

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PARA OS CRIMES FISCAIS NA PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL

Kamilla Fernandes Cordeiro¹

Hilderline Câmara de Oliveira²

Fillipe Azevedo Rodrigues³

Resumo: O artigo investiga sobre a aplicação do princípio da igualdade aos crimes contra o patrimônio de maneira assimétrica aos crimes fiscais ou contra a ordem tributária. Explica os benefícios concedidos pelo legislador aplicados a tais crimes, bem como sua forma de aplicação. Durante a investigação, o estudo faz referência à Teoria do Direito Penal do Inimigo de Gunter Jakobs, observando seu enquadramento no ordenamento jurídico-penal atual. Adentra aos direitos fundamentais, em especial o direito à Igualdade. Foi realizada uma revisão bibliográfica, com base em artigos científicos, trazendo como base a noção do Contrato Social, Teoria dos contratualistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, na realidade das relações jurídicas dentro do direito penal. No mais, conclui-se, pela aplicação de pena tanto na esfera penal econômica quanto na esfera penal patrimonial, orientada pelo princípio da igualdade, aplicando-se o benefício do arrependimento posterior de maneira

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Potiguar, Natal – RN.

² Doutora em Ciências Sociais/UFRN, Professora Do curso de Direito e do Mestrado em Psicologia Organizacional e do Trabalho da Universidade Potiguar, Natal – RN.

³ Professor e Advogado, inscrito na OAB – RN, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Líder do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais da Universidade Potiguar e Investigador do Instituto Jurídico Portucalense da Universidade Portucalense (UPT), no Grupo de Investigação Capital, Labour, Tax and Trade.

igualitária.

Palavras-Chave: Crimes Patrimoniais. Crimes Fiscais. Direito penal.

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY FOR TAX CRIMES IN THE PERSPECTIVE OF CRIMINAL LAW

Abstract: The article investigates the application of the equality principle to the crimes against the patrimony in an asymmetric manner comparing to the fiscal crimes or against the tributary order. Explain the benefits granted by the policy maker applied to these crimes, as well as its way of application. During the investigation, the study refers to The Theory of Enemy Criminal Law from Gunter Jakobs, observing its framework in the actual criminal-judicial planning. Enters the fundamental rights, in special the right to equality. A literature review was conducted, based on scientific articles, supporting the notion of the Social Contract, theory of the contractualists Thomas Hobbes, John Locke and Jean-Jacques Rousseau, into the reality of the juridical relationships into the criminal law. Therefore, concludes for the application of punishment both in economic criminal and patrimonial criminal spheres, oriented by the equality principle, applying the benefit of posterior repentance in an egalitarian manner.

Keywords: Patrimonial crimes. Economic crimes. Equality. Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO



objetivo primordial do ordenamento jurídico brasileiro é a proteção do ser humano. Nesse interim, a Constituição Federal inicial à proteção dos direitos fundamentais,

transparecendo a necessidade de igualdade entre todos, como se pode inferir do art. 5º, caput, da CF/88. No direito penal, o princípio tem função ainda mais importante, porque busca-se apenas a paridade entre os seres, mas justamente o combate a disparidade de julgamentos ou seletividade entre os agentes.

Sabendo que o direito penal impõe suas regras e sanções às condutas típicas para que o agente domado pela ideia do crime, não o faça por temor à severa restrição posta pelo ordenamento criminal. Nesse sentido, o legislador criminalizou condutas em proteção ao patrimônio privado, bem como ao patrimônio público/coletivo. Contudo, ainda dentro do objetivo da sanção penal, impõe-se a ideia do instituto do arrependimento posterior como benesse àquele que por ato voluntário se arrepende e age de maneira contrária à conduta inicial, corroborando a ideia de que o agente que por si só passa a ter consciência do erro de sua atitude merece ser beneficiado de maneira proporcional pelo direito penal.

Todavia, observou-se que aos crimes fiscais ou contra a ordem tributária, os benefícios ultrapassam o objetivo penal, e através da extinção da punibilidade, estes agentes ficam isentos de pena em algumas situações legitimadas pelo legislador. Isto posto, cabe analisar à aplicação do princípio maior da Constituição, à Igualdade, a estas tipificações, e as consequências de sua desigualdade.

Diante desse contexto, a pesquisa tem como questão problema a discrepância quanto à aplicação do direito penal entre os crimes fiscais ou contra a ordem tributária e os crimes patrimoniais, em especial, os crimes de furto e estelionato.

