

CONTAS BANCÁRIAS “FICTÍCIAS”

XAVIER DE ALBUQUERQUE

Sumário: 1. Objeto da consulta — 2. Falsidade ideológica não configurada; 2.1 Do dano e do lesado; 2.2 Da obrigação acaso criada; 2.3 Da relevante alteração da verdade; 2.4 Do dolo e da boa-fé; 2.5 Do dever da verdade e da averiguação — 3. Pior hipótese: falsa identidade — 4. Continuidade delitiva — 5. Conclusão.

1. Objeto da consulta

1. No interesse da defesa de seus constituintes Paulo César Cavalcante Farias, Jorge Waldério Tenório Bandeira de Melo e Giovani Carlos Fernandes de Melo, que figuram como acusados, juntamente com outras — o primeiro dos quais, ex-Presidente da República que ensejou, por sua participação no feito, a competência originária da Corte —, em ação penal já processada e prestes a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, os ilustres advogados Prof. Nabor Bulhões e Dr. D’Alembert Jaccoud, escusando-se da premente urgência, que a recente antecipação do julgamento ainda mais exacerbou, com que estimariam obter nosso pronunciamento, pedem que opinemos sobre as questões adiante deduzidas.

Expõem-nos os consulentes:

1.º) quanto ao acusado Paulo César:

a) que lhe são feitas na denúncia, tal como recebida, as imputações de co-autoria, como *extraneus*, em crime de corrupção passiva (Código Penal, art. 317, combinado com art. 29); de autoria intelectual em crimes de supressão de documentos, corrupção de testemunhas e coação no curso do processo (*Idem*, arts. 305, 343 e 344, combinados com

art. 29); e de autoria intelectual em crimes de falsidade ideológica alegadamente consistentes, seja na emissão, por empresas sob seu controle e administração, de notas fiscais de serviços que efetivamente não teriam prestado, seja na abertura e movimentação, por outros acusados que lhe seriam comercialmente ligados ou subordinados, de contas bancárias de depósito, atribuídas a titulares fictícios (*Idem*, art. 299, combinado com art. 29 e “aplicando -se, no que couber, os arts. 69, 70 e 71” [*sic*]);

b) que a acusação pública, nas suas razões finais, silenciou sobre a imputação de falsidade ideológica consistente na emissão de notas fiscais de serviços, o que, considerando-se haver o Ministério Público Federal explicitado, na introdução das referidas razões finais, que “resta verificar o quanto se apurou no curso da instrução criminal, quanto a cada um dos réus” (capítulo I, n. 5), implica havê-la reputado não provada e, conseqüentemente, abandonado;

c) que a acusação pública, também nas razões finais e relativamente à imputação de falsidade ideológica consistente na abertura e movimentação, sob sua orientação como autor intelectual, de contas bancárias atribuídas a nomes fictícios, nela perseverou e, considerando “que a movimentação de uma

só conta bancária falsa constitui crime continuado, enquanto se caracteriza concurso material de crimes a movimentação de cada uma das contas abertas em nome de pessoas fictícias” (capítulo IX, n. 3), postulou sua condenação pela prática do crime, “de forma continuada e em concurso material” (capítulo IX, n. 2);

2.º) quanto ao acusado Jorge Waldério, que lhe é feita na denúncia, tal como recebida, exclusivamente a imputação de falsidade ideológica envolvida com as prefaladas contas bancárias fictícias, imputação que as razões finais da acusação pública reiteram para propor sua condenação “pela prática do crime... em continuidade delitiva e concurso material”, vale dizer, “de forma continuada e em concurso material” (capítulo VI, n. 1 e 4, respectivamente), aparentemente sob a mesma justificação teórica (*vide* alínea *c* do item 1.º, *supra*) e pela circunstância de serem três as contas fictícias que teria movimentado mediante a prática, em cada qual, de ações diferenciadas;

3.º) quanto ao acusado Giovani Carlos, que também lhe é feita na denúncia, tal como recebida, e reiterada nas razões finais da acusação pública, exclusivamente a imputação de idêntica falsidade ideológica, com proposta, na manifestação derradeira o Ministério Público Federal — aparentemente, também, por se lhe atribuir a movimentação de uma só conta fictícia —, de sua “condenação nas penas cominadas à falsidade ideológica, na modalidade continuada” (capítulo II, n. 5).

2. Assim deduzida a exposição — que se faz ilustrar com o oferecimento de cópias da denúncia,¹ da réplica da acusação às respostas preliminares dos

denunciados,² do acórdão que parcialmente admitiu a demanda penal, dos termos de interrogatório dos acusados em questão e das respectivas razões finais —, pedem-nos os consulentes que opinemos, relativamente à imputação de falsidade ideológica que têm como remanescente, sobre estes pontos:

1.º) se estivessem provados os fatos — abertura e movimentação de contas bancárias fictícias, com a subscrição das rituais propostas de abertura e a emissão e/ou assinatura de cheques sobre seus fundos —, configurariam eles o crime de falsidade ideológica de que trata o art. 299 do Código Penal?

2.º) se os fatos estivessem provados e configurassem tal crime, a pluralidade de contas fictícias seria razão jurídica bastante para excluir a continuidade delitiva (Código Penal, art. 71) e implicar configuração de concurso material de tantos crimes quantos fossem elas (*Idem*, art. 69)?

É do que passamos a tratar, também com escusas pelas adicionais limitações que a escassez de tempo nos impõe.

