

2 — DOUTRINA NACIONAL

REFLEXÕES SOBRE OS CRIMES ECONÔMICOS

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA

Advogado Criminal

1. Introdução — 2. Reação à impunidade — 3. Excesso de criminalização — 4. Responsabilidade objetiva — 5. Defeitos da lei penal — 6. Responsabilidade das pessoas jurídicas — 7. Prisão preventiva — 8. Modificações na legislação fiscal.

1. Introdução

Uma divagação de natureza política ou mesmo sociológica parece-me dever preceder à análise dos crimes de natureza econômica, para que se possa entender algumas características dos mesmos, bem como da persecução penal a eles relacionadas.

Trata-se das modificações aparentemente operadas no discurso sobre violência e sobre criminalidade tradicionalmente feito pelas elites em nosso país.

O crime sempre foi considerado como uma agressão ao patrimônio ou à vida, tendo como causa a personalidade de cada criminoso, que age segundo sua exclusiva vontade, sem sofrer qualquer influência de fatores exógenos. Como solução para o problema sempre se propôs aquela relacionada aos efeitos do delito: em regra, leis mais rigorosas e uma repressão de maior eficácia.

Este posicionamento que deitou raízes na consciência dos escalões mais privilegiados, parte da divisão, ou leva a ela, da sociedade em duas: uma sã e a outra enferma. Esta parece ser a detentora de tendências delinquentiais, devendo pois, ser combatida, reprimida e punida. A outra, se é quando comete delitos, é merecedora de compreensão e de complacência.

Como exemplo dessa postura, nós temos os delitos de circulação que têm provocado incontáveis tragédias, denotando uma profunda indiferença pela incolumidade física e pela vida, por parte dos seus agentes. No entanto, são isoladas e quase imperceptíveis as vozes que se levantam, clamando por punições mais severas, mormente se compararmos com a grita voltada para os atentados contra o patrimônio.

A sonegação fiscal, outro delito exclusivo das camadas mais privilegiadas, tornou-se uma conduta corriqueira, normal, diríamos mesmo aculturada por tais camadas; no entanto, é notória a sua lesividade, pois desfalcando o erário, os segmentos carentes ficam privados de recursos incalculáveis, que, se bem aplicados, supririam as suas necessidades.

No entanto, são raras as manifestações da sociedade clamando por mais rigor na repressão desses atentados a valores relevantes. Parece haver um pacto, um conluio, uma tácita aliança, envolvendo os setores privilegiados, exatamente as parcelas que possuem automóvel e renda. Para um transgressor das regras de trânsito, a complacência é quase absoluta. Exige-se pouca ou nenhuma punição, para não se ser punido.

Os crimes da sociedade “sã” merecem perdão. Essa hipócrita postura se

reflete na própria análise da criminalidade em nosso país, tornando-a irreal e farisaica. Não se reconhece que a própria sociedade é geradora de fatores criminógenos, pois nela residem os germes da criminalidade, representados desde os pequenos desvios de conduta até as práticas delitivas previstas pelo Código Penal ou por leis esparsas.

Uma postura individualista, que olvida os valores éticos, morais e culturais informadores do humanismo, de um lado, e o excesso de regulamentação nem sempre condizente com a vontade coletiva, levam à prática de condutas desviantes, que pela sua reiteração, criaram entre nós a cultura da desobediência. Infrações de trânsito; sinais de luz nas estradas indicativos da presença de policiamento; pequenos subornos para pequenas vantagens; aquisições de mercadoria contrabandeada; furtos em supermercados, como que justificados pelas constantes remarcações de preços, dentre outras, constituem o rol de desvios de conduta, que vão tornando cada vez mais tênue e frágil a linha divisória entre o lícito e o ilícito, dentro da consciência social.

Quanto mais elevados os setores sociais, maior a incidência da inobservância dessas regras, pois é maior o poder de passar à margem da lei. E, o crime, acompanhado da impunidade, atinge todos os escalões sociais num processo contagiante, alterando o senso de justiça das camadas mais humildes, provocando a descrença, o sentimento de abandono, a perda dos referenciais éticos e morais. Trata-se do contágio hierárquico da criminalidade, expressão cunhada pelo saudoso Prof. Manoel Pedro Pimentel.

