

# DIREITO PENAL FINANCEIRO

PROF. SERGIO DO REGO MACEDO

Inicialmente cabe a indagação sobre a existência ou não de um Direito Penal Financeiro e sua conceituação. Isso implica, desde logo, uma antecedência. Que é Direito Financeiro? Entende-se ser ele um capítulo do Direito Administrativo que resulta da soma de regras que preside a atividade econômica estatal, para a aplicação dos fundos públicos às necessidades da administração.

Assim, a legislação pertinente ao Orçamento, como meio de obter Receita e modo de aplicação de Despesa e tudo que lhe diz respeito, incluindo uma série de disposições de leis especiais que alcançam a de nº 1.079, de 10 de abril de 1950 que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento, na parte que capitula a "proibição na administração", a "lei orçamentária" e a "guarda e legal emprêgo dos dinheiros públicos", compõe o núcleo de um futuro Direito Financeiro.

Na impossibilidade absoluta de se fixar noção precisa do seu sentido estrito, porquanto inexiste a nitidez de percepção da área legal pertinente, somos obrigados a estender seu continente jurídico à legislação fiscal — parte integrante também do Direito Administrativo — e nesse apêndice onde se definem e regulam os tributos lembrar além das leis fiscais, a lei de remessa de lucros, intimamente ligada aos interesses do controle de lucros para a devida tributação e — no aspecto financeiro —, o acautelamento das divisas.

Ainda e sempre no seu sentido lato, incorporaria o Direito Financeiro, um outro pseudodireito o Econômico, contido nas disposições que regulam a Economia Popular (Lei nº 1.521, de 26-12-51, que define crimes contra a Economia Popular), as que controlam o Poder Econômico (Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do Poder Econômico), a Lei Delegada nº 5, de 26 de setembro de 1962 (que promove a intervenção no domínio econômico com a criação de órgão especial: a SUNAB) e a Lei nº 4.591 que define as fraudes nas incorporações e cria novas figuras penais nos seus arts. 65 e 66.

Por outro lado, as atividades jurídico-financeiras dentro do Estado, como parte do processo financeiro nacional, viram-se acrescidas de duas importantes leis: a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispôs sobre a política e as instituições monetárias e creditícias e criou o Conselho Monetário Nacional; e a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais, e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

Ainda enriquecendo o acervo do chamado Direito Fiscal, ao lado da lei que disciplina o Imposto de Renda, cite-se o Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, que dispõe sobre a declaração de bens ou valores que possuem as pessoas físicas ou jurídicas no exterior; o Decreto-lei nº 1.104, de 30 de abril de 1970, que altera o anterior; o Decreto-lei nº 326, de 8 de maio de 1967, que dispõe sobre o recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados, e dá outras providências; e a Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, que autoriza a emissão de obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do Imposto de Renda, e dá outras providências. Este último diploma legal já mais flagrantemente híbrido do financeiro e do fiscal.

Vemos pois, que Direito Financeiro, Direito Fiscal e Direito Econômico são sementes que mal recebem a umidade das primeiras águas para afluir no terreno movediço da legislação administrativa.

Não têm estabelecidos seus conceitos, seus princípios, faltando-lhes sobretudo o corpo inconfundível da autonomia: a sistematização e o método.

E se lhes consentimos, de maneira controvertida, interponente e diáfana as denominações é porque são sensações que se nos dá a perceber o grande ensaio da relação inexorável entre a infra-estrutura econômica e a superestrutura jurídica.

Ora, se não podemos falar, ainda, cientificamente, em Direito Financeiro, Direito Econômico, Direito Fiscal — este último em fase mais adiantada de elaboração, por força contingente —, muito menos em Direito Penal Financeiro ou Econômico ou Fiscal.

E ainda que tais ramos da Administração Pública fôssem uma realidade legislativa palpitante, sistematizada e nitidamente constituída não se lhes poderia atribuir a independência penal posto que, em verdade, o Direito Penal é único pelas características inconfundíveis da sua sanção que o denuncia, de imediato, esteja em que corpo legislativo estiver, transformando o dispositivo sancionado em puro dispositivo penal de Direito Penal, excluindo qualquer outra denominação.

Damos prevalência, nesse sentido, como mais ajustada à realidade dos Direitos, à opinião de Carrara, quando, ao se manifestar sobre o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal, afirmava ser tudo Direito Penal, que é um só, integrativo e global.

O Direito Penal não é solicitado a sancionar um preceito de outro direito, mas a elaborar um preceito e estabelecer a sua sanção antes da

qual as sanções dos demais direitos se exauriram ante as exigências do interesse jurídico de tutela extrema.

E porque e porisso é eminentemente constitutivo, onde se declarar uma pena privativa de liberdade aí está êle desde a origem do preceito até o fim da sanção, com todos os seus pressupostos, princípios, mandamentos e efeitos.

Cabe-nos hoje traçar o perfil e consignar as críticas dos crimes que o legislador de 70 incluiu no Código Penal que dizem respeito às atividades financeiras, econômicas e fiscais dos particulares e do administrador em função da tela jurídica que se formou para tais relações.