2. Falsidade ideológica não configurada

3. Prescindamos de considerações propedêuticas, que noutras circunstâncias far-se-iam apropriadas, e entremos de logo no exame de hipótese à luz dos requisitos necessários à configuração da figura criminosa de que se cuida.

2.1 Do dano e do lesado

4. “Los elementos esenciales de la falsedad en actos” — ensina Giuseppe Maggiore —, “bajo cualquier forma que sea, son los siguientes: 1) inmutación de la verdad; 2) imitación de la verdad; 3) dano; 4) antijuridicidad; 5) dolo.”³ E

(2) *Idem idem*, p. 259-272.

(1) Também publicada na *Revista da Procuradoria-Geral da República*, 2/245-258.

(3) *Derecho Penal*, vol. III, trad. colombiana da 4.ª ed. italiana, p. 560.

acrescenta, mais adiante: “Sin daño real o posible (perigo), no hay antijuridicidad, no hay delito, no hay falsedad. Si falta um dano a lo menos potencial — aptitud para producir un prejuicio — habrá una intención mala, pero no falsedad consumada o tentada”.⁴

Entre nós, em monografia premiada que se tornou clássica, Sylvio do Amaral testifica: “Ainda quando não expressamente mencionado pela lei (como ocorre em nosso Direito), o dano, real ou potencial, é uniformemente considerado pela doutrina, nacional e estrangeira, de todos os tempos, como requisito essencial à configuração do crime de falsidade documental. Verificados, em hipótese, os elementos expressamente consignados na definição da lei, ainda assim o *crimen falsi* não se dará por consumado quando os fatos demonstram que da ação incriminada não decorreu nem podia, eventualmente, decorrer qualquer prejuízo para a vítima”.⁵

Nesse sentido, aliás, decidiu, não há muito, o Supremo Tribunal Federal:

“Falsidade ideológica.

— Para que se configure esse crime não é mister a ocorrência de dano efetivo; basta que se verifique a potencialidade de um evento danoso”.⁶

Adverte, porém, Basileu Garcia, que “a potencialidade do dano, sem a qual não se perfaz falsidade punível, é, consoante o entendimento pacífico, a potencialidade próxima da realidade, não a absolutamente remota”.⁷

5. Mas a ocorrência de dano, ou de perigo de produzir-se, não pode prescindir de um sujeito de direitos que o sofra ou se veja sob o risco de sofrê-lo. Bem por isso, ao tratar desse requisito essen-

cial, nosso acatado e já referido monografista relaciona-o à figura da *vítima* ou do *ofendido*.⁸

Trata-se da impostergável determinação do sujeito passivo do crime. Não, do sujeito passivo genérico, ou primário, que se diz ser do Estado, como tal ou como subjetivação da coletividade difusa,⁹ mas do sujeito passivo secundário, “aquele em prejuízo de quem a falsidade tenha sido praticada”.¹⁰ Efetivamente, a cláusula “prejudicar direito”, que se insere no art. 299 do Código Penal, está a mostrar claramente que é o segundo, e não o primeiro desses possíveis sujeitos passivos, que se há de identificar para o reconhecimento do dano efetivo ou potencial. Pode ocorrer, certamente, que o Estado concentre em si as duas figuras, se for seu, por exemplo, o bem patrimonial lesado pelo crime de dano (Código Penal, art. 163, parágrafo único, III); mas tal hipótese peregrina, aqui ventilada apenas para fins dogmáticos, nada tem a ver com a de que cuidamos.

6. Reconhece-se que o homem morto não pode ser sujeito passivo de crime, pois não é titular de direitos.¹¹ Esse, porém, ao menos existiu, até que se lhe exaurisse a vida, e seus despojos ainda podem ser objeto material de delito.¹²

Que dizer-ser, então de “pessoa” fictícia que alguém inventou e de que fantasiou dados “pessoais” de individualização ou identificação, mas que jamais existiu? Há de dizer-se necessariamente

⁽⁴⁾ Ob. cit., p. 562/563.

⁽⁵⁾ *Falsidade Documental*, 2.ª ed., p. 77.

⁽⁶⁾ RECr 93.292, RTJ 101/311.

⁽⁷⁾ “Sonegação Fiscal e Falsidade Ideológica”, *Revista dos Tribunais* 281/52-61, 56.

⁽⁸⁾ Cf. Sylvio do Amaral, ob. cit., p. 81.

⁽⁹⁾ Cf. José Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*, v. 2, p. 35; Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 1.º v., 2.ª ed., p. 162; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal — Parte Especial*, 3.ª ed., p. 341.

⁽¹⁰⁾ Cf. Heleno Cláudio Fragoso, ob. e lug. cit.

⁽¹¹⁾ Cf. Damásio E. de Jesus, ob. cit., p. 165; Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, v. I, tomo I, p. 216.

⁽¹²⁾ Cf. Damásio E. de Jesus, ob. e lug. cit.

que, por inexistente em qualquer tempo, não pode ser, ter sido ou vir a ser objeto material, nem muito menos, sujeito passivo de crime.