2. Reação à impunidade

Esses traços do crime no Brasil nos levam à inafastável verificação de que ele é um fenômeno presente no âmago

da sociedade e seus fatores são por ela gerados. Não é algo externo, pois nela nasce e nela produz os seus efeitos. Portanto, o pensar sobre o crime implica, necessariamente, o pensar a sociedade como um todo, buscando-se nela as suas causas e as suas soluções. Repita-se, refletindo sobre a sociedade e não em relação a alguns de seus segmentos.

Assistimos, nos dias de hoje, a uma reação que parte dos responsáveis pela *persecutio criminis*, procurando pôr cobro ao estado de impunidade, oriundo daquela postura acima referida. No entanto, esse movimento não pode transformar-se em um "macarthismo" caboclo. Está havendo uma tendência de passarmos da impunidade à fúria acusatória e punitiva. Ambas as situações desrespeitam a lei, criam insegurança e levam, da mesma forma, o desprestígio às instituições.

Em nome do combate à corrupção, não se pode aceitar os excessos acusatórios, a execração pública, o arbítrio. Enfim o desrespeito à lei e à dignidade pessoal e familiar.

Parte significativa da imprensa tem desempenhado um papel fundamental no sentido de fiscalizar e de dar transparência às atividades no setor público e mesmo no privado, possibilitando a apuração de condutas que violam a lei e que lesam interesses coletivos relevantes. No entanto, há para se lamentar a atuação de uma parcela que deturpa a verdade, divulga invencionices, fomenta dúvidas, na constante busca de sensacionalismo, sempre à cata do negativo, do destrutivo, não possuindo qualquer compromisso com a ética jornalística, com o respeito pelo próximo e com a verdade dos fatos. E, verifica-se que informações e comentários jornalísticos são aceitos como verdades absolutas e a partir das mesmas, o mero suspeito é condenado e execrado publicamente.

O Poder Judiciário deve empreender um grande esforço para que seus membros se mantenham imunes a essas influências, como administradores da justiça e não como instrumentos de emocionais e histéricos anseios punitivos, tão a gosto dos que têm aversão pela lei, pelos direitos e liberdades individuais e pela democracia. A mesma postura deve ser adotada pelo Ministério Público, pois a acusação sistemática e obstinada afasta o seu representante das funções de fiscal do cumprimento da lei e de defensor dos interesses sociais. Claro está que a sociedade não deseja a punição do inocente e ao culpado o que se quer é a correta aplicação da lei.

3. Excesso de criminalização

A tendência moderna, reinante na doutrina e no Direito Positivo de vários países, é o de emprestar um caráter subsidiário ao Direito Penal. Em regra, a tutela e a proteção de bens e de interesses devem ficar a cargo de outros ramos do Direito. Ao penal ficam reservados aqueles de maior magnitude ou aqueles em relação aos quais as normas de natureza diversa se mostram insuficientes para a salvaguarda de situações daquilo a que o direito se propõe amparar.

Trata-se do princípio da subsidiariedade ou da intervenção mínima que conduz não só a uma menor utilização das sanções penais, bem como a um número menor de novas figuras delituosas, como também à descriminação daquelas que já não correspondem às necessidades de proteção de certos direitos, pela aceitação social daquilo que já representara uma violação dos mesmos.

Sobre o prisma da prevenção geral e da prevenção especial considera-se hoje duvidoso o valor das sanções penais. As privativas de liberdade não exercem os

efeitos desejados quer por não chegarem a ser aplicadas por uma série de fatores, quer por causarem incommensuráveis prejuízos ao indivíduo, à família e à própria sociedade, em face do caráter deletério das prisões.

As penas de multa pelo irrisório do valor previsto, não desestimulam a prática delitiva.

Restariam as penas restritivas de direitos, que, infelizmente, só substituem aquelas inferiores a um ano de detenção, assim como são aplicadas com muita parcimônia pelo Judiciário.

Assim sendo, certos valores de real importância, como a incolumidade física atingida pelos crimes de trânsito, para apenas citar um exemplo, ficam absolutamente desprotegidos pela inoperância da sanção prevista que não inibe a constante e assustadora violação das regras respectivas.

