

DA JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO*

*Desembargador Federal do TRF da 5ª. Região,
Professor de Processo Civil da Faculdade de
Direito do Recife-UFPE*

Sumário:

1. Introdução. 2. Limites ao Poder de Denunciar: Exegese dos Arts. 41 e 43 do CPP. 3. À Cata do Conteúdo Jurídico da Expressão Justa Causa. 3.1 – No Direito Civil. 3.2 – No Direito do Trabalho. 3.3 – No Direito Processual Civil. 3.4 – No Direito Administrativo Sancionador. 3.5 – No Direito Penal. 3.6 – No Direito Processual Penal. 4. A Apuração da Materialidade dos Crimes que deixam vestígios. 4.1 – O Exame de Corpo de Delito e a Materialidade dos Crimes em Geral. 4.2 – A Apuração da Materialidade dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Bibliografia.

1. Introdução

O exercício do *poder/dever de denunciar* que reside no Ministério Público sempre foi e continua sendo um dos desafios mais importantes da Ciência Processual Penal, mormente hoje em dia, quando toma maior definição e vulto o elenco dos direitos subjetivos e dos direitos fundamentais, *todos eles apontando na direção da preservação de valores absolutos como a liberdade, a propriedade, a intimidade e outras muitas*

conquistas individuais que se consolidaram lentamente ao longo da História.

Seria demasiado afirmar que as promoções processuais de iniciativa do Ministério Público apresentariam, *pelo só circunstância de se tratar de exercício reservado ao Parquet*, algo que devesse ser tido como imune a desvios, erros e exorbitância.

Pelo contrário, a relevante atividade denunciatória do Ministério Público, achar-se, como as dos demais agentes públicos promotores de ações, submetida ao controle judicial por meio do processo, em cujo pórtico são analisadas as condições ou condicionamentos de admissão.

Assim, as promoções do Ministério Público devem ser filtradas, inicialmente, no juízo de admissibilidade exercido pelo Juiz e, depois, fica ainda contrastada por intermédio de múltiplos recursos e várias formas de resistência, *tudo visando a sua paralisação (trancamento da ação penal) em nome de situações timbradas de variados matizes processuais, que podem ser agrupados, com alguma dose de generalidade, sob a denominação genérica de falta de justa causa.*

A *justa causa*, por conseguinte, absorve no seu conceito ou na sua noção o sentido de algo que seja prévio e externo ao pedido inicial da ação, sem o que a postulação se torna improcedível; sem esse elemento a promoção penal implica em dura restrição ao direito das pessoas, *pois a deflagração da ação penal, só por si, já traz um assombroso efeito sobre os indivíduos.*

Tem, absoluta pertinência, portanto, a declaração de *o homem honesto, depois do temor da morte, o que mais teme é uma ação penal contra si.*

Des'tarte, se vê o quão estratégica se mostra a percepção da *justa causa*, quando se trata de definir o seu *conteúdo jurídico*, especialmente para o efeito de constatação se, em certa e determinada situação processual, se pode afirmar (ou negar) a sua presença.

A ambigüidade e a imprecisão que parecem cercar o significado dessa expressão devem, em cada caso, ser superadas pelo exame judicial do contexto objetivo do processo, em busca da identificação do seu exato conteúdo, caso-a-caso.

Essa dificuldade tem permitido afirmar que *a justa causa para a ação penal* seria uma espécie de *evidência processual* ou mesmo uma *quase-obviedade, relativamente à existência de uma conduta penalmente reprovável, bem como ao seu resultado injurídico e injusto e, ainda, à definição fortemente indiciária da sua autoria.*

A contrario sensu, ter-se-ia a *ausência de justa causa para a ação penal*, quando não houvesse, *logo à primeira vista, a indubitosa conclusão da existência objetiva de crime a punir.*

Dessa forma, situações especiais, quer pela evidente atipicidade do fato, quer pela impossibilidade da ação delitiva, quer pela manifesta ilegitimidade da parte, quer pela extinção da punibilidade, quer por qualquer outro motivo (art. 43 do CPP), *não comportam a promoção denunciatória do Ministério Público e, se for manifestada, não deve ter curso.*

Formou-se, assim, a doutrina de que, *havendo crime em tese*, estar-se-ia diante de uma situação objetiva em que a alegação da *inexistência de justa causa não seria aceitável*: a Jurisprudência dos Tribunais é recheada de decisões em que essa orientação é seguida como se fora um autentico dogma.