Para atender a questão problema, foi necessário delimitar os objetivos propondo-se a analisar se o princípio da igualdade atinge seu propósito final, que é o tratamento igualitário para todos, dentro do ramo do direito penal, com ênfase nos crimes patrimoniais e crimes fiscais ou contra a ordem tributária, defendendo a inconstitucionalidade da extinção da punibilidade

somente aos crimes fiscais, e adotando o cumprimento de pena, com possível aplicação somente do instituto do arrependimento posterior se for o caso à ambos os tipos penais.

O artigo foi baseado exclusivamente na pesquisa bibliográfica, tendo em vista que esse tipo de pesquisa “é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” (GIL, 2002, p. 44), bem como reveste-se de várias etapas até sua conclusão, como levantamento bibliográfico preliminar, formulação da questão problema, leitura das fontes bibliográfica (livros, publicações periódicas, impressos etc) e a redação do texto.

Este artigo foi subdividido em seções estruturadas visando uma progressão de leitura a gerar reflexões sobre o tema proposto, em busca de uma análise crítica sobre o problema tratado.

2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE AO DIREITO PENAL

A transferência de Estado Absolutista para Estado Liberal provocou mudanças profundas no ordenamento jurídico e na maneira de encarar os direitos e deveres dos cidadãos. Nessa época, buscava-se a limitação do poder do Estado, reintegrando o poder à sociedade, e a autonomia individual, em decorrência disso “passam a ser reconhecidos os direitos individuais de liberdade, igualdade e propriedade, em meio a muitos outros cuja função também é a limitação do poder estatal sob o domínio privado” (RODRIGUES, 2014, p. 13).

Em virtude dessa concepção de estado liberal, observou-se a ampliação de atuação do Poder Judiciário. Esta ampliação dar-se-á especificamente como um “alargamento” do poder de decisão coerente com o contexto sócio-político-econômico. Como causa desse fenômeno, fundamenta-se que os conflitos sociais existentes em uma sociedade pluralista e complexa,

pautados no regime democrático, são inconstantes e facilmente variáveis com o desenvolvimento desta.

O surgimento dessa transformação do Poder Judiciário, como dito baseou-se na ideia de neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, que no Brasil surge com a constituição de 1988. Pautado na Constituição Federal, a jurisprudência assume papel de “legislador atípico” na medida em que cria novas regulamentações à casos específicos, muitos ainda nem observados em matéria legal. Isto significa dizer que “a ascensão do neoconstitucionalismo evidenciou, ao longo da segunda metade do século passado, uma crise do positivismo jurídico, pois a lei deixa de ser a única, suprema e racional fonte do direito, para fixar novas orientações ou linhas de evolução” (BOTTINI, OLIVEIRA, PAPA e RIBEIRO, 2012, p. 149).

Nesse contexto, o novo constitucionalismo pode ser definido também como marco filosófico, ocorrido após o positivismo, com a centralização dos direitos fundamentais, e como marco teórico, devido as mudanças na força normativa da Carta de 1988, e com a expansão da jurisdição constitucional. (BARROSO, 2005, p.15). Ou seja, o Estado Social e Democrático de Direito, como novo paradigma constitucional, deu ênfase aos direitos fundamentais, onde os princípios constitucionais, tornam-se grifo de aplicação em todo o âmbito jurisdicional, devendo inclusive constituírem base para qualquer outra normatização.

O Princípio da Igualdade, por sua vez, passou a ser aplicado mais amplamente em todos os ramos do direito, principalmente o Direito Penal. O Estado Democrático de Direito passou a ter ênfase com a consciência de direitos iguais para todos, criando uma noção de que a lei é a mesma para proteger e para punir, à todos os que a ela obedecem. Este foi consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, caput, vejamos:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

(BRASIL, CF, 2014, p.8).

A interpretação deste princípio é uma das mais amplas, cabendo como igualdade formal e material, onde aquela revela um sentido de paridade perante a lei, e esta expressa um tratamento proporcional, na medida da situação em análise.

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei. (LENZA, 2010, p. 679).

Contudo, merece cuidado a análise material do princípio tela, devendo-se observar a razoabilidade junto à isonomia. As inúmeras desigualdades observadas atualmente na sociedade brasileira não generalizam a aplicação diversa da lei, pois “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos” (MELLO, 2002, p. 10). Portanto, na aplicação da norma penal deve ser – sempre – observado a proporcionalidade ao delito, de maneira igualitária à todos.

3 INSTITUTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR APLICADO AOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

No viés de aplicação da lei penal, existem alguns institutos benéficos ao agente, quando este segue em sentido contrário ao pretendido com o delito. Dentre eles, está o instituto do arrependimento posterior, estabelecido no Código Penal, art. 16º, responsável pela redução de um a dois terços da pena em que seria enquadrado o agente da conduta tipificada. Importante salientar que sua aplicação só ocorrerá se o crime for cometido sem violência ou grave ameaça, bem como se reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou queixa (BRASIL, CP, 2014, p.524).