Considere-se, para corroboração da opinião que expendemos, o crime de registro de nascimento inexistente, ou suposição de estado (Código Penal, art. 241), que a doutrina assimila ao *crimen falsi*, embora distintamente catalogado por opção político-criminal de sistematização.¹³ Um dos modos de praticar-se tal crime, ensina Giuseppe Maggiore, é a *falsidade ideológica* que ele exemplifica com “la falsa atestación que un particular le da al funcionario del estado civil acerca de un nacimiento imaginário”.¹⁴ “Como observa Piromallo” — registra Romão Cortes de Lacerda — “na suposição de estado, apresenta-se um estado civil fictício, mediante a inscrição, no registro civil, de um *re-cém-nascido* imaginário”.¹⁵ Pois bem: “*sogetto passivo del reato non può essere il neonato cosidetto supposto... perchè nella vera e propria supposizione, consistente in false dichiarazioni o attestazioni all’ufficiale dello stato civile, manca addirittura il cosidetto infante supposto.*”¹⁶

Está-se a ver que não é possível erigir-se em vítima, ou ofendido, ou lesado pela falsidade ideológica imputada aos acusados e aqui examinada, qualquer das “pessoas” fictícias em cujos nomes se terão aberto e movimentado contas bancárias, “pessoas” que a linguagem jornalística passou a designar jocosamente como “fantasmas”.

7. Seriam vítimas, ou ofendidos, ou lesados, os bancos depositários?

Parece-nos certo que não. Os depósitos, que neles se terão feito, ter-se-ão efetivamente realizado e nisso não se põe dúvida. O numerário, correspondente a cada depósito, terá realmente ingressado em suas caixas, de sorte que o haverem honrado, posteriormente, os cheques emitidos sobre tais fundos, terá representado mera restituição do *tantundem*, não lhes causando dano de qualquer espécie.

Isso, sem falarmos — o que faremos mais de espaço, quando tratarmos do dolo, outro requisito da falsidade ideológica, e sobretudo da boa-fé que o exclui (n. 14, *infra*) — da provável aquiescência desses estabelecimentos ao comportamento que se imputa aos acusados.

8. Na réplica que ofereceu às respostas preliminares dos acusados, então denunciados, o Ministério Público Federal observou que “os crimes em questão causam dano não só ao poder de fiscalização do sistema financeiro, pelo Banco Central, mas também servem de burla ao fisco federal”.¹⁷ Seriam sujeitos passivos do *crimen falsi*, na linha dessa argumentação, ou Banco Central, enquanto o órgão fiscalizador, ou a Fazenda Federal.

Não tem razão, dizemo-lo com o respeito devido à instituição.

A primeira asserção lembra-nos Noé Azevedo. Condenado por falsidade ideológica porque, em escritura de compra e venda que minutara e na qual figurara como outorgado comprador, duas das vendedoras, que eram menores púberes, se declaravam maiores, assim contornando o reclamo de depósito na Caixa Econômica da parte do preço que lhes tocava, certo advogado impetrou revisão

(13) Cf. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 3.º v., 4.ª ed., p. 310/311: Romão Cortes de Lacerda, *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, 5.ª ed., p. 376.

(14) Ob. cit., v. IV, p. 215

(15) Ob. cit., p. 378.

(16) Cf. Domenico Pisapia, “Stato di famiglia (Delitti contro lo)”, *Novissimo Digesto Italiano* XVIII/316-333, 324.

(17) *Revista da Procuradoria-Geral da República* 2/271.

criminal e, para instruí-la, propôs a questão ao pranteado penalista e lhe solicitou parecer. Ele efetivamente o deu, com pontual exame da matéria, assim factual como jurídica.

Após longamente examinar a inocorrência, que descaracterizava o pretendido delito, de qualquer dano, observou: "Sentiram-se, entretanto, juiz e promotor feridos na sua prerrogativa de fiscais dos dinheiros de menores. Mas essa ofensa a atribuições da Justiça orfanológica teria corporificado algum crime?"

— Há no nosso Código Penal um capítulo inteiro dedicado aos crimes contra a administração da Justiça. Aí deveria estar previsto e apenado o fato atribuído ao paciente".¹⁸ Logo adiante, acrescentou: "E se, de acordo com o art. 1.º, não há crime sem lei anterior que o defina; (...) torna-se verdadeiramente inconcebível que um fato, que não pôde ser enquadrado no Capítulo, onde o legislador disciplinou a matéria referente aos atos praticados contra a administração da justiça, possa ser enquadrado a martelo no título dos crimes contra a fé pública e no capítulo da falsidade documental".¹⁹ Escusa dizer que o parecer de Noé Azevedo foi acolhido pelas Câmaras Conjuntas Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deferiram a revisão para absolver o petiçãoário.²⁰

Mutatis mutandis, é o caso da presente consulta. A obstrução, ou mesmo a evasão ao poder fiscalizador, quiçá constituam ilícito administrativo de embaraçado à ação do órgão que o titula, ou mesmo, quem sabe — embora não no contemple a Lei n. 7.492, de 16.6.86, que precisamente define os crimes contra o sistema financeiro nacional, mas dado que nosso Direito

Penal positivo transformou-se ultimamente numa caixa de Pandora que a angústia do tempo não nos permite devassar —, algum crime específico que, todavia, à acusação pública caberia ter apontado, ainda que em aditamento à denúncia.

Quanto à segunda, calha a mesma observação que acabamos de lançar. A tutela penal do interesse tributário da União não se faz por tabela ou ricochete, mas mediante a tipificação de condutas singulares e fechadas. Nenhuma delas foi, por igual, objeto de oportuno aditamento.