Entretanto, pode ocorrer o surgimento de problemas processuais de não pequena monta, *quando o exame judicial da presença da justa causa para a ação penal se exaure na análise superficial do seu só elemento normativo (a simples existência da lei prevendo tal conduta como criminosa)*, deixando-se para a fase instrutória a detecção da materialidade e às vezes a detecção da própria autoria do crime, ainda que no nível indiciário.

Parte da doutrina jus-penalista e também da Jurisprudência dos Tribunais se tem sensibilizado com as *rematadas injustiças* que se materializam em processos penais instaurados com base exclusivamente no elemento normativo (a existência de lei incriminadora da conduta), *muitas vezes sem atribuir maior relevo à materialidade do crime e, por igual, à coleta de elementos suficientes para segura indicação da sua autoria*, deixando-se tudo isso para ser resolvido na sentença final, ou seja, submetendo-se o acusado ao estrépito da ação.

Os danos que podem advir às reputações das pessoas submetidas a tais vexames são *sempre irreparáveis*, quando se sabe que o bom nome e a boa fama são o patrimônio intangível das pessoas probas, cuja integridade deve ser respeitada acima de tudo, *mesmo quando não tem expressão econômica ou material*.

É cruel pensar que o indivíduo possa desejar ser processado criminalmente, *para no trâmite da ação vir a evidenciar a sua inocência*.

Bem por isso, uma outra corrente jurisprudencial tem ido além do mero elemento normativo, sem dúvida indispensável, admitindo, como *fator limitante do poder de denunciar, não apenas a materialidade do crime, mas também a presença de seguros indícios quanto à sua autoria, nesta se incluindo (como elemento do tipo) o dolo do agente*, nos casos em que, sem o elemento doloso, o delito não existiria (art. 18. parág. único do CPB).

Tratando-se de crimes contra a ordem tributária, essas reflexões ganham mais relevo, especificidade e importância, porque esses tipos penais têm a sua materialidade, em princípio, apurada *fora da instância penal*, criando algumas situações desafiadoras, que devem ser equacionadas à luz dos preceitos jurídicos garantidores da liberdade, *por maiores que sejam as dificuldades que se enfrentem*.

Entende-se que *a matéria do ilícito penal tributário é a mesma do ilícito administrativo*, ou seja, o ilícito fiscal (administrativo) é o próprio ilícito penal contra a ordem tributária.

No sistema jurídico brasileiro esse raciocínio é *absolutamente imperativo* e não somente por amor ao decantado devido processo legal, mas também porque é permitido ao agente acusado de crime contra ordem tributária extinguir a sua punibilidade, mediante o pagamento dos valores exigidos pelo Fisco, *antes do oferecimento da denúncia (art. 34 da Lei 9.249/95), o que só pode ser definido após a conclusão do procedimento administrativo fiscal*.

Fora da segurança dessa norma, ter-se-ia de admitir que o contribuinte, para escapar da ação penal tributária, pagasse o tributo no montante exigido pelo Fisco, ou seja, abrisse mão do seu direito subjetivo de discutir a definição do seu *quantum*; não deve a ação penal ser exercitada com propósito de arrecadação, *sem que isso signifique que a atividade arrecadadora deva ser ineficaz*.

É, portanto, da natureza dos crimes contra a ordem tributária, *como elemento da sua própria materialidade*, a prévia verificação administrativa de ocorrências factuais configuradoras da *redução ou supressão de tributo devido ao Fisco*. Eis que, logicamente, se *inexistir tributo devido*, impossível se mostra, no plano da existência, a *redução ou supressão de tributo*.

Com efeito, não se pode suprimir ou reduzir valores inexistentes; bem por isso, a materialidade desses tipos penais não dispensa a prévia manifestação da autoridade administrativa competente, clarificando em termos definitivos a ocorrência lesiva ao Erário Público, pois é precisamente desse efeito lesivo que exsurtem as referidas figuras penais típicas.