O instituto do arrependimento posterior existe para conceder um benefício ao agente que, por ato voluntário, não só reconsidera o ato praticado, como também minimiza a conduta reparando o dano ou devolvendo a coisa.

Para concessão da minorante, deverá obrigatoriamente o executor obedecer à todos os requisitos que impõe o artigo supramencionado, uma vez que diante da não ocorrência de um deles, não há que se falar em direito concedido ao acusado, e não sendo o magistrado vinculado a concedê-lo. Segundo Bitencourt (2012, p. 705-706), os requisitos essenciais são:

- a) Crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa — A violência contra a coisa, como ocorre no crime de furto qualificado ou de dano, não exclui a minorante. b) Reparação do dano causado pelo crime ou restituição da coisa — A reparação do dano deve ser pessoal, completa e voluntária. A restituição também deve ser total. Se a restituição não for pessoal, completa e voluntária, constituirá somente circunstância atenuante genérica, a ser considerada no momento da aplicação da pena. Não é necessário que a reparação ou a restituição sejam espontâneas: basta que sejam voluntárias, podendo, pois, o agente ser convencido a reparar o dano ou restituir a coisa. No entanto, não ocorrerá o benefício se o agente for obrigado, de qualquer forma, a indenizar ou restituir o objeto material, mesmo que por sentença judicial. c) A reparação ou restituição devem ocorrer antes do recebimento da denúncia ou da queixa — Ocorrendo a reparação ou a restituição após o recebimento da denúncia ou da queixa, funcionará apenas como atenuante genérica.

Contudo, entende-se por obrigatório a concessão do benefício se observados todos os requisitos, de acordo com o art. 15º da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

O Projeto mantém a obrigatoriedade de redução de pena, na tentativa (art. 14, parágrafo único), e cria a figura do arrependimento posterior à consumação do crime como causa igualmente obrigatória de redução de pena. Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos

“sem violência ou grave ameaça à pessoa” (BRASIL, CP, 2014, p.500)

Dessa forma, os crimes mais contemplados com esta benesse são os denominados Crimes contra o patrimônio, elencados no Título II do Código Penal, onde para em específico, dar-se-á maior ênfase aos crimes de furto e o estelionato, uma vez que ambos não envolvem a prática de violência ou grave ameaça.

O furto⁴, artigo 155, CP, bem como o Estelionato⁵, artigo 171 do mesmo dispositivo, são crimes sem o acometimento de violência à vítima, seja ela psicológica ou física, onde o objetivo é exclusivamente patrimonial. Esses crimes possuem pena quantitativamente parecidas, sendo ao furto, máximo arbitrado em 4 anos de reclusão e ao estelionato, pena de reclusão máxima em 5 anos.

Entretanto, na concepção de Almeida (2012, p. 38), há um paradoxo diante da análise comparativa dos crimes acima citados com outros elencados no Código Penal, uma vez que, apesar de aqueles não constituírem crimes os quais possam ser considerados extremamente graves, observa-se uma maior atenção do legislador aos crimes patrimoniais individuais, em detrimento de outros dispositivos, inclusive até mesmo sobre crimes Contra a Pessoa, uma vez que, conforme leciona a mesma:

As penas do furto e da apropriação indébita simples, de um a quatro anos de reclusão e multa, sem olvidar a pena do

⁴ Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. § 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico. (BRASIL, CP, 2014, p. 541)

⁵ Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. § 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º. (BRASIL, CP, 2014, p. 544)

estelionato, de um a cinco anos de reclusão e multa, são superiores e mais graves do que as sanções cominadas ao crime de exposição ou abandono de recém-nascido, até mesmo quando lhe resulte lesão corporal de natureza grave: detenção de um a três anos! (ALMEIDA, 2012, p. 38).

A “hipervalorização” atribuída aos crimes contra o patrimônio em detrimento de outros crimes, permanecendo na ideia de Almeida (2012, p. 40), pode ser explicada pela tendência que pairava em tempos antigos - há época do Código Penal, 1940 – de usar o Direito Penal como instrumento sancionatório de relações civis.

Contudo, a noção hodierna utilizar-se do Direito Penal apenas como *ultima ratio*, ou seja, somente quando outros ramos do direito não mais forem suficientes.