Seria absurdo e desastroso pretender comentar tôda a área inaugurada pela sua complexidade e extensão.

Escolhemos a matéria mais insinuante a fim de que êsses apontamentos sejam um diálogo do pensamento e não o recital monótono e prefensioso de um contra os outros no pleno uso e gozo da tirania complacente que impõe o unânime no obscuro.

Na tutela penal do patrimônio, capitulou o legislador de 70, no capítulo que define o estelionato e outras fraudes (cap. VI do Título II) como novos atos típicos e sob a denominação jurídica de "títulos irregulares", "autorização de empréstimo a dirigente da própria instituição financeira", "atuação abusiva de instituição financeira" e "violação de sigilo de instituição financeira", os arts. 191, 192, 193 e 194, respectivamente.

A legislação vigente que informa essas figuras de Direito Penal é a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o Mercado de Capitais, nos seus arts. 72, 73 e 74.

- 1º) "Art. 72 — Ninguém poderá gravar ou produzir clichês, compor tipograficamente, imprimir, fazer, reproduzir ou fabricar, de qualquer forma, papéis representativos de ações ou cautelas, que os representem, ou títulos negociáveis de sociedades sem autorização escrita e assinada pelos respectivos representantes legais, na quantidade autorizada."

Ressalte-se, desde logo, a desatenção do legislador, atribuída pelos mais tolerantes à urgência requerida que não justifica, de modo algum, flagrantes despreparos. No caso vertente a norma não foi sancionada. "Não há pena sem cominação legal" (art. 1º, 2ª parte do Código Penal). Descrição de fato impunível é irrelevante em matéria penal equivalendo a conduta não incriminada. Quanto à redação, podemos objetar que "fazer", "imprimir", "fabricar", "produzir industrialmente", são termos redundantes, pois não conhecemos ações ou cautelas que não sejam impressas. O elemento condicional da incriminação é a falta de autorização escrita e assinada pelos respectivos representantes legais da sociedade, funcionando tal autorização como exclusão de antijuridicidade, sendo irrelevante se fôr dada posteriormente à impressão, pois é êste o momento consumativo e o crime é formal.

- 2º) “Art. 73 — Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar ações de sociedades anônimas, ou cautelas que as representem, sem autorização escrita e assinada pela respectiva representação legal da sociedade, com firmas reconhecidas.”

Idêntica crítica deve ser feita à terminologia usada: “fazer”, “imprimir”, “fabricar” ações e cautelas é imprimir apenas.

No objeto material figuram como corpo de delito, “ações e cautelas”, desatendidos, inexplicavelmente, outros títulos de curso regular no mercado de capitais, tais como debêntures, obrigações ao portador endossáveis, obrigações nominativas e letras de câmbio.

Vale dizer da insegurança do legislador na incriminação pois não se sabe se o que quis punir foi apenas a impressão de papéis que ainda vão se transformar em ações ou cautelas no momento em que forem assinados por quem de direito da sociedade ou o ato impossível que descreveu no texto legal: imprimir ações ou cautelas. Ora, não basta o papel impresso para caracterizar o título que só é criado com a assinatura de quem de direito da sociedade. Sem ela o impresso não surge como documento. Se o legislador, pois, pretendeu incriminar um simples impresso cometeu excesso irrazoável já que presumiu um remotíssimo perigo, uma ação que poderia não ter fim ilícito.

“§ 1º — Ninguém poderá fazer, imprimir ou fabricar prospectos ou qualquer material de propaganda para venda de ações de sociedade anônima, sem autorização dada pela respectiva representação legal da sociedade.”

Aqui não se está punindo a propaganda, mas simples ato preparatório de propaganda: impressão de boletins, volantes, cartazes ou anúncios. Redunda daí que o crime admite tentativa com o início da ação. Excedeu-se o legislador mais uma vez, preocupado em arguir a tutela penal em estágios de simples possibilidade de fim ilícito. O elemento condicional da incriminação continua sendo a autorização dada pela respectiva representação legal da sociedade cuja existência funciona como causa extintiva da antijuridicidade. É de se notar também a insegurança do legislador — imperdoável em legislação penal — pela irregularidade de expressões usadas em dispositivos distintos para figurar idênticas hipóteses. No art. 72 exige-se a “autorização escrita e assinada pelos respectivos representantes legais”; no art. 73 *caput* essa autorização deve ser assinada “com firmas reconhecidas”; e no § 1º do art. 73 já não se fala em autorização expressa, donde se conclui que pode ser verbal. Por isso, nesse último caso, confessa-se a irrelevância do ato como crime, bem como o seu irrazoável excesso.

“§ 2º — A violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 a 3 anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores.”

Desceu aí o legislador à categoria de acadêmico pouco atencioso ao advertir desnecessariamente que “a violação de qualquer dos disposi-

tivos constituirá crime de ação pública"... violando, êle sim, o critério adotado pelo art. 102 do Código Penal vigente e acolhido pelo legislador de 70 no dispositivo de número idêntico que declara:

"A ação penal é pública, salvo quando a lei, expressamente, a declara privativa do ofendido."