Medidas administrativas ou mesmo judiciais de natureza civil, com um cunho de cerceamento de direito ou de sanções econômicas, à evidência, dariam um maior e mais eficiente amparo a inúmeros bens e interesses relevantes, produzindo o desejado efeito intimidativo.

Nelson Hungria já dizia que “O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do Direito que não o penal)” (4.^a ed., 1980, VII/173).

O crescente e já excessivo número de condutas puníveis, em nosso país, é justificado por legisladores e até por juristas em nome da necessidade de se combater a criminalidade.

Ledo engano. Ou no dizer de Francisco Assis Toledo, é apenas uma meia verdade entender o Direito Penal como instrumento de combate à criminalidade. Imprescindível é que se ataque as causas do crime para evitá-lo.

As trágicas carências sociais que há décadas se multiplicam; a profunda desorganização de uma sociedade que perdeu seus referenciais éticos e culturais, norteadora por uma escala de valores que prioriza o ter, sem nenhum sentimento coletivo ou de bem comum, constituem alguns dos fatores geradores do crime, desde os violentos até os motivados pela cobiça irrefreada, que vitima o particular e o público, o pobre e o rico, o povo e a Nação.

A fúria legiferante, no campo penal, em verdade é uma fuga de responsabilidades e funciona como uma cortina de fumaça lançada sobre os olhos da população, que clama por soluções para seus cruciais problemas e se ilude com a tutela penal e agora, com a pena de morte, desonestamente, apresentada como panacéia para os males da violência. Por falta de capacidade para remover as causas de inúmeras violações de direito, ou por ser conveniente mantê-las, procura-se a via cômoda e enganosa de lei penal, ao invés de se trilhar o penoso caminho da renovação do entulho e do lixo, representado pela má distribuição de rendas, pelos privilégios, pela corrupção, pela insensibilidade criminosa de parte das elites e pelo desprezo da classe política, em geral, pelo bem comum.

4. Responsabilidade objetiva

Em regra os crimes econômicos envolvem pessoas jurídicas e a perquirição da responsabilidade pessoal, corolário fundamental do Direito Penal não tem sido a preocupação primeira da Polícia e do Ministério Público, que tem denunciado pela simples condição objetiva de ser o acusado diretor, gerente, administrador ou mesmo mero sócio da empresa.

A individualização da responsabilidade criminal, por meio do liame objetivo e subjetivo que deve ligar o agente ao fato delituoso não está sendo investiga-

da. Trata-se, na verdade, da adoção da responsabilidade objetiva (sem culpa) no Direito Penal, com desprezo ao direito penal de culpa, que foi uma "ádua conquista do Direito moderno", como afirmou Magalhães Noronha. A responsabilidade penal só cabe dentro do princípio da causabilidade. Assim, a acusação deve atribuir a prática de um crime a quem esteja objetiva e subjetivamente ligado ao fato que o constitui.

Para uma corrente de pensamento, autor de um crime é aquele que de uma maneira ou de outra cria uma condição para a ocorrência do delito. Esta teoria, chamada subjetiva ou subjetiva causal, amplia a autoria ao infinito, alcançando desde os executores até aqueles que não praticaram qualquer ato ligado, mesmo que indiretamente, ao fato típico. Poder-se-á, assim, responsabilizar o vendedor da arma utilizada em um homicídio ou mesmo aquele a quem o crime possa vir a interessar, embora não tenha praticado nenhuma ação atinente à consumação do mesmo.

Já a chamada teoria formal objetiva atinge o extremo oposto à primeira. A autoria tem seu conceito ligado à prática da ação descrita no tipo. Excluídos estão todos aqueles que, embora colaborando com o resultado, por não terem praticado a conduta típica não seriam considerados autores ou partícipes.

Uma terceira teoria, chamada objetiva-subjetiva ou teoria do domínio do fato, atende mais satisfatoriamente a uma correta definição de autoria e de participação. Autor é quem praticou o núcleo do tipo. Portanto, há uma estreita ligação entre autoria e tipo. Para tal teoria, autor é o responsável material ou intelectual pela realização do fato. O elemento volitivo coloca dentro do conceito de autor também aquele que sem ter praticado a ação desejou o resultado e colaborou ao menos intelectualmente para o seu alcance, ou utilizou-se de terceiro inimputável ou al-

guém que agiu com ignorância da ilicitude para a prática do crime. O domínio do fato constitui, pois, o elemento informador da autoria.