Sobre o tema o preclaro o Professor HUGO DE BRITO MACHADO já lançou fortes luzes, assinalando a indispensabilidade da prévia exaustão da instância fiscal para o exercício da ação penal em casos de crimes contra a ordem tributária (Questão Prejudicial nos Crimes Contra a Ordem Tributária, Revista Dialética de Direito Tributário, nº. 9), *sendo as suas proposições notavelmente lúcidas e sempre voltadas para a preservação da segurança jurídica dos indivíduos diante das manifestações do poder estatal*

Pode-se afirmar, seguindo a segura lição de HUGO DE BRITO MACHADO, *que admitir o exercício da ação penal, nos crimes contra a ordem tributária, sem a prévia apuração do ilícito fiscal, na via administrativa, é o mesmo que suprimir o direito que tem o contribuinte de impugnar a exigência do tributo, opondo-lhe qualquer causa extintiva da sua exigibilidade, expondo o indivíduo à persecução penal prematura, sem lhe dar a oportunidade de quitar espontaneamente o seu débito Fiscal e, assim, excluir-se da repressão criminal, consoante lhe está legalmente assegurado.*

Mas não é apenas por essa razão abstrata que se mostra indispensável a apuração prévia do ilícito fiscal, para se deflagrar a *persecutio criminis* em casos de crimes contra a ordem tributária, ou outros que se acham em posição símile, eis que essa apuração é a *única via idônea* para se constatar a própria *existência do crime*.

Registre-se que, se assim não for, então se estará admitindo que o Juiz Criminal possa detectar a ocorrência de ilícito fiscal de natureza

civil, *fazendo o lançamento do tributo e na verdade usurpando por via oblíqua, disfarçada na jurisdição criminal, uma atribuição que cabe, privativamente, à autoridade administrativa, nos termos do art 142 do CTN.*

Também seria descabido o argumento de que a promoção da ação penal independe de Inquérito Policial e que, analogicamente, nas mencionadas figuras criminais, poder-se-ia também dispensar a apuração das infrações em processos administrativos regulares; na verdade, o Inquérito Policial não contempla a garantia da ampla defesa e do contraditório, daí porque pode ser empregado com vantagem na coleta de dados relativos à *criminalidade comum*.

Assim não ocorre, porém, na *criminalidade econômico financeira*, porque nesse continente infracional as realidades típicas *dependem de manifestações administrativas*, vale dizer, sem o prévio pronunciamento definitivo dessas autoridades, os crimes simplesmente não existem, *isso porque a detecção do ilícito administrativo entra no núcleo da figura penal típica*.

Ademais, no tocante à *criminalidade tributária*, não se deve perder de vista que o direito de promover a extinção da punibilidade através do pagamento do tributo foi reintroduzido no Direito Brasileiro pelo art. 34 da Lei 9.249/ 95, de sorte que tem carradas de razão HUGO DE BRITO MACHADO quando observa, com inteira pertinência:

Agora, quando a lei restabeleceu o direito de extinguir a punibilidade pelo pagamento do tributo, tornou-se indubitoso o direito que tem o contribuinte de ter a ação penal precedida do lançamento do tributo. Só com este saberá quanto deve e somente assim poderá efetuar o pagamento, extintivo de sua punibilidade. Inadmissível, portanto, transformar-se o juízo penal em juízo de acerto tributário, o que implica suprimir-o direito de extinguir a punibilidade com o pagamento do tributo (op. cit. p. 51/52).

No itens subseqüentes desse estudo são desenvolvidas outras idéias de apoio a essas iniciais, mas não se deve esquecer que os problemas nessa seara do processo penal continuam em aberto e à espera de novas e mais refletidas contribuições.

2 Limites ao Poder de Denunciar: Exegese dos arts. 41 e 43 do CPP

A formulação da denúncia se submete a exigências legais de natureza *insuperável*, sem as quais não poderá ser exercida validamente, conforme se contém no art. 41 do CPP:

Art. 41 – A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

2.1 Exposição Circunstanciada do Fato

Para fazer a *exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*, se impõe que deva o órgão denunciante *conhecer e saber*, em toda a extensão, a *realidade* desse mesmo fato, sem o que terá de recorrer, obrigatoriamente, a alegações genéricas, insuficientes para dar conta da própria *materialidade* do crime.