4 DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE APLICADA AOS CRIMES FISCAIS OU CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA

Noutro Pórtico, os crimes fiscais ou contra a ordem tributária não parecem receber tanta atenção do legislador, em razão das inúmeras atenuações que recebem, vejamos adiante. O crime de sonegação fiscal, contemplado na lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, define em seu artigo 1º como crime de sonegação, com pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo, se o agente:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei; II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública; IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos

ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis. V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. (BRASIL, 2014, p.1260)

Observava-se a extensa qualificação para o crime de sonegação fiscal. Para Andreucci, o legislador não fez uma conceituação explícita do crime, entendendo ele que “sonegação fiscal é a ocultação dolosa, mediante fraude, astúcia ou habilidade, do reconhecimento de tributo devido ao Poder Público” (ANDREUCCI, 2010, p. 353).

Quanto aos denominados crimes contra a ordem tributária, esses surgem com a lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que parte da doutrina entende como uma revogação tácita da lei de sonegação fiscal, porém, ambas permanecem vigentes.

Em análise ao tipo em comento, o artigo 1º dispõe que “constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório [...]” (BRASIL, 2014, p.1506), recebendo sanção de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Tratando da intervenção penal nos crimes retro analisados, cumpre fazer menção ao objetivo da tutela em proteger os bens jurídicos respectivos. Conforme leciona Roxin (2012, p. 3):

O primeiro pressuposto necessário ao reconhecimento da função de delimitação do direito penal associada ao pensamento do bem jurídico consiste, como é evidente, na afirmação da proteção de bens jurídicos como tarefa do direito penal.

Os crimes fiscais e crimes contra a ordem tributária são próprios do Direito Penal Econômico, o qual conforme Rodrigues (2016, p. 15) compete proteger “interesses coletivos da estabilidade socioeconômica”.

Nessa esteira, inexistente consenso quanto a definição do bem jurídico protegido nos crimes fiscais ou contra a ordem tributária paira sobre a doutrina jurídica, contudo a definição mais interessante analisa os crimes em tela numa perspectiva

patrimonial, sendo para Dias e Andrade (1996, p. 62) “a representação do bem jurídico há de emprestar à incriminação fiscal uma estrutura substancialmente idêntica à dos crimes contra o patrimônio em geral”. Não adentrando à definição doutrinário, resta saber que, conforme Dias (2012, p.118 apud RODRIGUES, 2016, p. 10) a proteção a esses bens jurídicos, considerados “supraindividuais” só é legítima porque a “proteção do sistema participa da própria proteção da dignidade da pessoa”. Contudo, apesar de constituírem delitos em partido da administração pública, sendo atingida toda a coletividade, os crimes retro citados, são de certa forma abrandados.

A lei nº 9.249/95, a qual altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências, estipulou em seu artigo 34, a extinção da punibilidade aos crimes de sonegação fiscal e contra a ordem tributária, se quitado o pagamento do tributo ou contribuição social, antes do recebimento da denúncia. Veja que a legislação não estipula um valor máximo para a concessão do benefício, cabendo em qualquer situação se preenchido o requisito. Em suma, se o agente que sonega milhões de reais, ou reduz os tributos devidos, paga o valor correspondente e seus acessórios, antes do recebimento da denúncia, é legitimado com a extinção da punibilidade, não havendo se quer ação penal.

Em paralelo a este benefício concedido pelo legislador, a jurisprudência máxima do nosso país, reiteradas vezes já decidiu que, nas hipóteses de não ultrapassado o valor de 20 mil reais em sonegação fiscal, caberá aplicação do princípio da insignificância⁶.

⁶ (HC 126191, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015) Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a atualização das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. (HC 123861, Relator (a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014) “ No crime de descaminho, o princípio da insignificância é aplicado quando o valor do tributo não recolhido aos

Para fundamento dessas decisões, o Supremo Tribunal Federal utiliza como base o Art. 20 da lei nº 10.522/02, que determina o arquivamento dos autos de execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), porém este dispositivo foi atualizado pelas Portarias 75, art. 1º, e 130, art. 2º do Ministério da Fazenda, que determinam:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). (BRASIL, Portaria 75, 2012)

O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito. (BRASIL, Portaria 130, 2012)

Aplicando-se o princípio da insignificância tem como base o desvalor do resultado proporcionado pela ação. Ou seja, para que a conduta seja significativa ao direito penal, o seu resultado concreto ou que se pretende alcançar, deverá ser indispensável. Assim, para Pires (2013, p. 26):

[..] entende-se que o princípio da insignificância é a face inversa do princípio da ofensividade: se o resultado advindo de uma conduta que se amolda à descrição contida na norma incriminadora é ínfimo, isto é, não provoca, efetivamente, dano, tampouco expõe a perigo o bem jurídico tutelado pelo tipo, tal comportamento não interessa ao direito penal.