Há mais, porém. Em trabalho que aqui já referimos, Basileu Garcia examinou, sob consulta do então Secretário de Fazenda de São Paulo, o depois Governador e Senador Carvalho Pinto, esta precisa hipótese: "3.º Os documentos fiscais mencionam, em relação ao comprador, número de inscrição, nome e endereço fictícios". Após responder que nela não entrevia configuração de falsidade ideológica, arrematou genericamente, porque outras hipóteses também lhe foram submetidas: "não me parece acertado invocar a figura da falsidade ideológica, para punir as lesões fiscais, embora alegando que o que se pune não são essas, e sim falsidades. Seria um modo indireto de punir aquilo que o legislador penal manifestou não querer contemplar como crime. (...) Porque, realmente, não basta que seja um tanto elástico o art. 299 do Código para se pretender inserir-lhe todas as enunciações mentirosas, mesmo lesivas. Ter-se-á de examinar se há ofensa ao bem jurídico fé pública e, como um antecedente dessa mesma indagação, se os papéis que as veiculam têm o porte de documentos, na acepção correlata àquele bem jurídico".²¹

(18) "Falsidade ideológica (...)". *Revista dos Tribunais* 262/41/47, 44.

(19) Ob. e lug. cit.

(20) *Revista dos Tribunais* 262/132-136.

(21) "Sonegação Fiscal...", cit., p. 59.

2.2 Da obrigação acaso criada

9 — Não havendo dano, nem efetivo nem potencial, à falta de sujeito passivo que o pudesse ter suportado ou vir a suportar, cabe verifica brevemente se estaria caracterizado o segundo dos fins de agir que integram o elemento subjetivo do tipo: o de “criar obrigação”.

A resposta negativa também nos parece óbvia. Salvo em relação aos bancos depositários, que se terão obrigado a restituir as quantias depositadas, de nenhuma outra obrigação seria admissível cogitar-se na hipótese. A obrigação destes, todavia, não teria sido criada pela *falsidade* do nome de cada depositante fictício, mas, sim, pela *realidade* dos depósitos efetivamente realizados.

A propósito, reportamo-nos *brevitatis causa* ao que dissemos no n. 7, *supra*.

2.3 Da relevante alteração da verdade.

10. Terceiro dos fins de agir que integram o elemento subjetivo do tipo é o de “alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

Nesse ponto, o dispositivo legal foi objeto da crítica, que Sylvio do Amaral refere e informa haver sido compartilhada por Galdino Siqueira, de Magalhães Noronha, que o acusou de redundante nestes termos: “Haverá *alteração da verdade sobre fato* que juridicamente interesse, ou, por outras palavras, que seja ‘juridicamente relevante’ e que não se compreenda dentro daquelas duas hipóteses — de ‘prejudicar direito’ e ‘criar obrigação’?”²²

Rebate tal crítica, longamente, o douto monografista, para quem “há hipóteses que não cabem, a menos que se force a interpretação da lei, dentro dos conceitos de *criar obrigação e prejudicar direito* e, por outro lado, encaixam-se

inequivocamente no campo da expressão *alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*”.²³ E dá, para reforço da contradição, dois exemplos.

Vejamos o primeiro: “Suponha-se o funcionário do serviço de identificação policial que remete ao juiz criminal um ofício contendo as informações requisitadas sobre os antecedentes criminais de um réu — e omite, dolosamente, no documento, referência a condenação anterior, constante dos seus arquivos, em consequência do que o réu é condenado como se primário fosse. Salta à vista que o falso cometido pelo funcionário tem todas as características do ilícito penal”.²⁴

E o segundo: “E no caso por nós há pouco figurado, do funcionário que modifica propositadamente, por omissão ou acréscimo, o texto de lei aprovado pelo Poder Legislativo? Imagine-se que o faça levado exclusivamente por obcecante convicção religiosa ou filosófica, visando dar ao instituto jurídico regulado pela lei os contornos preconizados pela sua crença. A hipótese seria, tipicamente, de falsidade ideológica, perfeitamente enquadrável na definição do art. 299, porque o agente cometeu o falso ‘a fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante’. Mas estaria, indiscutivelmente, relegada à impunidade, se o Código desconhecesse essa particular modalidade de dolo específico — pois é óbvio que o funcionário infiel não visou criar obrigação para ninguém, nem prejudicar direito de quem quer que seja”.²⁵

11. É significativo que os exemplos do acatado escritor, que reforçam sua repulsa à crítica oposta ao preceito legal em questão, atenham-se a casos de documento público, e não, com aqui,

(22) Ob. cit., p. 97/98.

(23) Ob. cit., p. 98/100, especialmente 98.

(24) Ob. cit., p. 98/99.

(25) Ob. cit., p. 99/100.

particular. Não têm, pois, o condão de aproveitar à hipótese objeto do nosso exame.

De todo modo, não cremos que afastem a acusação de redundância. “A verdade cuja alteração preocupa o legislador” — ensina o próprio contraditor — “é somente aquela que pode ter repercussão na vida dos direitos. A alteração da verdade através da falsificação de documento público é, por isso, em tese, capaz, sempre, de *produzir prejuízo*”.²⁶

12. Como quer que seja, deve compreender-se que a alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante constitua elemento instrumental, relativamente à causação de prejuízo ou à criação de obrigação. “É necessário” — ensina Damásio E. de Jesus — “que a conduta seja realizada com o fim de causar dano a terceiro [ou de criar obrigação, acrescentamos nós] por intermédio da alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante. Diante disso, a vontade de alterar a verdade despida da finalidade de prejudicar terceiro não é suficiente para integrar o crime”.²⁷ Na mesma passagem, após invocar lições de Magalhães Noronha, Sylvio do Amaral e Basileu Garcia, acrescenta este autor: “É posição firme da doutrina a de que não basta a intenção do sujeito, realizando a falsidade, de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, sendo imprescindível que também vise ao prejuízo de terceiro (ou à criação de obrigação, também acrescentamos)”.²⁸