Por fim comete a suprema profanação histórica em pleno final de século XX, ao violar o princípio universal da "nulla poena sine culpa", instituindo a odiosa e renegada responsabilidade objetiva que constitui para uma civilização contemporânea que se preze, excrescência jurídico-penal. Faz "recair a responsabilidade, quando se tratar de pessoas jurídicas, em todos os seus diretores". A presunção absoluta dispensa a indagação sobre a culpabilidade. Fulmina-se, assim, o prescrito, como princípio, nos arts. 19, 11 e 15, parágrafo único do Cód. Penal (princípio da reserva legal e relação de causalidade objetiva e subjetiva).

"Art. 74 — Quem colocar no mercado ações de sociedade anônima ou cautelas que a representem, falsas ou falsificadas, responderá por delito de ação pública, e será punido com pena de 1 a 4 anos de reclusão."

As expressões **falsas** ou **falsificadas** identificam a falsidade material e a falsidade ideológica, previstas no Código Penal como crimes contra a fé pública. A ação incriminada neste artigo era a de colocar no mercado ações de sociedade anônima ou cautelas que as representem, falsas ou falsificadas. Ora, isto é senão o fato previsto pelo Código Penal no art. 304 que capitula o crime do uso de documento falso. Trata-se de crime de perigo, bastando-se, para sua consumação, o oferecimento, no mercado, das ações ou cautelas.

Com o advento da revisão do Anteprojeto Hungria, o eminente Prof. Heleno Fragoso propôs para a nova legislação a revogação das disposições criticadas e a inclusão da seguinte definição:

"Fabricar, colocando-as no mercado ou distribuindo-as, ações de sociedades anônimas, ou cautelas que as representem, sem autorização de quem de direito."

Conquanto superior, a fórmula apresentada, todavia, não recebeu a acolhida esperada entendendo a comissão revisora excluir a parte relativa à responsabilidade objetiva evitando, pelo menos, o desastre histórico, com o retrocesso do Direito Penal no tempo, bem como erros mais grosseiros de apreciação e de redação, embora, definitivamente, não tenha ficado passível de severa crítica.

O art. 191 exige autorização escrita e assinada pela representação legal da sociedade, com firma reconhecida, para a exclusão da anti-juridicidade. Seu item I se satisfaz com a simples autorização verbal. Conservou o excesso da incriminação dos atos preparatórios de propaganda. Seu item II, para escapar do **falsum**, já capitulado em continente jurídico próprio (art. 340 — uso de documento falso), inseriu a fórmula da "fabricação irregular" harmonizada com a quota marginal que designa **nomen iuris** novo: "títulos irregulares".

**REDAÇÃO DADA AOS DISPOSITIVOS PENAIS CONTIDOS  
NA LEI Nº 4.595, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1964**

O art. 192 — que veda a autorização de empréstimos a dirigente da própria instituição financeira — reformula, em melhor redação, o art. 34 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que “dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, e dá outras providências”, do mesmo modo que o art. 193 que capitula a violação do sigilo de instituição financeira o fez em relação ao art. 38 e seu § 7º da mesma Lei citada.

Justiça seja feita, êsse diploma legal não padeceu da capitulação odiosa da responsabilidade penal objetiva que fez sucumbir o processo penal brasileiro na que regulou o Mercado de Capitais anteriormente comentada. Foi melhor neste ponto.

No § 1º do seu art. 34 sujeita à pena sòmente os responsáveis pela transgressão.

No § 8º do art. 44 pune com multa administrativa a quem criar embaraço ou sonegar documentos, papéis e livros de escrituração a funcionários credenciados do Banco Central no exercício da fiscalização, sem prejuízo de outras medidas e sanções cabíveis, onde pode ocorrer o concurso da infração administrativa com o crime de “sonegação de documento ou livro”.

Art. 193 — O legislador de 70 capitula a atuação abusiva de instituição financeira. Diz êle *in verbis*:

“**Art. 193** — Fazer atuar instituição financeira ou atuar individualmente como tal, sem expressa autorização da autoridade monetária competente.”

a) “Fazer atuar instituição financeira” — Parece-nos não ter sido feliz o emprêgo do verbo como dinamizador de instituição financeira. Instituição financeira “opera”. A redação mais condizente com as atividades da instituição financeira seria: “fazer operar”...

b) Instituição financeira — Já que estamos laborando em área penal, necessário se torna a concisão e previsão da linguagem e a indicação do conceito quando informa o texto legal.

O conceito da instituição financeira, encontramos-lo no art. 17 da Lei nº 4.595, de 31 dezembro de 1964. Ei-lo:

“**Art. 17** — Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, Intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

**Parágrafo único** — Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se a instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual."

Segundo a lei — cabe acrescentar — as instituições financeiras públicas e privadas integram, juntamente com o órgão executivo central, que é o Banco Central do Brasil, e o órgão deliberativo supremo, que é o Conselho Monetário Nacional, o sistema financeiro nacional, sendo as instituições financeiras órgãos auxiliares da política de crédito do Governo Federal.

