécie de criminalidade a qual sem fazer uso da violência

¹⁵ Jesús-María Silva Sánchez observa que “La *globalización* – como salto cualitativo de la internacionalización – es, como antes se indicaba, una de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. En esa medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Cuestión distinta es que, a partir de esta consideración de la economía, otro importante fenómeno, cual es el de la globalización de las comunicaciones, como consecuencia de las inovaciones **técnicas**. Pero, en última instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economía, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, por tanto, esa mayor rapidez de comunicaciones). Por su parte, también la *integración* es básicamente una noción económica. La integración aparece inicialmente guiada por la idea de conseguir un mercado común de varios países, con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general globalización, que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1.999, p. 68-69.

corporal tradicional, nem por isso se mostra menos nociva ao desenvolvimento das relações sociais: a criminalidade econômica, sensível ao desenvolvimento das relações humanas (ética, moral e Direito), comerciais, econômicas e financeiras, durante o século XXI.

No cotidiano, a importância do Direito Penal Econômico é cada vez maior, levando TIEDEMANN¹⁶ afirmar que os crimes econômicos se incrementaram nos últimos anos e, conseqüentemente, foi desenvolvida uma persecução penal mais intensa e foram aplicadas sanções mais rigorosas. Nesta ordem de ideias, com o surgimento da globalização econômica e da integração regional, o Direito vem sofrendo inúmeros influxos e, contemporaneamente, o destaque dentro das ciências penais reside justamente na compreensão do Direito Penal Econômico.

2.3. POSIÇÃO DENTRO DAS CIÊNCIAS PENAIAS

O cenário é de incerteza já que não se chega a uma conclusão acerca da convivência do sistema penal dualístico, com os seus modelos de convivência – expansão máxima¹⁷ e moderada¹⁸ da intervenção penal e a doutrina de preservação do núcleo do Direito Penal¹⁹ – podendo ou devendo,

¹⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley., 2007, p. 1.

¹⁷ MARINUCCI, Giorgio. DOLCINI, Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLII, fasc. 3, p. 802-820, jul/set, 1999.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., p. 70.

¹⁹ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime. In *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999; HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del Derecho Pe-*

ou não manter um diálogo permanente. Por outro lado, também não há qualquer conclusão pela permanência do sistema penal monístico, o que revela a dificuldade de definição, delimitação e identificação da posição do Direito Penal Econômico dentro das ciências penais.²⁰

Na máxima abrangência que TERRADILLOS BASOCO²¹ dá ao Direito Penal Econômico permite-se uma interpretação de tal elasticidade de seus contornos que se poderia perfeitamente dividir a teoria do Direito Penal em dois grandes rumos absolutamente distintos – nem tão antagônicos, nem tão complementares –: uma teoria para o Direito Penal comum (nuclear, tradicional ou clássico) e outra para o Direito Penal Econômico (moderno ou “novo” Direito Penal). Estaria justificada, com efeito, a formação de conceitos penais independentes a atuar em conformidade com o Direito Econômico a fim de superar os problemas e desenvolver o método próprio do Direito Penal Econômico.²²

O que se revela é, por um lado, tutelar de forma eficaz e efetiva a economia e, por outro, desenvolver um sistema penal apto a alcançar os sujeitos desta nova espécie de criminalidade. A premissa fundamental deste sistema dualista a justificar a distinção entre o Direito Penal e Penal Econômico é a suposta crise do Direito caracterizada pela

nal futuro. *Revista Penal*, vol. 1, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Práxis, p. 37-41, jan., 1998.; HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo. *Revista Penal*, nº 4, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Práxis, p. 54-57, 1999.

²⁰ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 3.

²¹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. cit., p. 6.

²² TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 1; ARROYO ZAPATERO, Luis. Op. cit., p. 1.

sua ineficiência.²³ Contudo, a ineficiência não seria do Direito Penal como ciência, e sim da norma jurídica como instrumento de regulação das relações sociais.²⁴ Portanto, a falta de efetividade seria das normas jurídicas as quais não são aplicadas com autoridade pelo Poder Público – que,

²³ Carlo Enrico Paliero identifica três classes de crises no Direito penal sob o ponto de vista da dogmática: crise de transparência, ineficiência e complexidade. PALIERO, Carlo Enrico. *Tecniche di tutela e riforma del codice penale*, in *Valore e principi della codificazione penale: Le esperienze italiana, spagnola, e francese a confronto*, Cedam, Padova, 1995, p. 156–161. Rosario de Vicente Martínez se refere à uma crise grave do Direito Penal “Clássico” pela ineficácia da pena de privativa de liberdade aos crimes econômicos. VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. *Sanciones y Reparación en el Derecho Penal Económico*. In *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. Coord. SERRANO-PIEDRACASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Madrid: COLEX, 2008, p. 189.