Ademais, se o objeto da mentira é atributo pessoal do agente, há *falsum naturalístico*, mas não jurídico, a menos que especificamente incriminado pela lei. No mesmo estudo já citado, Basileu Garcia reproduz a pergunta que Garraud

se faz e a resposta que lhe dá, assim: “Mas qual é, nessas diversas hipóteses, o caráter comum da alegação mentirosa que a lei não incrimina como um falso, embora consignada em auto autêntico e ainda que seja prejudicial aos interesses dos particulares e do Tesouro?” — ‘É fácil ver (responde) que se trata sempre de uma declaração que diz respeito a *fato pessoal* do declarante, de mentira que só concerne à sua *própria situação*. Compreende-se que a lei não tenha querido colocar os particulares no dilema, ou de sacrificar o seu próprio interesse confessando a verdade, ou de cometer um crime declarando uma mentira. A lei é humana. Circunscreveu o domínio do falso punível às declarações pelas quais se *atribui* um *fato* ou uma *qualidade* a uma *terceira pessoa*, ou àquelas pelas quais se *usurpa* a *situação* ou a *qualidade* de um *terceiro*. Nesses casos, a mentira tem um caráter mais grave e mais imediatamente prejudicial’”.²⁹

Sobe à cena, aqui, o problema do *falso nome*, cujo simples uso, para Soler, “no importa *necesariamente* falsedad ideológica. Ya hemos hecho referencia a la distinción de Carrara entre la acción de ocultar *el nombre* y la de ocultar *la personalidad*. El que ordinariamente usa un nombre distinto del real no comete falsedad si con ese nombre otorga un contrato, siempre que en ello no vaya la alteración de alguna condición real de su persona, por efecto de la cual el contrato no podría ser otorgado. La situación no sería la misma si se empleara el falso nombre para declarar la filiación de un hijo, porque el contrato no está destinado a probar la identidad del otorgante; la partida de nacimiento, en cambio, prueba la filiación.” E arremata, à guisa de critério geral, o mestre argentino: “En un contrato, la obligación de decir la verdad con relación al

(26) Ob. cit., p. 69; itálicos da transcrição.

(27) *Direito Penal*, v. 4.º, p. 6.

(28) Ob. e lug. cit.

(29) “Sonegação Fiscal...”, cit., p. 54.

nombre y condiciones debe, pues, ser medida con relación a la pertinencia y eficacia de ellas para el acto mismo. En un acto de compraventa no diremos que hay falsedad porque la señora otorgante, entrada em años, se quite coquetamente algunos; lo grave sería que alguien que fuera menor se agregara los necesarios para ser capaz".³⁰

Afinal, que é o *pseudônimo*, que o Direito propriamente não institui, mas tolera e regula em algumas de suas repercussões jurídicas, senão, até mesmo etimologicamente, um *falso nome*, ou *nome suposto*?

Não nos parece caracterizado, por tudo isso, na hipótese submetida à nossa apreciação, este terceiro, e instrumental relativamente aos demais, dos fins de agir da tipificação legal.

2.4 Do dolo e da boa-fé

13. Parece dispensável salientar a exigibilidade do dolo para a caracterização do crime de falsidade. "El dolo" — preleciona Giuseppe Maggiore — "jamás está *in re ipsa* [en la cosa misma], mucho menos en la falsedad; al contrario, debe se siempre probado; y no se prueba en la falsedad, si no se demuestra que el agente, fuera de reconocer y querer la inmutación de la verdad, ha querido y previsto el daño real o posible".³¹ Para o mestre italiano, constitui "materialismo jurídico" a admissão do dolo *in re ipsa*,³² ao passo que nosso pranteado Heleno Cláudio Fragoso qualificou-o como "entendimiento medieval".³³

O que agora importa ressaltar, é que o exclui a boa-fé. Outra vez na lição de Maggiore: "La buena fe excluye el dolo; y se tiene buena fe — enseña incisi-

vamente Carrara — 'no solo cuando se cree verdadero lo que es falso, sino también cuando, conociendo la falsedad, se cree que es inofensiva y no se prevé de ningún modo la posibilidad del daño'". Neste ponto, além do transcrito ensinamento de Carrara, Maggiore invoca também, em nota, as lições de Maino, Garraud, Kenny, von Hippel, Liszt-Schmidt, Allfeld-Meyer e Frank. E prossegue: "Cuando falta la conciencia de la ilegitimidad del hecho, voluntariamente causado, no hay delito imputable a título de dolo; si acaso, se podría responder a título de culpa. Pero nuestro derecho ignora la figura de falsedad culposa".³⁴

Entre nós reporta Oscar Stevenson que Carnelutti e Tolomei "focalizam o problema da suposição, em boa-fé, da inocuidade do elemento falso, como causa eliminadora do dolo". Carnelutti, diz, "reconhece semelhante causa de exclusão da culpa uma vez que se trate de falsidade ideológica";³⁵ ao passo que "Tolomei refuta-o com acerto: em qualquer caso a boa-fé exclui o dolo, porque a boa-fé, de ser inócua a falsidade produzida, nesse caso significa erro de fato, erro quanto ao fato constitutivo do delito". E opina sobre a posição de Tolomei: "Conclusão perfeita".³⁶

14. No seu interrogatório, o acusado Paulo César alude mais de uma vez às contas bancárias fictícias (*rectius: reais*, mas sob nomes *fictícios*). Diz que uma delas (aparentemente a primeira) "foi aberta no BMC, com a aquiescência, os encômios e os agradecimentos pela preferência, do Sr. Presidente do Banco" (p. 1 do respectivo termo). Logo adiante, diz "que gostaria de explicar um

(30) *Derecho Penal Argentino*, v. V, 3.ª ed., 7.ª reimpressão, p. 353.