Ai está, portanto, o conceito e a posição de instituições financeiras face à lei.

E, face à lei, veremos também quais são as instituições financeiras existentes no atual sistema financeiro nacional.

Dentre as instituições financeiras públicas se incluem o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, o Banco do Nordeste, o Banco Nacional da Habitação, o Banco da Amazônia e as Caixas Econômicas.

O Banco do Brasil desempenha no sistema financeiro as funções especiais de instrumento de execução da política creditícia do Governo, de agente financeiro do Tesouro Nacional, de executor dos serviços de compensação e da política de comércio exterior, além de exercer as atividades bancárias próprias de um estabelecimento oficial.

Dentre as instituições financeiras privadas estão compreendidos os bancos privados, as empresas de crédito, financiamento e investimento, as cooperativas de crédito, as companhias de seguros e capitalização, as sociedades corretoras, as distribuidoras, as de poupança e empréstimo, bem como as Bolsas de Valores. São equiparadas às instituições financeiras privadas as pessoas físicas que tenham como atividade principal a coleta, intermediação ou aplicação de recursos no Mercado de Capitais.

c) Autoridade monetária — Entende-se, pelo que informa a Lei número 4.595, no seu art. 8º, que é o Banco Central do Brasil a autoridade monetária referida no dispositivo analisado.

d) **Parágrafo único** — Face à equiparação às instituições financeiras das pessoas físicas que exerçam como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros, explicitada no parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595, redundante e inútil torna-se este parágrafo, já que o seu **caput** falou em instituição financeira. O que o legislador poderia fixar para maior clareza da interpretação seria um conceito como o fez, algumas vezes, o legislador de 40 (exemplo: funcionário público — art. 327 do Código Penal).

Não é demais o alerta aos legisladores para o acautelamento da imperiosa evolução que se processa na área econômico-financeira do País

e que se reflete inevitavelmente na redação das leis, pois o que imagina o economista há de ser dito por êle, legislador, assessorado imprescindivelmente do jurista, a fim de se evitar o caos irremediável na casa do Direito, e principalmente do Direito Penal, cujas precisão, clareza e harmonia com os princípios já estabelecidos devem se manifestar pacificamente diante da ameaça da sanção privativa da liberdade.

Recente trabalho publicado pela Bôlsa de Valôres, da lavra do ilustre e culto Dr. Nelson Cândido Motta, Consultor Jurídico da Bôlsa de Valôres do Rio de Janeiro, apresentado à III Reunião das Bôlsas e Mercados de Valôres da América, ao comentar os dois diplomas legais (a Lei nº 4.595 e a nº 4.728), anota com propriedade que elas "se ressentem, ambas, das mesmas imperfeições jurídicas" e comenta: "É que na história da institucionalização da política da moeda e do crédito e do mercado de capitais em nosso País as Leis n.ºs 4.595 e 4.728 marcam a hora e a vez dos economistas. A Revolução de 31 de março abriu-lhes as portas do Poder, e êles, comandados pelo Sr. Roberto Campos, invadiram e ocuparam — com sua pressa e sua pressão — as oficinas de elaboração legislativa. Essa escalada dos economistas às fontes do direito escrito, do ponto de vista técnico-jurídico, foi como uma incursão de macacos em casa de louças. As regras e os rigores que presidiam a elaboração dos textos legislativos foram substituídos pela improvisação e pela afoiteza com que os economistas se puseram a legislar. Para tentar implantar uma nova ordem nas relações econômicas, os economistas não vacilaram em abalar e comprometer algumas vêzes os alicerces da lógica jurídica."

Não quer isto dizer que o Direito carece de elementos e material humano capazes de atender a uma dinamização econômico-social mais volumosa e mais rápida oriunda de natural processo a que nenhum país de nosso mundo, contemporaneamente, se livrou, nem que êsse ritmo seja incompatível com qualquer regulamentação e tutelas adequadas. Apenas se observa que a necessidade do administrador ou do economista, bem como o dever do jurista no seu pronto atendimento, podem ajustar-se, sem prejuízo da conjuntura econômica que pede e do Direito que dá, para comporem o imenso ciclo social do Estado moderno, que faz girar perifêricamente a superestrutura jurídica em tórno da infraestrutura econômica.

Exemplo marcante de despreparo para legislar sôbre matéria penal em Economia é aquêle que nos dá a Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, que autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do Impôsto de Renda, e dá outras providências. Em seu art. 11 faz incluir entre os fatos constitutivos de apropriação indébita, definida no art. 168 do Código Penal, o não-recolhimento, dentro de 90 dias, a contar do término dos prazos legais, das importâncias do Impôsto de Renda, seus adicionais e empréstimos compulsórios, descontados pelas fontes pagadoras de rendimentos, bem como do valor do Impôsto de Consumo indevidamente creditado nos livros de registro de matérias-primas (modelos 21 e 21-A do Regulamento do Impôsto de Consumo), e deduzido de recolhimentos quinzenais, referente a notas fiscais que não correspondam a uma efetiva operação de compra e venda ou que tenham sido emitidas