²⁴ A síntese realizada por Raúl Eugenio Zaffaroni é da superação do direito positivo dos séculos XIX e XX, quando leciona que “en el orden planetario puede afirmarse el claro efecto de la *anomia generalizada*, como dato objetivo. La realidad nunca coincide con la norma, porque el deber ser es un ser que no es o que, al menos, aún no es. Pero cuando la realidad se *dispara* respecto de la norma, deviene *disparate*, prescribe un ser que nunca será y la norma queda cancelada por inútil y le aguarda el destino de los desperdicios (*anomia*). La perspectiva de este proceso anómico de poder, proyectada sin contención hacia el futuro, se traduce: a) en el creciente dominio del delito económico que tiene a adueñarse de la economía mundial, ante la impotencia de los estados nacionales y de los organismos internacionales (cada día más las actividades económicas a nivel planetario irán asumiendo mayor similitud con las prácticas criminales mafiosas); b) en el marcado deterioro del medio ambiente, que anuncia la producción de graves alteraciones en la biósfera”. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal*. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.) *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 23.

quase sempre, transfere a incompetência do Governo e a ineficiência do Estado à população –, ou observadas com seriedade pela sociedade²⁵, especialmente quando voltadas para a criminalidade econômica²⁶ que é, por excelência, a criminalidade dos poderosos (crimes cometidos por pessoas

²⁵ Corroborando a assertiva, Antonio García-Pablos de Molina, ao discorrer sobre o prevenicionismo político-criminal, afirma que incrementar ou aumentar a repressão não resolve o problema criminal, e observa que “Mucho más eficaz que castigar, o que agravar las penas, será suprimir – o reducir – el *refuerzo positivo* que el delincuente recibe com la conducta criminal (vg., medidas situacionales que hagan difícil la comisión del hecho) y, al mismo tiempo, crear mediante una adecuada política social, de empleo, etc., opciones alternativas gratificadoras (vg., trabajo, servicios sociales para todos los ciudadanos), capaces de neutralizar los *refuerzos negativos* que condicionan el comportamiento criminal”. PABLOS DE MOLINA, Antonio García. *Tratado de criminología*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003, p. 557.

²⁶ “Sin embargo, la totalidad de estas normas y reformas solamente tiene importancia verdadera en la medida que el Derecho penal económico se imponga realmente en la práctica a través de una persecución penal especializada; es decir, en la medida que las normas no solamente existan en el papel.” TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 4. Além disso, conforme observa o autor, “Así, pese a una persecución intensa de los delitos contra la libre competencia en Alemania durante tres decenios, se sigue produciendo la reincidencia de las empresas constructoras en materia de fijación de precios, a la vez que las asociaciones de empresas enfatizan, una y otra vez, en comunicados públicos que tales ilícitos solamente constituirían contravenciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) y que las sanciones impuestas en su contra solamente serían multas no criminales.” Ibid. p. 93. No mesmo sentido, JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlo. “Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica”, in *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, ed. CGPJ, núm. 61, Madrid, 2005, p. 152 e ss.

que detém não apenas o poder econômico, mas também o poder político e controle do processo legislativo)²⁷.

De nada adianta a proliferação das figuras penais econômicas, produto de teorias modernas da Sociologia ou do Direito e o grande desenvolvimento das novas tecnologias²⁸ se não existe a criação de estruturas e procedimentos

²⁷ Neste sentido, DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. *Del “derecho penal liberal al “derecho penal Del enemigo”*. Rev. de Derecho Penal y Criminología, n. 14, 2004, p. 114. Em sentido contrário, Eduardo Correia afirma que “Haveria, com efeito, condutas desviantes das regras da ordem económica levadas a cabo por <<homens de colarinho branco>> que não constituiriam crimes. Por outro lado, também, muitas acções violadoras da ordem económica seriam praticados por homens de <<colarinho azul>>, ou seja, de inferior extracção social>>.” CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 369. Vale destacar, ainda, que “... no se puede negar que el comportamiento típico de las clases sociales bajas, desde el nacimiento del Derecho penal moderno hasta hoy, ha constituido el objeto privilegiado tanto em la configuración de los tipos penales de Derecho penal como también em la justicia práctica penal...”. SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. In Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 50-51.