(31) Ob. cit., v. III, p. 567-568.

(32) Ob. e v. cit., p. 569, nota 52.

(33) *Lições...*, cit., p. 346.

(34) Ob. cit., v. III, p. 569.

(35) "Dos Crimes contra a Fé Pública", *Revista Forense* 107/27-33 e 228-235, 229.

(36) Ob. cit., p. 230.

pouco o funcionamento das chamadas contas fictícias; que essas contas, que possam ter parecido e que foram levadas pela Imprensa do nosso País, como algo 'como se o mundo acabasse', são práticas existentes nas campanhas políticas, desde a Velha República e sempre foram feitas por aquelas pessoas que sonegavam impostos" (p. 2 do mesmo termo). Acrescenta "que em mil novecentos e noventa, após o plano Collor, estas contas se proliferaram numa operação desmedida, razão por que o próprio Banco Central da República já chegou a admitir a possibilidade da existência de quatro a seis milhões de contas fantasmas no País" (*idem idem*). E por fim, diz "que quer esclarecer que são exatamente a cumplicidade e a ganância do setor financeiro deste País, os grandes responsáveis por esta proliferação de contas" (*ibidem*).

Embora nos devamos abster de qualquer conclusão sobre o acervo probatório coligido na ação penal de que se trata — até porque, notoriamente produzido em proporções materiais diluvianas, não lhe tivemos acesso, nem nos cabia tê-lo —, não podemos silenciar nossa impressão de ser perfeitamente verossímil a participação aquiescente, quiçá cúpida, dos estabelecimentos bancários nesse episódio das contas "fictícias". Já lhe fizemos, aliás, perfunctória alusão (n. 7, *supra*).

Como seria possível, com efeito, que se abrissem e movimentassem numerosas contas bancárias sob falsos nomes — cerca de uma dezena, segundo a acusação —, sem o conhecimento, a anuência e, muito provavelmente, a colaboração dos próprios bancos depositários? É notório que os procedimentos de abertura e movimentação de contas bancárias são pormenorizadamente disciplinados pelo Banco Central. Mencionemos, à guisa de exemplo de tal normatividade, a Resolução n. 1.631, de

24.8.89, que baixou, a propósito, regulamento em cujo art. 1.º ficou dito: "Para abertura de conta de depósitos à vista é obrigatória a completa identificação do depositante". Mais minuciosamente dispôs a Circular n. 1.528, da mesma data.

Cabe invocar, por isso e outra vez, o magistério de Basileu Garcia, para quem "uma das distinções quase unanimemente aceitas pelos juristas, desde os mais antigos, é a que se estabelece entre simulação e falsidade". "Carrara disse" — prossegue o mestre — "que 'seria grave erro confundi-las' (Programma, § 3.659). E Garraud começou com esta explicação: 'Não se deve considerar como um falso punível a *simulação* nos atos, isto é, mentira *concertada entre as partes*, que tende, seja a dissimular a natureza ou os elementos de uma convenção, seja a fazer crer na existência de uma convenção, que, em realidade, não existe'. As palavras, que o escritor sublinha, *concertada entre as partes*, ajudam a distinguir a simulação do dolo: aquela é sempre obra comum das partes que intervêm na convenção; e não vicia o consentimento".³⁷

Não será incivil, pois, nem arbitrário, sequer temerário, admitir-se que os acusados se houveram, no episódio da abertura e movimentação de contas bancárias "fictícias", com boa-fé traduzida na suposição da inocuidade dos elementos falsos e confortada na aquiescente participação — mentira *concertada entre as partes* — dos bancos depositários.

Presente tal boa-fé, torna-se ausente o dolo, cuja falta também descaracteriza o *crimen falsi*.

Mas, o papel desempenhado pelos bancos depositários nisso não se exaure: Vejamo-lo a seguir.

(37) "Sonegação Fiscal...", cit., p. 53/54.

2.5 Do dever da verdade e da averiguação

15. "Prática falsidade ideológica" — doutrina Heleno Cláudio Fragoso — "quem omite em documento público ou particular declaração que dele *devia* constar, ou quem nele insere ou faz inserir declaração falsa ou diversa da que *devia* ser escrita". A ênfase, que o saudoso penalista dá à forma verbal mutuada ao art. 299 do Código Penal, decorre do fato, que também testifica na mesma passagem, de a doutrina ser "unânime em reconhecer que tal crime não pode existir sem o precedente dever jurídico de declarar a verdade".³⁸ Acrescenta ele, com efeito, pouco adiante: "Resumido a lição comum, diz o nosso Magalhães Noronha, IV, 211, que 'pelos próprios dizeres finais do artigo em exame, é mister haver o dever jurídico de dizer a verdade'.³⁹

Para Soler, de cujo ensinamento já utilizamos fragmento pertinente (n. 12, § 3.º, e nota 30, *supra*), é muito importante, com respeito ao sujeito que faz inserir a declaração, "la parte de la escritura sobre la cual recae la mentira: no solo debe incidir en algo que el instrumento pruebe por si mismo en su calidad de documento público, sino que, además, en ese punto, *el sujeto debe estar jurídicamente obligado a decir la verdad*".⁴⁰

Até onde nos consta — sem embargo de alguma surpresa que a caixa de Pandora possa eventualmente propiciar —, nenhum preceito de Direito impõe ao particular que, como depositante, abre e movimenta conta bancária, o dever da verdade sobre sua identidade e qualificação. A ser isso exato, como cremos, não haveria, sem mais, no caso

submetido ao nosso exame, falsidade ideológica.