em nome de firma ou sociedade inexistente ou fictícia; e, ainda, do valor do Imposto do Sêlo recebido de terceiros pelos estabelecimentos sujeitos ao regime de verba especial. No primeiro caso e no último ressalta evidente a impropriedade da equiparação do fato descrito ao crime de apropriação indébita já que aquele não assimila, de forma alguma, a figura desta última. O que ocorre na falta de recolhimento do devido à repartição fiscal é mora ou atraso que nada têm com o dolo no crime de apropriação indébita que se dirige contra o patrimônio, e não contra a posse no caso do fato descrito. No mesmo erro incide o artigo 86 da Lei nº 3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social) quando se refere ao não-recolhimento da contribuição devida à previdência social que o empregador desconta do empregado. Essas equiparações nada mais fazem do que extrair a responsabilidade criminal pelo ferrête da presunção legal.

No segundo caso, a equiparação estabelece, legalmente, *confusão manifesta e injustificável entre o crime de apropriação indébita que não existe, no caso, e o uso de documento falso, pois a nota fiscal que não corresponde a efetiva operação de compra e venda ou emitida em nome da firma inexistente ou fictícia representa um documento ideologicamente falso do qual se utiliza o comerciante para reduzir o montante do imposto de consumo a ser pago, conforme permissão legal. De todos os modos este dispositivo está revogado pelo item 2 do art. 1º da Lei nº 4.729 que, como observaremos mais adiante, também estaria previsto pelo crime de falsidade ideológica já previsto na legislação penal comum.*

No § 4º do mesmo artigo diz-se que quando a infração fôr cometida por sociedade, responderão por ela os seus diretores, administradores, gerentes ou empregados cuja responsabilidade no crime fôr apurada em processo regular. A observação é inteiramente desnecessária, pois é princípio de direito penal que responde pelo crime todo aquele cuja responsabilidade fôr apurada em processo regular, sem o que não se poderá declarar nem autoria, nem responsabilidade, nem culpabilidade, nem penação. A menos que tal legislador parta do princípio vedado da responsabilidade objetiva, a regra, aqui, passaria a ser exceção.

Mas, conquanto pareçam graves tais violações aos cofres públicos, até o ponto da legislação capitular contra elas dispositivos penais que chegam, às vészes, a excessos desnecessários, ocorre no seu próprio foral o desconcertante esvaziamento da ameaça e da repressão. Extingue-se a punibilidade (§ 1º do art. 11) se o contribuinte, ou fonte retentora, recolher os débitos previstos antes da decisão administrativa de primeira instância no respectivo processo fiscal, bem como pela existência (§ 2º do art. 11), à data da apuração da falta, de crédito do infrator, perante a Fazenda Nacional, autarquias federais e sociedades de economia mista em que a União seja majoritária, de importância superior aos tributos não recolhidos, excetuados os créditos restituíveis nos termos da Lei nº 4.155, de 28-9-62. No primeiro caso temos a ablação, como bem nota Heleno Fragoso em seu bem lançado *opúsculo* "O Novo Direito Penal Tributário e Econômico", só pode ser causa de extinção de punibilidade não só quando se opera antes do início da ação fiscal, mas quando se tratar de infrações leves, não punidas com pena privativa de liberdade. No

segundo caso, extingue-se a punibilidade, em qualquer tempo, pela compensação, ignorando-se, cabalmente, os fundamentos da tutela e repressão penais, valendo dizer que, no caso, dever do contribuinte para com a repartição fiscal nada tem a ver com qualquer dívida que o Estado possa ter com êle. Não há que se chamar à colação o caso do peculato culposo, pois, aqui, trata-se de crime doloso! E, por último, ainda se obsta o procedimento judicial, exigindo-se que (§ 3º do art. 11) a ação penal só possa ser iniciada por representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a existência de crime, logo após a decisão final condenatória proferida na esfera administrativa. Cala fundo a indagação: por que a representação da Procuradoria da República, se nada impediria e tudo aconselharia a ação penal pública independente de condições de procedibilidade? Inexplicável.

O art. 2º do Decreto-lei nº 326, de 8 de maio de 1967, que "dispõe sobre o recolhimento do imposto sobre produtos industrializados, e dá outras providências", contém disparates não menos insinuantes. Além de assimilar, erroneamente, o fato descrito à apropriação indébita, capitula a responsabilidade objetiva e obriga a propositura da ação penal à mesma condição de procedibilidade injustificável a que já nos referimos anteriormente. Diz êle, *in literis*: "A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de 1ª instância."

#### LEI Nº 4.729, DE 14 DE JULHO DE 1965

O nosso legislador de 70 capitulou o crime de fraude contra o fisco no art. 376 entre aqueles praticados por particular contra a Administração em geral, ao tutelar o bem jurídico "Administração Pública". Fê-lo melhor do que a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Sua redação é a mesma do projeto Hungria, conservada na sua integridade. Conceituou o crime de sonegação fiscal, abandonando a perigosa enumeração casuística da lei vigente aludida, ampliando sua dinâmica para o aplicador da lei, rompendo o condicionamento de arcaico critério legislativo.