A exigência legal de a denúncia criminal conter a descrição pormenorizada da conduta do indivíduo acusado *sempre esteve associada, na tradição dos estudos processuais no Brasil, ao direito de defesa que lhe é consectário*, entendendo-se que a falta dessa descrição pormenorizada ou a presença de descrição defeituosa, fantasiosa ou incompleta, *sacrificava o exercício das prerrogativas defensivas*.

A doutrina jurídica nacional sobre o relevante instituto processual penal da *denúncia*, centrada na prática de ilícito cometido por uma só pessoa (unipessoal), e *admiravelmente uniforme* quanto à indispensabilidade da exigência da descrição da conduta do agente na

prática do crime, como se pode ver nas lições sempre atual do eminente Professor HÉLIO TORNAGHI.

Para este ilustre Professor, a exigência legal da exposição minuciosa atende à necessidade de o Juiz conhecer plenamente as circunstâncias acidentais do fato infringente da lei, de modo que possa saber as suas causas, efeitos, ocasião, antecedentes e conseqüentes; assinala ainda o mesmo mestre que é através da *narrativa circunstanciada* que o Juiz adquire a posse e o domínio do controle dos elementos que lhe permitirão formar um *juízo de valor*, sendo certo que sem esses elementos a convicção judicial resultará claudicante e sem maior apoio no mundo real.

Frisando que o núcleo da denúncia é a *exposição circunstanciada* do fato, assim se expressa o acatado doutrinador FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

Tal exposição circunstanciada torna-se necessária, não só para facilitar a tarefa do Magistrado, como também para que o acusado possa ficar habilitado a defender-se, conhecendo o fato que se lhe imputa (Processo Penal, Saraiva, 1993, vol. 1, p. 344).

O indeclinável atendimento a essa exigência de ordem legal é assim realçada por JÚLIO FABBRINI MIRABETE:

É indispensável que na denúncia se descreva, ainda que sucintamente, o fato atribuído ao acusado, não podendo ser recebida a inicial que contenha exposição vaga, imprecisa, de tal forma lacônica que torne impossível ou extremamente difícil ao denunciado entender de qual fato preciso está sendo acusado (Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 1994, p. 89).

Uma das mais reverenciadas personalidades do mundo jurídico brasileiro, a douta Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, tem palavras incisivas a respeito dessa exigência, dizendo com a precisão típica dos seus pronunciamentos:

A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), isto é, 'não só a ação transitiva, como a pessoa que o praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis) o malefício que produziu (quid), os motivos que a determinaram a isso (cur), a maneira por que o praticou (quomodo), o lugar onde o praticou (ubi) e o tempo (quando)' (João Mendes Jr.). A narração deficiente ou omissa que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais (As Nulidades no Processo Penal, Malheiros, 1992, p. 78).

A completude da denúncia, portanto, atende a duas finalidades de igual relevância: (i) *permite ao Juiz Criminal avaliar, no exame de sua admissibilidade, a ratio essendi da sua proposição, indicativa de segura consistência quanto aos fatos narrados e às indicações da autoria e (ii) viabiliza que o denunciado, conhecendo por inteiro todo o conteúdo do que contra ele se argúi, possa efetivamente se defender de modo desembaraçado.*

Nessa perspectiva, pode-se dizer que os termos da formulação da denúncia devem indispensavelmente viabilizar o contraditório, através da resposta do denunciado, integrando-se na *amplitude do direito de defesa*.

A Jurisprudência dos Tribunais não discrepa dessa orientação, sendo numerosos os julgados que a proclamam, às vezes de modo bem enfático, como se vê nestes exemplares acórdãos proferidos no egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Não contendo a denúncia, ainda que resumidamente, elementos que tipifiquem a conduta do indiciado, nem individualizem seu proceder, peca por inépcia, determinando, assim, o trancamento da ação penal (REsp. 5.652-ES, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, RevSTJ 24, p. 415).

A denúncia deve necessariamente apresentar-se lastreada em elementos que evidenciem a viabilidade da acusação, sem o que se

configura abuso do poder de denunciar, coarctável por meio de habeas corpus. (RHC 1.580 RJ. Rel. Min. COSTA LEITE, RevSTJ 29, p. 103).