Três formas de autoria são assinaladas pela doutrina: autor executor, autor intelectual e autor mediato. O primeiro realiza materialmente a conduta, total ou parcialmente. O autor intelectual determina a realização do fato, sem dele participar materialmente. O mediato é aquele que usa um inimputável para a prática delitiva, ou pessoas que agem sem conhecimento da ação delituosa e sem vontade de praticá-la.

Definido o conceito de autor, podemos afirmar que co-autor é todo aquele que participa de um fato criminoso como autor, em uma conduta conjunta. Essa, no entanto, não se assinala apenas pela ação material. Deve haver um elo subjetivo, um concurso de vontades, para caracterizá-la. Cada co-autor contribui com uma ação determinada, mas responde pela totalidade da conduta.

A segunda modalidade de concurso de pessoas é a participação, hoje claramente distinta da co-autoria. Consiste na prática de um fato atípico, mas que contribui para a realização do fato típico realizado por outrem. Exemplo: guiar o carro no assalto — vigia que deixa a porta aberta do banco. Na prática, na dosimetria da pena, apenas a participação de menor importância reduz a pena.

A participação pode ser moral e se apresenta sob as formas da determinação ou induzimento e da instigação. No induzimento o agente faz nascer no espírito de outrem a intenção de praticar o crime; já na instigação há o incitamento, o reforço a estimular a idéia já existente. Ao lado da participação moral, temos aquela de caráter material, que era tratada pela doutrina mais antiga como cumplicidade.

Vemos, pois, que a atribuição da responsabilidade penal só pode recair sobre quem teve com o fato criminoso

uma relação de execução ou de colaboração, marcadas pela consciência e pela vontade.

Cumprido salientar que, para estupefação daqueles que preservam os postulados que informam o Direito Penal moderno, tem-se verificado que algumas denúncias vem desprezando não só o elemento subjetivo da culpabilidade, como inclusive, o de natureza objetiva, vale dizer a participação material na prática delitiva.

A responsabilidade em Direito Penal não pode ser ficta, presumida, diversa daquela proveniente da própria conduta do agente e de sua postura psicológica em relação ao evento delituoso. Segundo José Frederico Marques: "A conduta objetivamente ilícita de que proveio a lesão a interesse penalmente tutelado só será delituosa e punível, se contiver o coeficiente subjetivo da culpabilidade. É esta que liga o fato típico e antijurídico ao homem, estabelecendo o nexo necessário entre o conteúdo objetivo e a conduta ilícita e o querer interno do agente".

No próprio direito tributário, onde a responsabilidade se funda em critérios objetivos, já se discute a adoção da tese da subjetividade. Hector Villegas, em seu Direito Penal Tributário, mostra que vários autores apontam os sinais dessa evolução.

Assim, Bielsa afirmou que "a noção simplista da chamada responsabilidade objetiva (sem culpa), longe de significar um progresso para o direito, faria com que este retrocedesse aos tempos bárbaros anteriores a lei Aquília".

Villegas se refere ainda a Spota, para quem, embora prevaleça o fato objetivo, deve-se reconhecer "que constitui um progresso jurídico, aproximar os dois ramos do direito repressivo, no que concerne ao requisito subjetivo".

Por derradeiro, Villegas cita Jarach, que defende a subjetividade absoluta, com a qual ele, Villegas, não concorda.

Diz Jarach que "a evolução do direito tributário é, e deve ser, no sentido de aceitar, sem exceções, o princípio do Direito Penal, segundo o qual não pode haver pena sem culpabilidade em sentido amplo, por dolo ou simples culpa".

De qualquer forma, verifica-se que no próprio direito tributário, os estudiosos têm avançado seu pensamento em matéria de responsabilidade procurando, ao menos, mitigar o rígido princípio objetivo, com alguma conotação de culpabilidade.

E, no entanto, no direito penal, em nosso país, não no que se refere à dogmática, mas à aplicação prática de seus princípios e postulados, nós assistimos a um lamentável e perigoso retrocesso, que põe em risco a própria estrutura do Direito Penal, assim como direitos e garantias dos cidadãos consagrados pela Constituição, os quais ficam à mercê de critérios flúidos, subjetivos, instáveis, sujeitos à maior ou menor aprovação da mídia, afastados, pois, de princípios baseados no humanismo e no ideal de justiça, bem como distante da lei, mas próximo da inspiração política e da satisfação da vaidade.

