

## FLUXOS DE CADEIA OU DE CAIXA

### O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVO-FISCAL COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A AÇÃO PENAL.

**EDSON VIDIGAL**

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça;  
Professor de Direito Penal na Universidade  
de Brasília.*

A idéia de que o direito penal não é a solução mais inteligente para os problemas de caixa do Governo vem se impondo, felizmente, à compreensão das mentes que decidem.

Prova disto é a Lei nº 9.430/196:

*“Art. 83. 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 do 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente.*

*Parágrafo Único As disposições contidas no caput do Art 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos policiais e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo Juiz”*

Não se trata, a toda evidência, de cerceamento da ação institucional do Ministério Público. O que a lei restringe é a ação da repartição fazendária, proibida agora, - como esteve quando da vigência da Lei nº 4.357/64, Art. 11, § 3º, - de

remeter papéis, para fins de denúncia, ao Ministério Público, enquanto não se concluir, no processo administrativo, sobre a existência ou não da obrigação tributária.

Isto é, o crime, em tese, contra a ordem tributária, somente despontará, em princípio, configurado ao término do procedimento administrativo. Um simples auto de infração, sendo resultante quase sempre de apressadas e tensas inspeções não é mais um o instrumento com potencialidade indiciária, suficiente, para instruir uma denúncia criminal.

Portanto, não há nenhuma inconstitucionalidade nisto. Ocorre Inconstitucionalidade quando a lei, em seus requisitos formais e materiais, não encontra adequação com a Constituição; ou seja, quando a sua proposição soa esquisito e colide com a harmonia que resume em si o corpo e o espírito da Constituição.

Ora, esta Lei nº 9.430/96, Art. 83 e seu parágrafo único, não apenas melhora as coisas para o Ministério Público na medida em que, prudentemente, reduz o fluxo de representações para fins penais nem sempre consistentes, sem provas suficientes, como tem ocorrido muitas vezes, como também melhora quanto à afirmação de um sagrado direito constitucional - o da presunção da inocência.

Nenhuma ação de qualquer agente público pode prescindir da eficácia. Não agir com eficácia é desperdiçar tempo no serviço público. E como quem paga a conta é sempre o contribuinte, não agir eficazmente é desperdiçar dinheiro público.

Muito equívoco imaginar que essa lei cerceia a ação institucional do Ministério Público. O que ela faz, muito ao contrário, é agregar à nobre ação institucional do Ministério Público um valor maior chamado eficácia, no sentido de praticidade e objetividade. Esta é a orientação imposta pelos desafios do Estado moderno. Sem este sentido de prática, de objetividade e de concisão, nas ações do poder público o Estado continuará lento e caro e os cidadãos cada vez mais reféns da burocracia.

Nenhuma dúvida, portanto.

A Lei nº 9.430/96, Art. 83, refere-se à representação fiscal para fins penais relativamente aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Diz que a **representação fiscal, para fins penais, será encaminhada ao Ministério Público, após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do débito tributário correspondente.**

Não quer isto dizer que, diante dos papéis requisitados ou do relatório do inquérito policial, tenha o Ministério Público que, obrigatoriamente, oferecer denúncia.

**Representação fiscal, para fins penais**, não pode ser entendida, à luz do Direito Processual Penal, como simples comunicação do fisco, apenas uma notícia-

crime para o Ministério Público proceder conforme achar melhor. **Representação fiscal, para fins penais**, há que ser entendida como condição de procedibilidade, sim. A expressão –**representação fiscal, para fins penais**– reveste-se de condição técnica, não cabendo outra leitura, senão a que apreenda o seu sentido técnico<sup>1</sup>.

A determinação de se exaurir antes a via administrativa, digo eu, para só depois se acionar a instância judicial-criminal já constou de lei mais antiga, no caso a Lei nº 4.357/64, em seu:

“Art. 11

.....  
 § 3º Nos casos previstos neste artigo, a ação penal  
 será iniciada por meio de representação da Procuradoria