No colendo Supremo Tribunal Federal a espécie tem tido o mesmo equacionamento, como se constata nesse lúcido acórdão da Suprema Corte, que serve de paradigma, do qual foi relator o eminente Ministro CELSO DE MELLO:

O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado à ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia – enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria res in judicio deducta. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta (RTJ 57/ 389J). (HC 70.763-7-DF, DJU 23.09.94, p, 25.328).

Em conclusão: no nível da denúncia contra um só indivíduo, *não há controvérsias quanto à indispensabilidade da descrição minuciosa da conduta do agente, em face dos insuperáveis parâmetros legais da denúncia criminal comum*, matriciados no art. 41 do Código de Processo Penal.

Nas leis penais esparsas, há geralmente a remissão aos ditames do art. 41 do CPP, quanto aos elementos obrigatórios da denúncia e, não havendo, a própria lei os positivará.

Nos crimes eleitorais, por exemplo, o Código Eleitoral (art. 257, parág. 2º.), traz exigências similares às do art. 41 do CPP, prescrevendo que *a denúncia conterà a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

Contudo, surge um sério complicador na análise dos termos da denúncia, quando o ilícito penal é de *autoria coletiva*, como se vem relatando, impondo-se definir se, nesses casos, bastará à denúncia descrever o tipo penal objetivo realizado pela *coletividade dos agentes* e quais as pessoas integrantes desse grupo, ou se, pelo contrário, se lhe impõe igualmente a descrição minuciosa da *conduta de cada um deles, minudenciando os respectivos detalhes.*

As opinações em contrário, porém, inadmitem submeter o indivíduo ao estrépito do processo penal, por ser-lhe sempre altamente constrangedor, só se justificando essa situação quando a sua conduta é claramente infratora da norma penal proibitiva, daí ser indispensável, ao que apregoam, que a denúncia descreva em permenores essa mesma conduta.

Mesmo antes da Carta Magna de 1988, *que deu foros de garantia magna ao contraditório e inquestionável base constitucional positiva à amplitude do direito de defesa (art. 5º, LV)*, os escritores de maior nomeada, como os Professores GERALDO ATALIBA, JOSÉ FREDERICO MARQUES e HELY LOPES MEIRELES, já afirmavam a indispensabilidade da descrição completa da conduta do agente *em todos os procedimentos que visassem à aplicação de sanção*, como assinala o eminente Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO (Princípios Constitucionais de Processo, *in* Temas de Direito Público, Del Rey, 1994, p. 208).

Essa posição doutrinária tinha, já naquele tempo, repercussão e acolhida nos domínios da Jurisprudência dos Tribunais, como no antigo TFR (AMS 78.673-RN, Rel. Min. MÁRIO VELLOSO, Rev TFR 56/218).

Como se propala com inegável acerto, o berço do contraditório é efetivamente o processo penal comum, segundo refere a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER (As Garantias Constitucionais do Direito de Ação, RT, 1973, p. 39), *tendo daí se expandido para todas as outras formas processuais e se disseminado de modo proveitoso como componente ideológico da própria liberdade individual, máxime das garantias explícitas quanto aos direitos subjetivos.*

Por igual, diz-se (com razão) que o *contraditório penal se materializa através do exercício da defesa, vale dizer, se a defesa do acionado resulta, de qualquer modo, obstaculada, pode-se afirmar que restou seguramente afrontada a garantia do contraditório, maculando-se todo o processo (e também, obviamente, a sua decisão) da mais grave mancha que pode contaminar o procedimento: a inconstitucionalidade.*

Dissertando sobre a acepção ampla da garantia do contraditório e do exercício do direito de defesa que nele se encarta, a sempre louvada Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER assim leciona:

Ora, nessa ampla acepção, ação e defesa não se exaurem, evidentemente, no poder de impulso e no uso das exceções, mas se desdobram naquele conjunto de garantias que, no arco de todo o procedimento, asseguram as partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, em juízo, para a tutela de seus direitos e interesses, utilizando toda a ampla gama de poderes e faculdades pelos quais se pode dialeticamente preparar o espírito do Juiz. O paralelismo entre ação e defesa é que assegura aos dois sujeitos do contraditório instituído perante o Juiz a possibilidade de exercerem idos os atos processuais aptos a fazer valer em juízo seus direitos e interesses e a condicionar o exilo do processo (As Garantias Constitucionais do Processo, in Novas Tendências do Direito Processual, Forense. 1990, p. 5).