²⁸ Utilizada em grande parte para prospecção de mercado e ampliação de formas específicas de concorrência, contribuindo para um mercado mundial de bens e serviços ilegais. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio, in Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 20; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas, in Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 60-61.

destinados à elaboração da adequação da hipótese fática à norma jurídica²⁹. O sistema penal monístico seria suficiente, bastando, para tanto, a sua efetiva aplicação e, eventualmente, interpretação e aplicação em conformidade com o perfil da sociedade contemporânea e em adequação às exigências da criminalidade econômica – sempre a partir da Constituição,³⁰ pois, conforme observa BUJÁN PÉREZ, “... el intitulado <<Derecho penal económico (o socio-económico)>> se halla regido por los mismos principios jurídico-penales que el Derecho penal común u ordinario y encauzado a través de idénticas instituciones dogmáticas”³¹, sob pena da criação de um Direito Penal simbólico, o que ofenderia postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito. Se o problema fosse normativo, não haveria falar-se nos espaços geográficos de impunidade³² tão comuns na atualidade: bastaria a transferência da empresa para

²⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 30 e ss.

³⁰ Neste sentido, ARROYO ZAPATERO, Luis. *Op. cit.*, p. 1.

³¹ BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 71.

³² BARBERO SANTOS, Marino. *Presentación, in Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 7. Para o autor, “los sistemas de justicia penal de estos países no suelen constituir ningún obstáculo para la actuación de dichos grupos criminales, muy perfeccionados, y se reconoce ampliamente que las estrategias para hacerlos frente tienen que basarse en la cooperación internacional, así como en técnicas eficaces de organización y gestión y, al igual que la delincuencia organizada, han de aprovechar los adelantos tecnológicos”. No mesmo sentido, BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 22.

algum Estado tolerante ou até incentivador com práticas econômicas tidas como ilícitas por outros Estados (paraíso fiscal, por exemplo).

Portanto, o Direito Penal Econômico não figura como uma nova área dentro das ciências criminais, e sim com uma subárea do Direito Penal³³, o que não significa dizer que a dogmática não deva evoluir. Pelo contrário, as premissas sobre as quais o Direito Penal Econômico se assenta sobre valor constitucional de especial importância para a sociedade contemporânea, merecendo estudo destacado e normatização específica³⁴, especialmente por força de seu caráter técnico.

3. PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM* E DA DEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL³⁵

3.1. NOÇÕES INICIAIS

O *non bis in idem* é um dos princípios mais importantes do Direito penal contemporâneo, visto que veda que os

³³ Não foi por outra razão que G. Kaiser observou que “... el peso principal de la lucha contra la delincuencia económica grave descansa, antes como ahora, en el Derecho penal.” KAISER, G. *Introducción a la criminología*. Trad. Rodríguez Muñoz, 7ª ed., Madrid, 1988, p. 377.

³⁴ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 89.

³⁵ No ponto deve ser registrada a valiosa contribuição do amigo e jurista Eduardo Viana Portela Neves com a submissão de artigo – ainda não publicado – de sua autoria, a indicação de bibliografia e pelo debate em torno do tema. As premissas são coincidentes, porém as conclusões diametramente divergentes. Maiores considerações sobre o princípio: CALDEIRA, Felipe Machado; NEVES, Eduardo Viana Portela. *Manual de Direito Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2011 (no prelo).

mesmos fatos (leia-se: o mesmo conteúdo de injusto ou a mesma infração) possam ser sancionados duas ou mais vezes é um princípio geral do Direito punitivo e não apenas da área penal. Os constantes processos de descriminalização e despenalização tem retirado do âmbito penal condutas que, do ponto de vista da intervenção mínima, passam ao âmbito do Direito Administrativo. Por outro lado, o Direito Administrativo também acaba por sancionar, de forma que se convencionou denominá-lo de Direito Administrativo sancionador.

A par destas considerações e de ser nítida a linha contínua entre o ilícito penal e o administrativo, no Brasil, o tema central desta problemática – a correta interpretação do princípio do *non bis in idem* – não foi desenvolvido da forma tal qual no direito internacional, comunitário e estrangeiro.

3.2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO, FILOSÓFICO E JURÍDICO: A NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM

A origem do princípio do *non bis in idem* é remota: remonta ao Direito romano e ao Direito canônico³⁶ com o objetivo de promover a segurança e a estabilidade das relações sociais. Sua origem histórica e desenvolvimento até meados do século XX se vinculava, exclusivamente, à vertente processual do princípio: ligava-se à coisa julgada porque o escopo primordial do princípio era impedir que o indivíduo fosse processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato.

³⁶ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 35.

A adesão ao princípio do *non bis in idem* em matéria penal só ocorre no Iluminismo e durante a Revolução Francesa³⁷. Influenciada pelos ideais iluministas e da Independência Americana (1776), os acontecimentos entre 5 de maio de 1789 e 9 de novembro de 1799 alteraram o quadro político e social da França. A Revolução Francesa representou a mudança de paradigma no que se refere ao reconhecimento jurídico do *non bis in idem*, pois a França o reconheceu na sua Constituição de 1791, no Título III, Capítulo V, artigo 9º. Dispunha o referido dispositivo que: “Tout homme acquitté par un jury légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.”³⁸.