Inicialmente, vamos comentar os dispositivos da vigente Lei nº 4.729, que começa por propor definir o crime de sonegação fiscal, acabando por nem conceituá-lo, mas tão-somente especificar as hipóteses que considera configurar o crime de sonegação fiscal, alertando mesmo no seu art. 3º somente constituírem o crime aludido os atos ali definidos.

Tais hipóteses são incriminadas nos quatro itens do seu art. 1º e são as seguintes:

"1 — prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, declaração que deva ser produzida a agentes da autoridade.

II — inserir elementos *inexatos* ou omitir rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais.

III — alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis.

IV — fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as.”

O elemento subjetivo que a lei exige para a configuração do crime é o dolo específico, isto é, o ato concreto deve dirigir-se para o fim inscrito no mandamento legal qual seja a intenção de eximir-se total ou parcialmente do pagamento de tributos. A especificidade do dolo aqui exigida — sem a qual o crime não se configura —, não guarda terminologia uniforme entre os diversos itens capitulados, embora, todos queiram expressar o mesmo fim: eximir-se o autor, total ou parcialmente, ao pagamento do tributo devido à Fazenda Pública. Note-se que a sanção penal decorre do crime de fraude e não da dívida fiscal. O fato de deixar de pagar o impôsto não é gerador do delito. A “declaração” versa sobre valores ou fatos.

Imprópria é a incriminação da falsa declaração de bens como soneração fiscal, pois, não sendo a propriedade tributada, essa falsa declaração não se dirige a sonegar o fisco e, dêsse modo, não pode constituir o crime.

O inciso II já estava abrangido pelo crime de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal). De todos os modos, a atividade do agente, segundo o desejo do legislador, desviou-se da Fé Pública para a Administração Pública, com a prevalência do elemento subjetivo que exige a especificidade do dolo sobre o **FALSUM** do elemento objetivo.

A falta de emissão da nota fiscal, pelo comerciante, concretiza a hipótese, na sua forma omissiva.

O inciso III refere-se à atividade dos comerciantes que alteram faturas ou documentos pertinentes às operações mercantis.

É bom lembrar que a duplicata que não corresponda a uma venda efetiva de mercadorias é simulada e constitui o crime contra o Patrimônio, do art. 172 do diploma penal vigente.

O item IV diz respeito à terceira pessoa que fornece documento gratuito para beneficiar, *fraudulentamente*, o contribuinte contra o Fisco na sua declaração de renda. O contribuinte praticaria o crime do inciso I ou II ao usar o documento. Todavia, diga-se, que o fato está previsto no Código Penal como falsidade ideológica e uso de documento falso, respectivamente, e que, inclusive, no caso do **falsum** ideológico, também se consigna o dolo específico.

Já nos referimos à impropriedade de se prever extinção de punibilidade pela ablação (art. 2º do Decreto comentado), como o fazem a maioria dos autores. Todavia, o que ocorreu com a Lei nº 4.729, em matéria de afrouxamento da repressão legal à sonegação do fisco, é mais grave quando se coteja o dispositivo que extingue a punibilidade do crime pela ablação (art. 2º) com o dispositivo que obriga a substituição da pena privativa de liberdade (detenção) pela pena de multa, quando se tratar de criminoso primário.

Ora, o conceito penal de reincidência exige condenação anterior, não abrangendo, no caso, a reincidência em ilícito administrativo, justamente a que mais interessa para o caso do agente de crime fiscal. Mas, como o legislador falou de "criminoso primário", o reincidente em ilícito administrativo fiscal não é reincidente para efeito penal. Isto redundaria no seguinte absurdo: todo o crime consumado contra a Fazenda Pública só provoca efetiva repressão por parte da lei penal se o agente não promover o recolhimento do tributo devido antes do início da ação fiscal na esfera administrativa ou, ainda que não o faça, desde que não seja criminoso reincidente. Se o legislador quisesse ser mais liberal, o máximo que se poderia permitir seria adotar a fórmula que o Código Penal de 40 adotou para determinados casos de crimes contra o patrimônio, em que se deu ao Juiz a faculdade de substituir pena de prisão pela pena de multa, em se tratando de criminoso primário e de pequeno valor o objeto do crime. Todavia, em verdade, o que levou o legislador da Lei nº 4.729 a evitar a pena depois do crime, sem dúvida, foi o interesse em fazer com que a Fazenda Pública recebesse o que lhe era devido, muito maior, para ele, do que o interesse de resguardar a inexorabilidade da sanção penal, pois, no caso, a inexorabilidade do pagamento devido e não a da pena ameaçada é que foi o escopo. Aí é que se diverge.

O administrador quer receber do contribuinte o devido. Mesmo que coloque o Direito Penal como cobrador. Para o jurista isto é imoral.

O § 2º do art. 1º diz respeito ao funcionário que, valendo-se da sua função, frauda o recolhimento que deve como particular, na primeira hipótese e na segunda, também ao funcionário que concorre conscientemente, em razão da função, para a sonegação fiscal de terceira pessoa, exasperando a pena, em ambos os casos.