Parece-nos que se não houver uma pronta reação do Judiciário, dos advogados, dos juristas, dos professores e dos membros do Ministério Público que estejam comprometidos com a correta distribuição da justiça criminal, logo veremos, em nome também do combate à corrupção e à impunidade outros princípios serem olvidados, como o princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, dentre outros.

5. Defeitos da lei penal

O problema, no entanto, não se circunscreve, exclusivamente, à aplicação da lei penal, mas à própria lei. Não são poucos os exemplos de leis penais que,

expressamente, adotaram a responsabilidade objetiva para a imputação e punição dos fatos delituosos. Na realidade, é absolutamente despreciosa a menção em lei e, mais do que isso, inconveniente, a normatização da responsabilidade, pois esta segue, em todos os crimes, as regras da Parte Geral do Código Penal, inspiradas, por sua vez, nas elaborações doutrinárias. Não é necessário que o legislador, mesmo nos chamados crimes societários, dite regras para a responsabilidade penal, pois os conceitos de autoria, co-autoria e de participação não variam de acordo com cada crime, assim como os princípios informadores da culpabilidade, da tipicidade e da conduta são imutáveis.

Para ilustrar o que foi acima afirmado basta citar-se alguns textos legais.

A Lei 3.807 de 26.8.60, antiga Lei Orgânica da Previdência Social em seu art. 86, parágrafo único, rezava que: "Para os fins deste artigo consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerente, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta lei".

Este mesmo texto foi repetido pela Lei 8.212, de 24.7.91, em seu art. 95, n. 3.

A Lei 4.595/64, que criou o Conselho Monetário Nacional, em seu art. 44, § 7.º dispôs que: "Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a 2 anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores".

A Lei 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, da mesma forma das anteriores, em seu art. 25, atribui ao controlador e aos administradores da instituição financeira, assim considerados os diretores e geren-

tes, responsabilidade penal, independentemente da existência de qualquer vínculo com o fato delituoso.

Tais dispositivos encerram uma heresia jurídica, no campo penal, e uma brutalidade para qualquer sociedade evoluída, qual seja a possibilidade de se punir alguém por fatos de terceiros. No dizer do grande penalista portenho, Soler, a responsabilidade penal por fato de outrem é própria das formas primitivas de cultura, quando não se havia operado o processo de "diferenciación individualizadora". Para ele o princípio da subjetividade da ação conduz a duas importantes conseqüências: a subjetivização da culpa, que exclui as formas de responsabilidade objetiva e a individualização da responsabilidade, que impede que alguém sofra por outrem (*Direito Penal* t. I, pp. 249-251).

6. Responsabilidade das pessoas jurídicas

Tem-se procurado em vista do crescimento dos delitos coletivos ou societários ou impropriamente denominados das pessoas jurídicas, encontrar fórmulas de enquadramento das sociedades dentro dos limites do Direito Penal, sem que seja abalada a estrutura do Direito Penal da culpa. Nesse sentido, é oportuna a referência à polêmica travada entre os Profs. Gerson Pereira dos Santos e Manoel Pedro Pimentel, sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

O Prof. da Bahia, após afirmar que "do delito não se pode afastar a idéia central e inexorável da culpabilidade, em razão do qual apenas o ser humano é *doli capax*", disse, também, ser uma solução artificial, em nome do dogma da culpabilidade, concluir que "a responsabilidade pelos crimes praticados em nome da sociedade se resolve na responsabilidade individual dos mandatários, uma vez comprovada sua participação nos fatos", fazendo referência

à assertiva do saudoso Pimentel, em outro seu livro, o *Direito Penal Econômico*.

Esclareceu este que a modificação seria possível *de lege ferenda*, mas após "uma profunda reformulação doutrinária", e concluiu.

"Entretanto, vigentes os postulados da responsabilidade subjetiva, não há como punir a pessoa jurídica, e os crimes praticados em nome da sociedade somente podem ser punidos através da apuração da responsabilidade individual dos mandatários da sociedade, desde que comprovada sua participação nos fatos. Responsabilizar a pessoa jurídica nos apertados limites do princípio da responsabilidade por culpa, é solução que a dogmática penal não aceita" (Manoel Pedro Pimentel, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, pp. 171-172).