Destarte, observa-se que não há penalização para aquele que sonegue tributos até o teto estipulado pelo próprio

cofres públicos for inferior ao limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto no artigo 20 da Lei 10.522/02, com as alterações introduzidas pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda. (HC 118067, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/03/2014). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25042449/habeas-corpus-hc-118067-rs-stf/inteiro-teor-116004893>> Acesso em 14 de maio de 2017.

Ministério da Fazenda, que é o responsável pela arrecadação.

Pode-se entender que o próprio Estado, responsável pelo recolhimento de tributos a seu favor, bem como vítima direta nos crimes de sonegação fiscal e crimes contra a ordem tributária, estimula a delinquência na medida que permite que o agente da conduta não seja responsabilizado por tal ato. Com efeito, se não há punição à conduta, sente-se o agente livre para repetir a ação, uma vez que não haverá consequências algumas.

4.1 DA RESISTÊNCIA À APLICAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO AOS CRIMES PATRIMONIAIS

Ainda que tenha ocorrido a criação de lei para extinguir a punibilidade dos crimes fiscais ou contra a ordem tributária, bem como seja pacífico na jurisprudência a aplicação do princípio da insignificância nos delitos de sonegação fiscal, tal ordem não se estende aos delitos patrimoniais, ainda que ocorridos em circunstâncias equivalentes.

Ora, não existe nenhuma regulamentação, e tampouco é utilizado pelos magistrados, a adoção da insignificância nem mesmo aos delitos de estelionato cometidos em detrimento de entidade pública⁷, como, por exemplo, contra a Fazenda Nacional, ainda que o objeto/valor da operação seja de pouca relevância financeira.

A semelhança entre os delitos, pode ser verificada, por exemplo quando o agente “mantém o fisco em erro, mediante a inserção de elementos inidôneos (dados ideologicamente falsos) apostos na declaração de ajuste anual, com o fim de obter restituição indevida de imposto de renda” (PIRES, 2013, p. 29).

Observa-se que no exemplo supramencionado, os delitos se confundem, e, diante da mesma conduta, opõe-se a observância de resultados equitativos para delitos diferentes. Contudo,

⁷ Artigo 171, caput e § 3o, do Código Penal

conforme a máxima jurisprudência pátria⁸, não cabe a aplicação das mesmas benesses.

A justificativa do Supremo Tribunal Federal para a não aplicação do princípio da insignificância ao crime de estelionato, dar-se-á por que, “além da pequena expressão econômica do bem objeto de subtração, de um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente”. Isto quer dizer que, o grau de reprovabilidade considerado no crime de estelionato é maior que nos crimes fiscais, apesar de constituírem a mesma conduta a ponto de se confundirem.

⁸ Habeas corpus. Penal. Estelionato praticado contra a Previdência Social. Artigo 171, § 3º, do Código Penal. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Elevado grau de reprovabilidade da conduta praticada, o que não legitima a aplicabilidade do postulado. Ordem denegada. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, carece, entre outros fatores, além da pequena expressão econômica do bem objeto de subtração, de um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente. 2. Ainda que se admitisse como norte para aferição do relevo material da conduta praticada pelo paciente a tese de que a própria Fazenda Pública não promove a execução fiscal para débitos inferiores a R\$ 10.000 (dez mil reais) - Lei nº 10.522/02 -, remanesceria, na espécie, o alto grau de reprovabilidade da conduta praticada. Esse fato, por si só, não legitimaria a aplicabilidade do postulado da insignificância. 3. Paciente que, após o falecimento de terceiro, recebeu indevidamente, no período de junho de 2001 a fevereiro de 2003, o benefício de prestação continuada a ele devido, causando prejuízo ao INSS na ordem de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). 4. Esse tipo de conduta contribui negativamente com o deficit previdenciário do regime geral, que alcança, atualmente, expressivos 5,1 bilhões de reais. Não obstante ser ínfimo o valor obtido com o estelionato praticado, à luz do deficit indicado, se a prática de tal forma de estelionato se tornar comum, sem qualquer repressão penal da conduta, certamente se agravaria a situação dessa prestadora de serviço fundamental à sociedade, responsável pelos pagamentos das aposentadorias e dos demais benefícios dos trabalhadores brasileiros. Daí porque se afere como elevado o grau de reprovabilidade da conduta praticada. 5. Segundo a jurisprudência da Corte o princípio da insignificância, cujo escopo é flexibilizar a interpretação da lei em casos excepcionais, para que se alcance o verdadeiro senso de justiça, não pode ser aplicado para abrigar conduta cuja lesividade transcende o âmbito individual e abala a esfera coletiva (HC nº 107.041/SC, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 7/10/11). 6. Ordem denegada. (STF - HC: 111918 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 29/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-122 DIVULG 21-06-2012 PUBLIC 22-06-2012). Disponível em < <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178298118/apelacao-criminal-acr-69611720124058000-al?ref=juris-tabs>>. Acesso em 14 de maio de 2017.