No âmbito do processo penal, a denúncia é a peça inicial deflagradora da ação (art. 41 do CPP), cuja regularidade condiciona o seu recebimento pelo Juiz (art. 394 do CPP) e a subsequente citação ou requisição do réu pelo Oficial de Justiça (arts. 351 e 360 do CPP); essa peça inicial (denúncia) *fixa os pólos subjetivos da lide penal e também o seu objeto, de tal sorte que é defeso ao Juiz decidir espécie fática-jurídica que nela não venha versada.*

2.2 Imputação

Ressalte-se que a denúncia, embora devendo conter variados requisitos, tem o seu elemento nuclear na *imputação* que se faz ao acusado, sendo por intermédio dela (da imputação) que o órgão acusador *delimita o pedido.*

Exatamente por isso se exige *que o fato delituoso fique perfeitamente caracterizado, para não se extraviar o poder de denunciar nos meandros dos boatos: fatos (e não boatos) são o supedâneo da denúncia; o corpo da denúncia é a narrativa dos fatos delituosos, a imputação, a sua alma.*

O sempre lembrado Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES assim se expressa a respeito da *essencialidade da imputação* na configuração da denúncia, como peça iniciadora da ação penal:

Mas o que identifica, precipuamente, a ação penal, é a imputação, ou seja, a atribuição do fato delituoso ao acusado. E isto se contém na denúncia, uma vez que ali se expõe um fato criminoso e se qualifica o acusado, id est, a pessoa a quem se atribui a prática daquele fato (Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, BookSeller, 1997, p. 147).

E noutra passagem da sua festejada obra o ilustre processualista ajunta:

A acusação se apresenta como o ato fundamental do processo penal condenatório. Com ela se delimita, mediante a imputação, a área em que deve incidir a prestação

jurisdicional, uma vez que o fato delituoso em que se baseia a pretensão é que fixa o objeto da decisão do órgão judiciário, A ação, que é a atividade do acusador, e a sentença, que é o ato jurisdicional, têm na acusação uma espécie de denominador comum. E o mesmo se diga da defesa, pois as alegações do réu são contra a pretensão constante do pedido acusatório (ob. cit, p. 151).

A imputação que deve permear a narração dos fatos é a ratio essendi da denúncia; por conseguinte, o narrador (Ministério Público) deve ser exato e completo, *ainda que tenha o raro dom da concisão expositiva*, mas terá de imputar claramente ao acusado *fatos determinados e certos*; a imputação não comporta ambigüidades ou imprecisões e sem ela a denúncia não existe no mundo dos atos eficazes: *será apenas um simulacro de denúncia*.

Sem esses requisitos intrínsecos, *sem essa quase perfeição*, a denúncia fada-se à nulidade e à inaceitação subsequente pelo Juiz, por carrear entraves ao contraditório processual, pois, como assevera a já citada Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, *a narração deficiente ou omissa que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais (ob. cit., p. 78).*

Revela-se, assim, *que não existe denúncia sem imputação*, ou seja, denúncia que não atribua a certa e determinada pessoa a prática de certos e determinados atos criminosos.

Se o órgão acusador claudica no desempenho do encargo imputacional, não é só a sua denúncia que se mostra trôpega, *mas também a eficácia, no momento crucial da sua aplicação concreta, de um dos mais caros princípios do Direito Público, atuante no Direito Penal, qual seja o do devido processo legal*.