Aliás o próprio Prof. Gerson concorda com a necessidade de uma ampla reforma doutrinária para que ao princípio da responsabilidade por culpa, seja acrescentado da responsabilidade por risco e prega a desadministrativização de "certas sanções, tais como a dissolução da sociedade ou a sua suspensão, a revogação de permissões ou licenças, a intervenção na atividade comercial, a exclusão de subvenções etc., para erigi-las à categoria de medidas de segurança".

Razão assiste ao pranteado Manoel Pedro Pimentel. Dentro da dogmática penal prevalente, onde culpabilidade e conduta possuem papel de relevância, parece óbvio que a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de delito. Este é fruto de uma conduta humana marcada pela vontade e que merece a censura do corpo social.

Fala-se que a Constituição de 1988 possibilita que lei ordinária preveja a pessoa jurídica como autora de crime. Invoca-se o § 5.º do art. 173: "A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica estabelecerá a responsabilidade desta,

sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Menciona-se, também, o § 3.º do art. 225: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados”. O artigo anterior fala em punições “compatíveis com sua natureza” portanto, para as pessoas jurídicas são as de caráter administrativo. E o segundo, ao falar em sanções penais e administrativas, está se referindo às pessoas físicas e às jurídicas respectivamente.

A tese da criminalização da pessoa jurídica advinda do próprio texto constitucional, encontrou contestação insuperável na própria Carta. Basta que se examine alguns incisos do art. 5.º para se verificar que no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais existem alguns princípios de Direito Penal que serviram de inspiração para tais direitos, e que incompatibilizam a extensão da responsabilidade criminal às pessoas jurídicas. Assim, os incs. XLV, XLIX, L, LVII e LVIII, tratam da individualização e do cumprimento da pena, sempre tendo em vista ser o destinatário da mesma uma pessoa física.

Note-se que em alguns países a lei tem feito previsão para se punir criminalmente a pessoa jurídica. Assim, na Alemanha, as chamadas multas contravencionais, que são penas acessórias (*Geldbüsse*) “contra as sociedades quando um seu agente, revestido de certa representatividade, comete um crime ou uma contravenção e o fato ilícito guarde relação com o giro comercial da pessoa moral”, conforme nos ensina René Ariel Dotti in *Revista de Direito Penal e Criminologia*, p. 148). O Código Penal Português, em seu art. 11, afirma: “salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são

suscetíveis de responsabilidade criminal”.

Claro que o Direito Penal deve acompanhar a dinâmica social, procurando adaptar-se às necessidades de proteção de bens e de interesses valorizados pela sociedade, desde que a tutela por parte de outros ramos do direito tenha se mostrado inócua, isto tendo em vista o seu caráter subsidiário. Por outro lado, sua abrangência não pode ser ilimitada e descriteriosa alcançando quaisquer condutas, pois deve sua atuação ter como parâmetros seus princípios e postulados, instituídos a favor da preservação da liberdade e de outros direitos individuais, que poderão ser violados se a dogmática penal não for obedecida.

7. Prisão preventiva

Um outro reflexo da insensatez do legislador nós encontramos nas duas novas modalidades de prisão preventiva, uma adotada pela Lei 7.429/86, a chamada lei do colarinho branco, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional. Em seu art. 30, este diploma faculta ao juiz a decretação da prisão preventiva, tendo em vista “a magnitude da lesão causada”. Parece, efetivamente, que o legislador brasileiro valoriza menos a vida do que o patrimônio, pois, atingida aquela, a prisão preventiva só poderá ser decretada se estiverem presentes os pressupostos gerais da medida, previstos pelo art. 312 do CPP, ao passo que para os prejuízos materiais ocorridos dentro do sistema financeiro, foi adotado um critério específico, para a decretação da prisão dependendo do montante de tal prejuízo.