- 
1. Conforme anota o Professor David Teixeira de Azevedo, da Universidade de São Paulo:  
 “Considerar que a representação aludida no dispositivo significa, tão só mera comunicação ao Ministério Público da existência do ilícito tributário, mas não o exercício de uma potestade jurídica, condição do exercício da ação penal, e que este último poderá *sponte própria* iniciar o procedimento investigatório, preliminar e apresentar subsequente denúncia, é votar o dispositivo à ociosidade, tornando absolutamente supérflua a norma. E também instituir a lei um jogo de esconde-esconde: a autoridade tributária omitiria do titular da ação penal a existência de ilícito tributário até julgamento final do processo administrativo. Se o titular da ação penal, por esperteza, porventura vier a descobrir o ilícito tributário, nada estaria a lhe impedir a burla da norma: condiciona-se a ação penal à representação; todavia nada impediria a mera comunicação, esta sim suficiente para início da *persecutio criminis!!!* Seria, assim, absolutamente inócuo o dispositivo, porque, com a comunicação ou sem ela, o titular da *persecutio criminis* poderá desencadear o procedimento penal. Mais que ociosa, ainda, tal norma, por não haver razão jurídica para disciplinar em lei ordinária a mera comunicação da infração tributária ao Ministério Público. Este, com ou sem comunicação, o Ministério Público poderá avaliar, sempre e sempre, a conveniência e a correção de apresentar-se à acusação penal.  
 Se a lei impede a comunicação, chegando a instituir a representação, é por não desejar a instauração da ação penal senão depois de verificada, em definitivo, no processo administrativo, a exigência fiscal do crédito tributário. E, se assim é, evidentemente a finalidade foi criar uma condição de procedibilidade para a ação penal, cujo início não poderá ocorrer senão por decisão administrativa. Somente desta forma se tem uma compreensão estrutural da legislação relativa ao relacionamento Fisco-Contribuinte, realizando-se um trabalho “constutivo de natureza axiológica, não só por se captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque (...) a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa” Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, S. Paulo, Saraiva, 1991, pág. 287). Esse caminho hermenêutico que, a um só tempo, prestigia a literalidade do dispositivo e a teleologia da norma, que colhe a intencionalidade do legislador e a finalidade da lei, põe-se na linha do que Recansens Siches denomina “lógica do razoável e do humano” modelo exegético, segundo ele, conciliador e superador de todos os métodos de interpretação legislativa. (RT 739, maio e 1997, págs. 477/78).

*da República, à qual a autoridade julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do eito, destinadas a comprovar a existência de crime; logo após a decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.”*

No ano seguinte, em 14 de julho, surgiu a Lei nº 4.729/65 definindo os crimes de sonegação fiscal. Foi o silêncio dessa lei quanto ao esgotamento da via administrativa antes das providências para fins criminais que levou o Supremo Tribunal Federal à Súmula 609 na qual prescreve que “e pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.

Com a Lei nº 8.137/90 sumiram os crimes de sonegação fiscal e surgiram os crimes contra a ordem tributária, crimes de dano.<sup>2</sup>

É importante não perder de vista essa distinção entre crimes de mera conduta e crimes de dano por causa de suas repercussões intensas no sistema jurídico-penal.

Ou seja, a supressão ou redução de tributos, por exemplo, de que trata a Lei nº 8.137/90, somente se realiza com o proveito do agente, com a obtenção do resultado. Ora, isto depende de aferição do setor fazendário, na via administrativa. Só na conclusão do processo administrativo, assegurada a ampla defesa ao acusado, é que se poderá falar, em regra, em lesão à ordem tributária, mediante a supressão ou redução de tributos.

Repetir que as instâncias administrativa e penal são distintas, não muda nada. Não se confundem mesmo. Isto foi imaginado para impedir que a demora excessiva do processo administrativo resultasse, ao final, em prescrição da pretensão punitiva, livrando das sanções penais, cabíveis quem resultasse condenado por sonegação, na via administrativa.

---

2. Numa análise comparativa entre os dois diplomas legais, Aristides Junqueira Alvarenga, então Procurador-Geral da República, anotou que “todos os tipos penais definidos na Lei nº 4.729/65 foram objeto de novo tratamento pela Lei nº 8.137/90, a autorizar conclusão de que a Lei nº 4.729/65 foi revogada pela Lei nº 8.137/90 restando daquela apenas o artigo que deu nova redação aos §§ do Art. 334 do CP, concernente aos crimes de contratando ou descaminho.

Assim, enquanto os chamados crimes de sonegação fiscal definidos pela Lei nº 4.729/65 configuravam crimes de mera conduta, os da Lei nº 8.137/90 configuram crimes de dano, “eis que o resultado danoso se realiza posteriormente à conduta do agente, conduta essa que constitui simples meio”. (“Crimes Contra a ordem Tributária”, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1995, Pag.52.