

A Procedibilidade da Persecução Penal nos Crimes Contra a Ordem Tributária

Raphael Silva Rodrigues *

Thaís A. de Assis Colen

“Scire leges non est verba carum tenere sed vim ac potestam” – Conhecer as leis não é recordar suas palavras, senão compreender seu alcance e espírito

I - INTRODUÇÃO

A defesa dos interesses do erário contra os maus contribuintes evidencia um grande segmento dos diversos órgãos do Estado à luz de disputa de poder, uma vez que se verifica nas condutas tipificadas pela lei n.º 8.137/90 malefícios impingidos a toda sociedade, agredindo severamente o Estado, pois este, além de não dispor de recursos suficientes para manter seu aparelho administrativo, muitas das vezes se vê privado de recursos para alcançar seus objetivos.

Segundo a renomada doutrina do ilustre professor Hugo de Brito Machado, o estudo dos crimes contra a ordem tributária ganha maior importância na medida em que aumentam os segmentos do Fisco e do Ministério Público que acreditam ser possível aumentar a arrecadação tributária pela intimidação, e por isto cuidam de tornar efetiva a aplicação das sanções penais.

O descumprimento de obrigação tributária enseja o desencadeamento de atos administrativos, tomados de ofício, no sentido de averiguar a falta, medir seus efeitos e, em havendo descumprimento de norma prescritora de conduta necessária ou vedada, exigir o tributo devido e infligir o apenamento previsto¹.

Assim, a criminalização do ilícito tributário deflagra diversos equívocos que tornam a relação fisco – contribuinte cada vez mais tensa e conflituosa.

II – A FORMAÇÃO DO TIPO NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DO TIPO À LUZ DA LEI N.º 8.137/90

Na vigência da Lei n.º 4.729/65, firmou-se a jurisprudência no sentido de que “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”². A mencionada lei definia tal tipo como crime formal, sendo desnecessária a determinação da ocorrência da configuração de um tributo devido e não quitado em razão do procedimento fraudulento do autor.

Com o advento da Lei n.º 8.137 de 27.12.1990, foi incriminado as condutas que traduzem supressão ou redução de tributo, sendo criados tipos penais de resultado, ou seja, sem a real lesão ao Fisco, o crime não se consuma.

Segundo o professor Luiz Flávio Gomes, sempre representou um tormento para os acusados o fato de já se permitir a instauração de um processo penal enquanto ainda se discute na via administrativa a exigibilidade do tributo ou contribuição objeto do mencionado processo penal (essa é a velha afirmação, sobretudo jurisprudencial, da independência ou da autonomia das instâncias civil e penal) (cf. por exemplo STJ, RHC 4.793-DF, relator Ministro Cid Flaquer Scartezini, DJU de 08.04.1996, p. 10.478).

Visando afastar a idéia de ação penal em matéria de crime contra a ordem tributária, independentemente do que a respeito do fato reste apurado, e entendido pela autoridade da Administração Tributária, o legislador, minimizando o estado de insegurança do contribuinte, editou a norma do art. 83, da Lei n.º 9.430/963, senão vejamos:

“a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”

Cite-se, portanto, o posicionamento do renomado professor e Ministro Edson Vidigal do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“(…) tenho sustentado que o exaurimento da instância administrativo-fiscal para apuração da responsabilidade tributária, é condição de procedibilidade para a propositura da Ação Penal. E assim, tenho votado, na esperança de que o debate induza os demais que julgam as novas reflexões, de modo a que a nossa jurisprudência possa evoluir também quanto a esse delicado tema.”⁴

Analisando detalhadamente o Acórdão proferido pelo STF nos autos do HC n.º 81.611/DF, restou decidido que o lançamento definitivo na esfera administrativa seria uma condição objetiva de punibilidade, senão vejamos:

“EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para

a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo”. (Grifei)

Assim, configura razoável a idéia de prévio exaurimento na esfera administrativa para que os órgãos de persecução penal possam objetivar uma suposta condenação no Juízo criminal, haja vista que o trânsito em julgado administrativo declararia a existência do crédito tributário suprimido ou reduzido pelo contribuinte.

III – CONCLUSÃO

A nossa Carta Magna garante a todos o contraditório e a ampla defesa não somente no âmbito judicial, mas também no administrativo (art. 5º, LV), bem como ninguém será privado da sua liberdade sem o devido processo legal. Tal princípio também é assegurado

ao contribuinte quando da discussão do seu débito tributário perante a Administração Fazendária competente.

Portanto, em que pese a existência da teoria da independência das instâncias (anteriormente adotada pelos órgãos de persecução penal), a mesma não deve prosperar ao que concerne os delitos penal-tributários, eis que faz-se necessário o prévio exaurimento da via administrativa para que o dominus litis detenha legitimidade ao oferecer a sua inicial acusatória, caso contrário se estaria admitindo persecução criminal sem a devida justa causa para que haja o curso da ação penal.

IV – BIBLIOGRAFIA

VIDIGAL, Edson. Fluxos de Cadeia ou de Caixa: o Exaurimento da Instância Administrativo-Fiscal como Condição de Procedibilidade para a Ação Penal. Revista da AJUFE, nº 60, jan./mar. 1999, p. 68.

MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002.

PAULINO, José Alves. Interpretação Jurisprudencial nos Crimes Contra a Ordem Tributária. Meio Jurídico, 2001.

Prévio exaurimento da via administrativa nos crimes contra a ordem tributária, em Revista do IBCrim, nº 15.

SOUSA, Ercias Rodrigues de. Crimes contra a ordem tributária. Breve análise da Lei nº 8.137/90. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em: 28 de maio de 2007.

1 SOUSA, Ercias Rodrigues de. Crimes contra a ordem tributária. Breve análise da Lei nº 8.137/90. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em: 28 de maio de 2007.

2 Supremo Tribunal Federal, Súmula 609.

3 Machado, Hugo de Brito. Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002.

4 Edson Vidigal. Fluxos de Cadeia ou de Caixa: o Exaurimento da Instância Administrativo-Fiscal como Condição de Procedibilidade para a Ação Penal. Revista da AJUFE, nº 60, jan./mar. 1999, p. 68.

* Acadêmico de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte - UNIBH e Membro do Instituto de Ciências Penais

Disponível em:< <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/00/3600/> > Acesso em.: 2 jul. 2007.