A Lei 8.884, de 11.6.94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e transforma o CADE em autarquia, em seu art. 86, modificou o art. 312, do CPP, para possibilitar a decretação da

prisão com base na garantia da ordem econômica. Parece-me de inconstitucionalidade gritante tal dispositivo, pois cria um critério de aplicação da custódia excepcional diretamente ligado ao mérito da imputação ainda não julgado, o que fere os princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e do próprio contraditório. Ao determinar o encarceramento preventivo, como garantia da ordem econômica, estará o Magistrado antecipando um juízo de mérito, afirmando a própria procedência da acusação, que imputa a prática de um crime cuja objetividade jurídica é a ordem econômica. Note-se que os outros fundamentos da prisão preventiva, constantes do mesmo art. 312, residem em circunstâncias alheias à figura penal, pois dizem respeito a ordem pública, à instrução processual e à eventual aplicação da lei penal. São, pois, fatores relacionados à conduta do acusado, diversa da conduta constante da imputação. Quanto à ordem econômica não, a conduta que poderá ensejar a preventiva poderá confundir-se com aquela descrita pelo tipo penal.

8. Modificações na legislação fiscal

Atualmente, a Lei 8.137, de 27.12.90 define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Como tal lei regulou integralmente a matéria que constituía objeto da anterior lei de sonegação fiscal, a 4.729, de 14.7.65, esta encontra-se revogada por aquela, tendo em vista o que dispõe o art. 2.º, § 1.º, da LICC (lei nova que regula por completo a matéria e revoga a anterior). No entanto, claro está que em relação aos fatos típicos ocorridos antes da vigência da nova lei aplica-se a lei anterior, salvo se aquela for mais benéfica ao acusado, pois a lei penal apenas retroage para beneficiar, conforme os arts. 1.º e 2.º, com seu parágrafo único do CP.

Deve observar-se que várias figuras penais descritas na Lei 4.729 foram reproduzidas pela 8.137, que no entanto, previu penas bem mais graves.

Importante modificação foi introduzida pela atual lei. Segundo a anterior, constituía crime de sonegação fiscal todas as condutas descritas pelo art. 1.º, que tinham como núcleo os verbos prestar, inserir, alterar, fornecer e exigir, sempre acompanhados de uma especial finalidade de agir ou seja, o elemento subjetivo do injusto. Tratava-se, pois, de um crime formal, pois independia de resultado. A figura se perfazia tendo ou não este sido atingido, bastava a realização da conduta, com uma específica intenção.

Pela lei atual há crime de sonegação fiscal quando o agente suprimir ou reduzir tributos, mediante condutas descritas pela lei e cujos núcleos são aqueles da lei anterior, acrescidos de outros. Vê-se, pois, que agora o crime passou a ser de resultado, pois os núcleos do *caput* do art. 1.º encerram a conduta delituosa, que se concretiza por meio de outras condutas complementares. Portanto, o dolo atualmente consiste na consciência e na vontade de suprimir ou de reduzir tributos, não mais se cingindo à conduta descrita pelo núcleo sem ter presente o alcance de um resultado.

Na verdade, de acordo com a Lei 4.729 a fraude era o núcleo do tipo representado pelos vários verbos definidores das várias condutas. Hoje, a fraude, igualmente representada por várias condutas, passou a ser o instrumento de realização do tipo, que se concretiza com a supressão ou com a redução dos tributos, vale dizer, com a ocorrência do resultado, que faz parte do tipo.

Um dado importante revelado pela modificação da natureza do crime tributário, que de crime formal passou a ser um crime material ou de dano, diz respeito à influência da decisão admi-

nistrativa na esfera penal. Como a conduta material tem por escopo a supressão ou a redução de tributos, se no âmbito administrativo for declarada a inexistência do mesmo, não se poderá falar em crime, pois, qualquer ação do agente objetivando atingir os tributos será inócua, pois estes inexistem.

Em casos nos quais se contesta na esfera administrativa a exigibilidade do tributo, tendo em vista uma situação fática determinada, poderá ser invocado o art. 93 do CPP. Embora este se refira

à questão prejudicial que esteja sendo apreciada pelo Juízo Cível, nos parece de toda pertinência a aplicação analógica do dispositivo, tendo em vista o grau de prejudicialidade que vincula a questão penal à tributária, pois na esfera administrativa se estará discutindo a existência do tributo que constitui condição precípua para a existência do delito.

Claro que se tiver sido ajuizada ação declaratória de inexistência da obrigação tributária a aplicação do dispositivo mencionado é indiscutível.