Menor ainda é a possibilidade de aplicação da lei nº 9.249/95, gerando a extinção da punibilidade aos crimes patrimoniais como furto ou estelionato, ainda que preenchidos todos os requisitos da lei. Daí a irresignação do ilustre jurista Streck (1997, p. 4-5):

Veja-se de que paradoxo(s) vive o país: de um lado, um pobre esguapelado logra um comerciante com um cheque de R\$ 80,00. Ainda durante o inquérito, paga o prejuízo, sendo, inclusive, duas parcelas pagas na própria delegacia de polícia. Não recebe, o infeliz, nenhum benefício legal-penal-processual por isso. [...] Mas, se por um lado tem-se o caso de Valdir Siqueira da Rosa, de outro temos o caso de outra classe sempre muito bem tratada pelo establishment jurídico-político-dogmático brasileiro, qual seja, a dos sonegadores de impostos. Veja-se que ironia: Valdir deu um golpe de R\$ 80,00 e pagou o prejuízo antes do recebimento da denúncia! Foi denunciado, processado e condenado à prisão, sem qualquer contemplação! Ora, tivesse Valdir sonegado impostos ou tributos, em valor de milhões – e essa barbárie ocorre milhes de vezes todos os dias em todo o Brasil –, bastaria que pagasse o prejuízo antes do recebimento da denúncia que nem processado seria... tudo em conformidade com a lei 9.249/95 e seu Art. 34, autêntico regalo natalino concedido aos sonegadores de impostos de tributos no nosso país.

Nessa esteira, depara-se com a benevolência do legislador para conceder a não punibilidade às condutas em desfavor do interesse público, e uma mera minoração da pena para condutas que enfrentam o direito particular. Não obstante, o interesse público merece maior relevância, uma vez que o dano ao erário público afetaria a todos os cidadãos que dele necessitam, e a ele contribuem, ao passo que o patrimônio individual, apesar de causar dano a vítima, não se pode dele auferir prejuízo à toda nação.

Nessa perspectiva, Roxin (2012) leciona que a diferença entre o interesse particular e interesse coletivo reside em que o dano causado a bem jurídico individual afeta imediatamente o desenvolvimento uma determinada pessoa (vítima), enquanto a lesão do bem jurídico coletivo afeta de modo mediato, porém

atinge as possibilidades de desenvolvimento de todas as pessoas subordinadas aquela determinada administração.

A realidade torna cristalino que o legislador não levou como ponto norteador o valor das condutas, favorecendo crimes de quantias desmedidas, os quais alcançam toda a sociedade, e em que pese, cometidos na sua maioria por agentes em condições financeiras economicamente avantajados, e colocando como inimigo da sociedade o pequeno furtador.

Nesse caso, impossível não trazer à baila o direito penal do inimigo, teoria idealizada por Gunter Jakobs, que defende a criação de um Direito Penal diferenciado, voltado para punir criminosos que se afastam do ordenamento jurídico e não oferecem garantias de que portaram-se novamente de acordo com a norma. Justifica-se assim que o Estado afaste do indivíduo as garantias inerentes aos sujeitos de direito, e dessa forma “invertendo-se a ordem constitucional de valores, isto é, pune-se o indivíduo, e não o ato, eliminando-se um perigo, em vez de se aplicar um castigo” (MARQUES, 2011, p. 217-218). Portanto, nítido é o privilégio concedido à alguns agentes que cometem crimes, em desfavor de outros, sendo ambos contra o patrimônio, cujo o de maior consequência é o negligenciado.

4.2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DO CONTRATO SOCIAL

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição estabeleceu por meio do Princípio da Igualdade que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”⁹, impedindo assim distinções como supramencionado. O jurista Mello (2002, p. 23) corrobora esse entendimento lecionando objetivamente que “a igualdade é o princípio que visa a duplo

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, CF, 2014, p. 8)

objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual contra perseguições e, de outro, tolher favoritismo”.

Percebe-se uma clara violação constitucional pela legislação ordinária, desrespeitando um princípio fundamental. Com efeito, essa concepção traz à tona a repressão exacerbada para um determinado indivíduo em detrimentos de outros, criando uma ideia de repúdio aqueles que cometem condutas consideravelmente pequenas. De tal modo, o Estado tem por muito tempo usado da cassação do “inimigo”, para amenizar as inseguranças e medos que perpassam a sociedade brasileira, deixando impune os grandes empresários do ramo da negociata.