Dando de barato, todavia, que não no fosse, ainda assim, haveria circunstância outra, excludente da configuração do crime.

16. Trata-se de que a declaração falsa, em casos como o apreciado, ainda está sujeita a verificação por outrem, não valendo por si mesma.

Já aludimos anteriormente à pormenorizada normatividade emanada do Banco Central para disciplinação dos procedimentos de abertura e movimentação de contas bancárias (n. 14, § 3.º, *supra*). Deixa ela patente que as declarações do depositante, em cada caso, não valem por si mesmas, sujeitando-se a conferência e confirmação pelos bancos depositários, que agem, nesse mister, como delegados do controle do sistema financeiro atribuído à Administração.

Na Itália, semelhante dever de identificação do cliente é imposto por lei às instituições financeiras, em operações que comportem movimento de dinheiro acima de certo limite, e sua inobservância configura ilícito contravençional (art. 13 da Lei de 6.2.80, n. 15). "La *ratio* della disposizione" — explica Giuseppe Mazzi — "sta nella constatazione che la criminalità organizzata deve ricorrere ai normali meccanismi economici per realizzare ed occultare i proventi delle attività delittuose".⁴¹

17. Ora, nos casos de contas "fictícias" que ensejaram a ação penal objeto da nossa atenção, os estabelecimentos bancários, aos quais tocava o dever de verificar, de conferir, de confirmar os dados pessoais de identificação dos depositantes — dados dos quais a declaração, por estes feita, não valia por

(38) *Jurisprudência Criminal*, 1.º v., 4.ª ed., 1982, p. 296.

(39) *Jurisprudência*., cit., p. 297.

(40) Ob. cit., p. 352.

(41) "Reati bancari", *Enciclopedia del Diritto* XXXVIII/923-945, 930.

si mesma —, certamente que não o cumpriram. Não importa que por induzimento ativo, ou por conivência, ou até mesmo, admita-se, por desídia.

Propõe Heleno Cláudio Fragoso, no ponto aqui ventilado, que se estenda à falsidade ideológica, como “tempero ao rigor do texto” do art. 299 do Código Penal, “o ensinamento de *Nelson Hungria*, IX, 280, segundo o qual o fato ideológico exige que a declaração do particular deva valer por si mesma para a formação do documento. ‘Se o oficial ou funcionário público (que recebe a declaração) está adstrito a averiguar, *propriis sensibus*, a fidelidade da declaração, o declarante, ainda quando falte à verdade, não cometerá ilícito penal’”⁴².

Parece-nos, assim, conclusivo que, por mais esta razão, se não bastassem as anteriormente declinadas, efetivamente não se configura, na hipótese que estamos examinando, crime de falsidade ideológica.

3. Pior hipótese: falsa identidade

18. Dispõe o art. 307 do Código Penal:

“Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”

Parece-nos, à luz de considerações anteriormente expendidas — n. 12, § 3.º, 13, §§ 2.º e 3.º, 14, § 4.º, e 15 a 17, *supra* — que nem mesmo nesta figura delituosa se enquadrariam os fatos relacionados com a abertura e movimentação de contas bancárias “fictícias”, tal

como provisoriamente admitidos e com ressalva de não virem a ser, todos ou alguns, relativamente a este ou àquele acusado, reputados provados em julgamento final.

Se, todavia, no que nos pareceria um apuro de rigor, o Supremo Tribunal Federal houvesse de superar sucessivamente cada um dos escolhos da irrelevância do falso nome, da boa-fé excludente do dolo, da mera simulação, e finalmente, da declaração falsa, todavia de eficácia sujeita a averiguação, ainda aí, creríamos despontar para os acusados, como pior hipótese, e para a acusação, como melhor, a imperativa desclassificação de falsidade ideológica para falsa identidade.

19. A Lei 7.492, de 16.6.86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, prevê figura semelhante, mas específica, assim:

“Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio.

Pena: detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

É a destinação do *falsum*, convolada em realização de operação cambial — tema que mais sensivelmente toca ao interesse nacional, porque condicionante da disponibilidade de divisas com que precisa contar o País —, que justifica o agravamento, em confronto com a figura genérica da falsa identidade do art. 307 do Código Penal, da retribuição penal: detenção de 1 a 4 anos, ao invés de detenção de 3 meses a 1 ano. Na perspectiva do nosso Direito Penal globalmente considerado, a figura específica constitui como que falsa identidade qualificada.

Fosse também relevante, conquanto em menor medida, em termos de política criminal voltada para a tutela do sistema financeiro, a incriminação do mesmo núcleo de conduta, mas destinado à abertura de conta bancária de

⁽⁴²⁾ *Lições...*, cit., p. 355.

depósito, tê-la-ia feito o legislador, na mesma assentada e sob idêntica inspiração, para estremá-la da figura genérica e cominar-lhe pena maior do que a desta.

Não no fez, certamente, o que revela haver estimado bastante, em tese, para tutela da higidez do sistema financeiro no tocante à abertura de conta bancária sob falsa identidade, a figura genérica do Código Penal.