Lembre-se que o devido processo legal (máxime em matéria penal) não se exaure na simples *comunicação da acusação*, com a abertura da oportunidade de defesa, mas se desdobra na implementação

de outras indispensáveis exigências que têm sede no procedimento da atividade sancionatória, *a primeira das quais é seguramente a plena cognição, pelo acusado, de todo o conteúdo da denúncia.*

O Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI, enfatizando sobretudo as suas matrizes doutrinárias, assim expressa a dimensão da garantia do devido processo legal:

Igualmente que o processo judicial, na sua finalidade compositiva de litígios, ou resolutória de conflito de interesses de alta relevância social, consubstancia-se numa garantia, conferida pela Magna Carta aos membros da coletividade, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais mediante a efetivação do direito ao processo, com a imprescindível concretização de todos os seus consectários, num prazo razoável. Estes, por sua vez, constituem na forma do seu conjunto, e em, sede penal, o devido processo penal, especificando se, outrossim, nas seguintes garantias: (a) o acesso à Justiça Penal, (b) o juiz natural em maioria penal, (c) o tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal, (d) a plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes, (e) a publicidade dos atos processuais penais, (f) a motivação dos atos decisórios penais e (g) afixação de prazo razoável de duração do processo penal (Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, RT, 1993, p. 36).

No nível operacional (e funcional) do processo, identifica-se uma das mais evidentes formas de desprezo ao devido processo legal, em matéria penal, *quando se submete a pessoa denunciada aos vexames do processo-crime sem antes se lhe haver dado ciência, do modo mais completo e cabal, com todos os seus detalhes e circunstâncias, da imputação fática que concretamente lhe é feita.*

Se a denúncia é ambígua quanto aos fatos ou imprecisa quanto aos elementos indiciários do seu autor (dos fatos), diz-se que não reúne condições legais de procedibilidade, por impossibilitar (ou cercear duramente) o direito de defesa, que é o núcleo do contraditório, sendo este, realmente, a mais conspícua garantia constitucional da liberdade.

Realçando a superior importância da *circunstanciada exposição* do fato imputado ao acusado, o eminente Professor HÉLIO TORNAGHI, assim doutrina sobre o referido art. 41 do CPP:

Refere-se o Código à exposição minuciosa, não somente do fato infringente da lei, como também de todos os acontecimentos que o cercaram; não apenas de seus acidentes, mas ainda das causas, efeitos, condições, ocasião, antecedentes e conseqüentes. A narrativa circunstanciada ministra ao Juiz elementos que o habilitam a formar um juízo de valor. Para que o ato humano seja considerado bom, força é que o seja tanto no essencial, quanto no accidental. No terreno do direito punitivo, a circunstância, por si só, não determina a punibilidade, exatamente por não ser essencial. Mas a consideração dela permite uma retribuição jurídica mais perfeita, porque adequada à gravidade do delito (Curso de Processo Penal, vol. 1, Saraiva, 1989, p. 43).

2.3 Valoração de Plausibilidade

Essa visão *conceitual da denúncia-crime* reflete a preocupação do insigne jurista com a sua *seriedade* e a sua *gravidade*, bem como a de que ao Juiz sejam fornecidas *todas* as informações de que necessita para elaborar um *completo juízo de realidade* (sobre os fatos) e um *completo juízo de valor* (sobre a justiça), sem o que o ato de receber (ou rejeitar) a denúncia poderá ser um ato de simples arbítrio ou de pura arbitrariedade judicial.

A sanção para a inobservância de tais exigências é a *rejeição obrigatória da denúncia*, segundo a dicção do art. 43 do mesmo CPP:

Art. 43 – A denúncia ou queixa será rejeitada, quando:

I – o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal,

A aplicação do art. 43, I do CPP depende, como é óbvio, de o Juiz dispor, com a denúncia, de *todos os elementos que configuram o fato*

imputado ao agente e de todos os elementos que lhe denotam o conteúdo criminoso; o fornecimento de todos esses dados é que configura a objetividade da imputação, sem a qual a denúncia se faz carente de procedibilidade, ou seja, sem esses elementos, não haverá o núcleo da denúncia, que é a *imputação*.

O douto Professor FERNANDO DA COSTATOURINHO FILHO, assinalando a análise de situação concreta que deve preceder ao oferecimento da denúncia, assinala a *indispensabilidade da presença de elementos de todo sérios e idôneos quanto ao fato imputado* (materialidade do ilícito penal) e igualmente *indícios razoáveis* quanto à alegação de ser determinada pessoa (o acusado) o seu autor (autoria do ilícito penal).

Sem esses elementos (materialidade e indícios da autoria) a peça denunciatória não merece acolhimento, segundo o apreciável magistério de TOURINHO FILHO (Código de Processo Penal Comentado, vol. 1, Saraiva, 1999, p. 121).