O Contrato Social, ideia defendida pelos principais contratualista Hobbes e Locke, na Inglaterra durante o século XVII e Rousseau, na França, no século XVIII, dispunha de maneira geral que cada cidadão cederia uma parcela de seu poder em favor do Estado e, este por sua vez, os protegeria, em convivência pacífica, por meio da representação da vontade geral do povo.

Nesse sentido, Rousseau em sua obra *Do Contrato Social* (2002, p. 23), deixa claro que:

Como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo.

Conforme a teoria, o Estado representa a união de forças da sociedade, e por isto deve obedecer a vontade geral em prol de todos, os quais cederam uma parcela de seu poder em busca de um poderio maior, que possuísse maior capacidade de impor à minoria a vontade da maioria.

Apesar dessa concepção do pacto social, parece que no decorrer dos anos as coisas não fluíram da forma colocada pelos pensadores, em razão dos privilégios concedidos em favor da minoria, conforme assevera Almeida (2012, p. 143):

A realidade demonstrou que interesses particulares e distintos do interesse geral motivam a criação das leis e estabelecem

critérios de seleção das condutas que constituirão infração penal; que o Código Penal não representa um consenso, mas a garantia preferencial dos interesses da classe dominante; e que a aplicação da lei aos casos concretos não se limita a uma mera construção silogística de subsunção do fato à norma, fiel à tripartição dos poderes.

Não há como negar a necessidade de tipificação e efetiva punição dos delitos patrimoniais, que têm por finalidade proteger o patrimônio individual, sob pena do caos e desordem social. Contudo, deve-se punir também os crimes fiscais e contra a ordem tributária de maneira igualitária, uma vez que não eximem a sua gravidade e consequências à sociedade por mero benefício financeiro.

Por todo exposto, nota-se que o princípio da igualdade não atinge o objetivo pretendido, uma vez que seus subordinados não são tratados de maneira equitativamente igualitária, havendo clara distinção e regalias a uma determinada classe de agentes criminosos, em função do tipo penal.

No mais, para que seja atendida à finalidade do princípio, de maneira justa, e sem perpetuar com impunidade, bem como visando maior eficácia da finalidade penal conforme a Teoria Relativa ou Preventiva, que de acordo com a redação de Bitencourt (2012, p. 294) que ensina que “a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática”, se reconhece a necessidade de punição aos crimes fiscais ou contra ordem tributária, assim como são punidos os crimes patrimoniais individuais, deferindo, se for o caso e se atendidos os requisitos, apenas o instituto do arrependimento posterior.

A pesquisa evidenciou que além de desigual, constata-se ineficiente o tratamento dado aos crimes fiscais no efeito de prevenção geral, uma vez que não há qualquer instrumento sancionatório ao agente que o pratica e quita o débito antes do recebimento da denúncia.

Nesse ínterim, os resultados deste estudo apontam

exatamente a falha do Estado, em estimular a prática penal de sonegação fiscal ou atos contra a ordem de tributar, bem como a clara desigualdade aos crimes patrimoniais, usando nestes últimos a forma mais perversa de punição, a privação de liberdade, o presídio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No modelo atual de ordenamento jurídico, nota-se a evidente mudança no Poder judiciário, decorrente da transformação em Estado Liberal, aplicando de maneira ampla os princípios constitucionais, em específico, o direito à Igualdade, o qual é também considerado direito fundamental, em todos os ramos do direito, principalmente o direito penal, por seu caráter de sanção mais pesada de todo o ordenamento.

Em se tratando de lei penal, o instituto do arrependimento posterior concede o benefício de minoração de pena àqueles que passem a agir contrário a sua intenção inicial reparando o dano ou restituindo a coisa, ainda que depois de executado o ato completo, e desde que seja antes do recebimento da denúncia, por ato voluntário do agente, em casos de crimes sem violência ou grave ameaça. Essa benesse é concedida principalmente aos crimes patrimoniais, desde que atendidos os requisitos do instituto.

Ao passo que, há outro instituto penal denominado extinção da punibilidade, que por sua vez extingue a possibilidade de sanção do Estado, em prol de agentes que cometam crimes fiscais ou contra a ordem tributária, e ainda, os mesmos, serão beneficiados com o princípio da insignificância, quando o objeto do crime for inferior a 20 mil reais.