20. Resulta disso, que A, agente de falsa identidade qualificada (valha a licença), cuja conduta se envolve com operação de câmbio e por isso compromete mais intensamente o interesse público, sujeita-se a apenação com detenção de entre 1 e 4 anos. Diversamente, B, agente de falsa identidade pura e simples — conquanto voltada para a abertura de conta bancária, circunstância objetiva que a lei não valoriza para mais grave incriminação —, sujeita-se a apenação, significativamente mais branda, com detenção de entre 3 meses e 1 ano.

Ora, se a conduta de B fosse capitulada e punida como falsidade ideológica (art. 299), ao invés de como falsa identidade (art. 307), estaria ele sujeito a apenação com reclusão entre 1 e 5 anos, muito mais grave em qualidade, e um quarto maior em quantidade, do que a impositiva a A. Este, porém, é quem mais funda e nocivamente violou a ordem jurídica e a ordem econômica.

Semelhante despropósito, ainda que delineado em linha puramente hipotética, não se há de temer que o perpetre tão conspícuo juízo penal.

Esta questão, da exata classificação dos crimes atribuídos aos acusados — sob a condição, naturalmente, de os fatos se reputarem provados e juridicamente constituírem *crimina falsi* —, não nos foi proposta pelos consulentes. Nossa consciência jurídica, todavia, não permite que sobre ela silencemos.

4. Continuidade delitiva

21. Como visto de início (n. 1, § 2.º, item 1.º, *c. supra*), as razões finais da acusação pública sustentaram “que a movimentação de uma só conta bancária falsa constitui crime continuado, enquanto se caracteriza concurso material de crimes a movimentação de cada uma das contas abertas em nome de pessoas fictícias”, pelo que postulou a condenação dos acusados Paulo César e Jorge Waldério pela prática dos crimes “de forma continuada e em concurso material”. Daí a 2.ª questão dos consulentes, assim formulada: “se os fatos estivessem provados e configurassem tal crime, a pluralidade de contas fictícias seria razão jurídica bastante para excluir a continuidade delitiva (Código Penal, art. 71) e implicar configuração de concurso material de tantos crimes quantos fossem elas (*idem*, art. 69)?”

Essa justificação do Ministério Público Federal, com todas as vênias, sabe a *trouville*. Para dizer o menos, traduz ressaibo — de todo inapropriado, aliás — da velha controvérsia sobre a configuração de crime continuado quando se lesam bens personalíssimos de sujeitos passivos diversos, e solenemente ignora a reforma penal de 1984, que a pôs de lado com a introdução do parágrafo único do art. 71.⁴³

Quando assim não fosse, e ainda sobrevivesse, ente nós, a *vexata quaestio*, em cujo desate a acusação pública porventura aderisse à corrente negativista, de quais sujeitos passivos diferentes estaria ela a falar? Dos “fantasmas” jocosamente referidos pelos jornais? De

⁽⁴³⁾ Cf. Francisco Fernandes de Araújo, “Da aplicação da pena em crime continuado ante a reforma de 1984”, *Revista dos Tribunais* 615/249-256, 253; Hermenegildo de Souza Rego, “Crime continuado, unificação de penas e Lei 7.209/84”, *Revista dos Tribunais*, p. 622/398-408, 404.

quais bens personalíssimos, dos comumente exemplificados pela doutrina, seriam “eles” titulares? Da vida? Da integridade corporal? Da honra? Da liberdade? Do pudor individual? Francamente, não há como levar-se a sério a objeção.

Tão escasso se torna, mais e mais e a cada minuto, o nosso pouco tempo restante, que nos vemos compelidos a fazer remissão, porque também úteis para a resposta à 2.^a questão dos consulentes, às considerações que fizemos sobre a determinação dos sujeitos passivos (n. 6, *supra*).

22. Tirante a plural titularidade das contas bancárias “fictícias” — que, como visto, não guarda a mínima relevância —, o Ministério Público Federal admite que se fazem presentes as demais condições da continuidade delitiva.

Outra vez, e naturalmente, sob a condição de os fatos se reputarem provados e juridicamente constituírem *crimina falsi*, assim pensamos por igual.

Também não obstará à configuração de crime continuado, o se tratar de declarações mendazes sucessivamente feitas sobre a própria identidade pessoal do declarante.⁴⁴

⁽⁴⁴⁾ Cf. Antonio Pagliaro, *I Reati Connessi*, p. 148.

Em suma, mesmo que se considerasse configurada, factual e juridicamente, a falsidade ideológica, tratar-se-ia, em relação a todas as contas “fictícias”, de um só crime continuado. Outro tanto e nos mesmos termos, se se considerasse configurada a falsa identidade. O acusado Paulo César, porque apontado como mentor de todo o plano de ação, vincular-se-ia, pela indigitada autoria intelectual comum, a todas as condutas de todos os demais acusados de idêntico delito, respondendo também, tal como eles, por um só crime continuado. Como a nenhum acusado se imputa a prática de uma só ação, mas, sempre e a todos, de mais de uma, inexisteria o problema de se separar algum, ou alguns, da incriminação geral, para se lhes não estender o acréscimo pela continuação.

5. Conclusão

23. Em conclusão, respondemos negativamente, em princípio, à 1.^a questão dos consulentes, como o adendo e que, a não dever prosperar nossa resposta negativa, ter-se-á configurado o crime de falsa identidade de que trata o art. 307 do Código Penal, e não o crime de falsidade ideológica de que trata o art. 299 do mesmo Código; e negativamente, *tout court*, à 2.^a questão.

É o nosso parecer, s.m.j.