Nesta última hipótese pode haver concurso formal com o crime de corrupção passiva (317) ou com o de prevaricação (319), caso o ato do funcionário seja circunstanciado pelo recebimento de vantagem ou "para satisfazer interesse ou sentimento pessoal", respectivamente.

No parágrafo único do art. 2º, comete o legislador mais uma das tantas heresias costumeiras. Transcrevêmo-lo *in literis*:

"não será punida com as penas cominadas nos arts. 1º e 6º a sonegação fiscal anterior à vigência desta Lei."

Mais uma vez está demonstrado o desconhecimento cabal do legislador quanto aos princípios que informam o Direito Penal. Desconhece êle o art. 1.º do Código Penal, recentemente omitido em nossa última Carta Magna rompendo velha tradição.

Diz êle:

“Art. 1.º — Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

E o art. 10 arremata:

“As regras gerais dêste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial se esta não dispõe de modo diverso.”

### O CONTRABANDO E O DESCAMINHO

O Direito Penal só proclama, mas é insuficiente para defender os direitos alfandegários exigíveis e aludidos no descaminho, bem como a impedir a entrada e saída do território nacional, de mercadorias determinadas que as leis especificam como proibidas. O Brasil é um país difícil para a fiscalização do contrabando, com seus 8.000 quilômetros de costa e sua imensa linha de fronteira despovoada ainda na sua maior parte. A própria fiscalização, desaparelhada e insuficiente, não consegue pospor-se à evolução da criminalidade fiscal neste setor. O descaminho, na repartição aduaneira, é de mais fácil contenção, pois, depende quase que exclusivamente, da atenção, habilidade e perspicácia da autoridade fiscal que as adquire até por experiência. Mas se, mesmo aí, pode ocorrer a fraude, inclusive em concurso de delito com a própria autoridade, fora daí tudo pode acontecer.

É de se notar que, no contrabando, a mercadoria não é qualquer mercadoria, mas a proibida *in re ipsa*, ordenada pelo protecionismo da guerra aduaneira em defesa dos monopólios do Estado ou do seu interesse, pela retenção de metais preciosos, obras de arte ou antiguidades, pela defesa da saúde, da moralidade pública, da segurança do Estado ou dos indivíduos etc. Pondera bem o saudoso e grande Hungria contra o argumento de se considerar o contrabando ou descaminho simples infração administrativo-fiscal (Projeto Sá Pereira).

“Porque deixar-se de punir criminalmente um fato que é condição necessária, ato preparatório próximo ou tentativa de outros fatos incriminados como lesivos da incolumidade de relevantes bens jurídicos ou individuais?” (“Comentários” — vol. IX, página 431, Forense — 1958).

O legislador de 70 aproveitou integralmente o texto do Código vigente no tipo fundamental, com as alterações prescritas na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965.

No que aproveitou o legislador de 40, o legislador de 70 fê-lo bem. Lastimável foi aproveitar as alterações da Lei nº 4.729, sem depurá-las

das imperfeições flagrantes, perdendo excepcional oportunidade, principalmente em se tratando da elaboração de Código!

Depois de definir o descaminho como o fato de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou **pelo consumo de mercadoria**, e exigível na própria repartição aduaneira, o legislador incrimina na letra c do § 1º do art. 375 o fato de vender, expor a venda, manter em depósito ou, de qualquer forma, utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem.

Ora, no caso em tela, aquele que praticou o descaminho, pelo fato de vender, expor à venda, manter em depósito ou utilizar a mercadoria desviada, não está fazendo mais do que levar a cabo o próprio crime de descaminho não havendo nisso nada a punir face a definição do crime de descaminho que ele já praticou segundo o **caput** do artigo. O que o legislador impôs ao que descaminhou, aqui, foi uma nova punição pelo mesmo fato que se consumou com o descaminho e se exauriu com a vantagem.

Por outro lado, no caso de terceiro que, sabendo ser a mercadoria produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta, a vende, expõe à venda, etc., ocorre o crime de receptação e não descaminho por assimilação.

Na letra d do § 1º do mesmo art. 375 o legislador incrimina como fato assimilado ao descaminho (estamos falando de descaminho porque o legislador não se referiu à "mercadoria", logo, não se trata de contrabando) adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

No caso da mercadoria ser desacompanhada de documentação legal o legislador, para a responsabilidade penal deveria exigir o dolo direto, excluindo o eventual, fazendo que só fôsse legítima a imputação se o agente tivesse ciência de que aquela mercadoria era de procedência estrangeira. Do contrário, como ficou redigido, a simples ausência da documentação legal presume a existência do crime, ainda que não tenha havido crime.

De resto, trata-se mais uma vez de receptação e não passa de redobrado absurdo que fato capitulado como receptação possa, no mesmo diploma legal, ser considerado como assimilado a outro crime.