Dessa forma, ainda que contraditório, o Estado não punirá aqueles que cometem crimes contra a própria Fazenda Pública, desde que presentes os requisitos para extinção da punibilidade, disposto na Lei 9.249/95. Observa-se a resistência do

legislador em adequar de maneira igualitária os institutos benéficos para os crimes patrimoniais e crimes fiscais, quando preenchidos os mesmos requisitos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 assegura o direito à igualdade para todos, para que o legislador ordinário o contemple em todas as relações e interações sociais. Contudo, as discrepâncias existentes na norma tornam cristalino a falibilidade do instituto da igualdade, fazendo cada vez mais presente na própria regra jurídica os interesses particulares de uma minoria social.

Portanto, em análise atual, à luz da Constituição o princípio da igualdade geral não é por todo observado no Direito Penal, ao passo que há divergência quanto a aplicação de alguns benefícios, como é o caso da lei 9.249/95.

Assim, conclui-se pela inconstitucionalidade de aplicação do benefício da lei supramencionada somente aos crimes fiscais e contra a ordem tributária, bem como defende-se apenas a concessão do benefício de arrependimento posterior à esses crimes, os quais devem ser punidos de maneira igualitária aos crimes patrimoniais, descaracterizando de maneira total a impunidade estatal aos agentes, em pese da alta classe social, empreendedores de crimes em desfavor da Fazenda Pública.



REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Afonso de. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica*. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. p. 38.
- ALMEIDA, Fernanda Afonso de. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria*

- crítica*. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012. p. 143.
- ANDREUCCI, Antônio Ricardo. *Legislação Penal Especial*. 7ª edição – São Paulo. Editora Saraiva, 2010. p. 353.
- Apelação-Crime nº 297.019.937*. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Criminal. p. 4-5. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/131437642/Foto-de-pagina-inteira>>. Acesso em: 15 de setembro de 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. 2005. p. 15. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 03/05/2017
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial 3*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 705-706.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 294.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. PAPA, Douglas de Barros Ibarra. RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. *O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal*. Justiça em foco – Estudos Empíricos. 2012. p. 149.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. VADE MECUM Saraiva 2014. 17.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 8.
- BRASIL. *Código Penal, 1940*. VADE MECUM Saraiva 2014. 17.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 524.
- BRASIL. *Código Penal, 1940*. VADE MECUM Saraiva 2014. 17.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 500.
- BRASIL. *Lei 4.729, de 14 de julho de 1965*. Define o crime de

- sonegação fiscal e dá outras providências. VADE MECUM Saraiva 2014. 17.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1260.
- BRASIL. *Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. VADE MECUM Saraiva 2014. 17.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1506.
- BRASIL. *Lei 9.249 de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em 25 de maio de 2017.
- BRASIL. *Lei 10.522 de 19 de julho de 2002*. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm>. Acesso em 10 de maio de 2017.
- BRASIL. *Portaria 75 de 22 de março de 2012*. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em <<http://fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria75>>. Acesso em 31 de maio de 2017.
- BRASIL. *Portaria 130 de 19 de abril de 2012*. Altera a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria-no.-130-de-19->

- de-abril-de-2012>. Acesso em 31 de maio de 2017.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 4, n. 13, jan.-mar. 1996, p. 62.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. *apud* RODRIGUES, Filipe Azevedo. RODRIGUES, Liliana Bastos Santo de Azevedo. *Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado*. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2016. p. 10.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2002. p.44.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14^a ed. - São Paulo: Saraiva, 2010. p. 679.
- MARQUES, Fabiano Lepre. *O direito à extinção da punibilidade pelo arrependimento posterior nos crimes contra o patrimônio à luz do direito enquanto integridade de Ronald Dworkin*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 9, jan./jun. 2011. p. 217-218.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 10.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23.
- PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. *O reconhecimento da insignificância em relação aos delitos contra a ordem tributária e ao estelionato contra a fazenda nacional – uma justificação utilitarista para a adoção de igual parâmetro*. Revista Bonijuris. Outubro 2013. Ano XXV, n. 599. V. 25, n. 10, pag 25-32. p. 26.
- PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. *O reconhecimento da insignificância em relação aos delitos contra a ordem*

tributária e ao estelionato contra a fazenda nacional – uma justificção utilitarista para a adoção de igual parâmetro. Revista Bonijuris. Outubro 2013. Ano XXV, n. 599. V. 25, n. 10, pag 25-32. p. 29.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. *Análise Econômica da Expansão do Direito Penal.* Belo Horizonte. Del Rey, 2014. p.13.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. RODRIGUES, Liliana Bastos Santo de Azevedo. *Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado.* Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2016. p. 15.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social.* Ed. Eletrônica. Ridendo Castigat Mores. 2002. p. 23.

ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova.* Revista dos Tribunais, vol. 922 (2012). p. 3.

ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova.* Revista dos Tribunais, vol. 922 (2012). p. 5.