O marco mais importante do reconhecimento jurídico do princípio se deu com a V emenda à Constituição dos Estados Unidos de 1887, portanto, no âmbito dos direitos do cidadão (“Bill of Rights”) no qual foi consagrada a regra do “double jeopardy”³⁹ cujo significado, em linhas gerais, é que uma absolvição ou condenação anterior funcionaria como obstáculo a que se colocasse o indivíduo em uma nova situação de risco de vida.

A importância deste desenvolvimento histórico, filosófico e teórico se revela necessário para que se perceba a faceta processual do princípio do *non bis in idem*: a razão da máxima ligava-se, portanto, à necessidade de segurança

³⁷ Ibid. p. 302.

³⁸ Igualmente, segundo Eduardo Correia, o Código Penal francês de 1791 (Tít. 1º, art. 28; Tit. 8º, arts. 1º, 2º e 3º). Ibid. p. 303.

³⁹ Há previsão expressa no Código Penal australiano: “71.18 Double jeopardy: If a person has been convicted or acquitted of an offence in respect of conduct under the law of a foreign country, the person cannot be convicted of an offence under this Division in respect of that conduct”.

do indivíduo frente às intervenções estatais, impedindo a sobreposição de acusações sobre o mesmo fato.

O desenvolvimento do instituto e sua crescente previsão nos ordenamentos jurídicos formam o substrato cultural necessário para, finalmente, passar a se reconhecer sua vertente substancial, já que, até o século XX, o *non bis in idem* resumia-se à vertente processual. Não obstante a longa evolução histórica da máxima do *non bis in idem*, a sua aplicação carece de contornos claros, em particular sobre a cumulação de sanções penais e administrativas. Nesta linha, CORREIA destaca que, apesar da máxima do *non bis in idem* ser reconhecida universalmente como valor empírico e utilitário, está, porém, muito longe de uma elaboração precisa do seu verdadeiro conteúdo e limites⁴⁰.

A vertente substancial implica que a pessoa não pode ser punida duas vezes pelo mesmo fato sempre que surgir a tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento. Deste modo, é indispensável a análise do conteúdo do ilícito que foi violado em cada uma das condutas⁴¹. Pode-se dizer que o

⁴⁰ Ibid. p. 303.

⁴¹ O Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença 154, em 1990, consignou: “Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero ello no significa que solo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a Ordenes jurídicos sancionadores diversos. El principio non bis in idem es aplicable tambien dentro de un mismo proceso o procedimiento a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamento, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar dos veces por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea, que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble

conteúdo material no *non bis in idem* traduz a impossibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato, desde que ocorra a tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento. Nesta linha, LÉONVILLALBA⁴² informa que a faceta material não se confunde com a vertente processual. Segundo ele, a vertente material caracteriza-se pela única função de impedir que a um mesmo sujeito possam ser imputado, por um mesmo fato, dois tipos de ilícito, um dos quais inclui todos os elementos do outro. No que se refere ao sujeito, dizer que é necessária a identidade de sujeito ativo, pouco importando a vítima, parece óbvio, mas há uma discussão quando o fato envolva pessoa jurídica e seu representante. No que se refere ao fato, uma perspectiva para se diferenciar a identidade é a que toma em consideração a natureza dos bens jurídico-penais ofendidos. Conforme este raciocínio, a identidade de fundamento seria a identidade de bem jurídico-penal e conferindo especial relevância à este ponto, PABLOS DE MOLINA⁴³ defende que é mais correto formular a proibição do *non bis in idem* reclamando não só a tríplice identidade (do sujeito, do fato e da infração), senão também a natureza dos bens jurídico-penais ofendidos.

3.3. SIGNIFICADO

Um ponto fundamental reside saber o exato significado do princípio do *non bis in idem*, mais especificamente a delimitação da expressão *idem*: fato, ato, ação, conduta, causa, sanção, ofensa, etc.

o plural, lo que tambien contradiria el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción.”

⁴² Ibid. p. 114.

⁴³ PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia. Op. cit., p. 132.

AUTORES:

Antonio Carlos Barragan
Carlos Eduardo Gonçalves
Cláudia Ribeiro Pereira Nunes
Claudio Carneiro
Felipe Machado Caldeira
Fernando Rangel Alvarez dos Santos
Gabriel Quintanilha
Gustavo Madureira Fonseca
Juliana F. Barbeito de Vasconcellos
Kaiser Motta Lúcio de Moraes Júnior
Leonardo Godoi Sia
Leonardo Ribeiro Pessoa
Raphael Silva Rodrigues
Thiago Penido Martins
Vinicius Vilardo Caldas Marques



ISBN 978-85-8425-767-6