Podemos afirmar que estas são as áreas mais movediças do Direito — as que se ensaiam em nossos tempos como econômica, financeira e fiscal ou tributária. Não pode o legislador prescindir do jurista na redação dos textos, nem do sociólogo na elaboração do preceito. Antes disso, depois disso, mas com isso, todos os homens podem ser ouvidos. Se não

quisermos o caos legislativo e conseqüentemente o desastre jurídico dos forais sancionados, haveremos de atender sãbiamente à depuração dos primeiros repentes administrativos. Se êste último necessita, os outros hão de se reunir. Se êste último necessita urgentemente, ainda assim, os outros hão de se reunir. A lei mal feita é o pior dos males, porque, sem condições para se impor por mais tempo é desrespeitada e acaba por desmoralizar todo o corpo jurídico a que pertence. O Direito através dos Tribunais, é bom lembrar, vive da Fé Pública, da segurança que oferece a quem se dirige e do reflexo de confiança que lhe tributa cada um. Vale a assertiva de Jean Cruet em "O Declínio do Direito": A lei vale muito mais como um acôrdo do que ficou assentado entre todos, do que como uma imposição unilateral do Estado. O Direito não cria — expressa.

Essa criminalidade que se movimenta no contexto econômico-financeiro, como dizia Ferri, é evolutiva. Contra ela só são importantes os Códigos se a infra-estrutura de uma política de prevenção racional e global e repressão enérgica e poderosa (pelo menos tanto quanto ela) se fizer presente. É aí que vamos encontrar, ao lado da criminalidade de beira-mar, as terminais da super, hiper, alta criminalidade de que nos fala Mestre Lyra, em sua pequena e criadora "Criminologia". É preciso combatê-la sem fazer parte dela.

Exatamente porisso não temos o que opor ao art. 9º da Lei nº 4.729 que reza:

*"O lançamento ex officio relativo às declarações de rendimentos, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando os rendimentos, com base na renda presumida, através da utilização dos sinais exteriores de riqueza que evidenciem a renda auferida ou consumida pelo contribuinte."*

Muito mais quando o art. 50 da Lei nº 4.862 insere um parágrafo único ao texto citado que visa defender o contribuinte dos fiscais arbitrários. Transcrevemo-lo:

*"O servidor, que de má fé, ou sem suficientes elementos de comprovação, promover lançamento de impôsto indevido será passível de demissão, sem prejuízo da responsabilidade criminal."*

Como é óbvio, a responsabilidade criminal recai sôbre o crime de prevaricação ou excesso de exação.

A legislação da maioria dos países permite a utilização de sinais exteriores de riqueza para impugnação de declaração de rendimentos e para arbitramento da renda tributável dos contribuintes. Trata-se de instrumento fiscal que, cuidadosamente manejado, pode se constituir em arma eficiente para combater a fraude e a sonegação de tributos. A fim de se evitar o arbítrio por parte dos agentes do fisco na avaliação dos rendimentos tributáveis com base nos sinais exteriores de riqueza, esta-

belece-se competir ao Conselho Nacional de Economia a aprovação anual dos valores atribuídos aos sinais exteriores assim como dos coeficientes a serem aplicados a esses valores para arbitramento da renda tributável. É este, sem dúvida, recurso legítimo de controle.

Nossa crítica recai quando o legislador, nas suas criações ideais, se distancia da realidade, perdendo-se nas imensas solidões normativas, quase sempre pela ausência do radar do sociólogo.

Como exemplos típicos dessa surdez e cegueira legislativas, cite-se o desafio do jogo clandestino — que é clandestino exclusivamente porque não foi regulamentado, porque é simples e formalmente declarado ilegal, esvaziados seus fundamentos morais pela discriminação arbitrária de “um pode, outro não”. Não pode porque não pode!

Mas, não pode porque não pode, NÃO PODE.

Acaba-se por se proteger, ingênua ou maliciosamente, incríveis, vultosos e escusos interesses de grupos contra toda a nação, em nome de uma moral não reformulada que abrumou até o conservador de hoje, que pode ser conservador sem ser, necessariamente, um tolo.

Aí está. O aborto é crime. Mas a indústria do aborto é uma indústria. É incontrolável... porque fora de registro.

O tráfico de entorpecentes é crime, mas ele é uma indústria.

O contrabando e o descaminho são crimes, mas determinadas mercadorias são tributadas de modo a instigá-los, e o protecionismo ditado pela política aduaneira, muita vez, transborda um monopólio abusivo de lucros descontrolados impondo mercadorias de difícil acesso econômico e qualidade inferior que, por isso mesmo, não pode ser considerada similar de nenhuma outra.

Casa de prostituição é crime, mas elas existem desafiando, não os costumes, mas a Lei.

Entre o ato típico, como hipótese legal e o fato concreto, deve, em certos casos, mediar um acordo restaurador das lesões para que os Juizes, ante o mandamento impostergável, possam decidir com energia sem o perigo de se tornarem injustos.

De tudo o que foi dito, acrescente-se isso: a Legislação criticada possui um mérito. O de pretender coibir as contínuas sangrias das finanças públicas e regular com pretensa energia as atividades da economia nacional. Fê-lo mal. Mas há de melhorar.

Senhores a quem tenho a honra de me dirigir: obrigado, muito obrigado pela paciência e atenção com que me ouviram.