Ainda ao ver desse acatado doutrinador, a ausência desses elementos acarreta a *falta de respaldo probatório* ou interesse de agir, caracterizando-se (a denúncia ou o seu recebimento) como *manifesto constrangimento ilegal*, a teor do art. 648, I do CPP, desafiador da ordem de segurança (*Habeas Corpus*) para o trancamento da ação penal; acrescenta o mestre que tal interesse de agir envolve a *plausibilidade do pedido* (op. cit., p. 121).

Esse *substrato da ação penal* (a plausibilidade do pedido) é revelador da sua aceitabilidade em tese, ou seja: indicador de que a iniciativa denunciatória *merece aplauso* (raiz etimológica do termo *plausível*), reúne elementos para a sua procedibilidade do ponto de vista do processo, *não se tratando de mero palpite, de mera suspeita ou simplesmente do exercício abusivo e sempre condenável do poder de denunciar*.

A Jurisprudência dos Tribunais tem estancado o trâmite de ações penais que refogem a esse padrão, como se vê nestas paradigmáticas decisões do colendo Superior Tribunal de Justiça e dos egrégios Tribunal de Justiça de São Paulo e Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

Para o exercício regular da ação penal, pública ou privada, é indispensável, entre os pressupostos do art. 43 do CPP, justa causa, expressa em suporte mínimo de prova da imputação. A credibilidade da ação decorre de prova evidente do fato. O simples relato da suposta ofensa, na queixa crime, isoladamente, não justifica o seu recebimento. Recurso improvido (STJ, REsp. 441-RJ, Rel. Min. JOSÉ CÂNDIDO, RT 674, p. 341).

Sem que o fumus boni juris ampare a imputação, dando-lhe os contornos de razoabilidade, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou queixa não pode ser recebida ou admitida. Para que seja possível o exercício da ação penal é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação ou representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios mais ou menos razoáveis, de que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção (TJSP, HC 78.732-2, de Ribeirão Preto, Rel. Des. ANDRADE CAVALCANTE, RT 643, p. 299).

A denúncia só merece recebimento quando, ao descrever, mesmo em tese, o cometimento de figura delituosa, se apóia em fatos capazes de configurar a conduta criminosa apontada (TRF 5ª R., RCCR 11-0-PB, Rel. Juiz JOSÉ DELGADO, DOE/PE 25.04.90).

2.4 Difusão do Conceito de Justo Causa

A orientação adotada nesses venerandos julgados permite concluir que a *justa causa* para a denúncia permeia *todos* os incisos do art. 41 do CPP, sob a sanção do art. 43 do mesmo Código (rejeição), e que a falta de qualquer deles *inviabiliza* o trâmite da peça denunciatória, dando ensejo ao seu trancamento, por meio da ação de *habeas corpus* (art. 648, I do CPP).

Com efeito, a formulação de denúncia é uma atividade *complexa* e de *alta responsabilidade*, que exige do Ministério Público a

mais esmerada atenção, para a exata e mais completa descrição do crime imputado a determinada pessoa, pois, como adverte RONALD DWORKIN, *há, inevitavelmente, unia dimensão moral associada a um processo Judicial e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública, já que, segundo o mesmo autor, os processos criminais são os mais temidos de todos e também os mais fascinantes para o público* (O Império do Direito, tradução de Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, 1999, p. 3/4).

A denúncia do Ministério Público deve, portanto, descrever, *em todos os seus detalhes*, os dados centrais da formação do *tipo penal*, que exige, sempre e necessariamente, a presença concomitante desses elementos:

a) *a conduta* (dolosa ou culposa) do agente, seja ela comissiva (ação) ou seja omissiva (omissão);

b) *o resultado prejudicante*, salvo nos chamados *crimes de mera conduta*, que se perfazem com o só comportamento;

c) *o nexo de causalidade* entre a conduta (positiva ou negativa) do agente, exceto nos crimes que não dependem de resultado (os chamados crimes de mera conduta) e o respectivo resultado prejudicante e, finalmente,

d) *a tipicidade* (subsunção da conduta do agente no modelo ou desenho legal).

É cabível assinalar, com realce, que a escusa legal para a conduta (*não qualquer escusa, ainda que moralmente legítima, mas exclusivamente a escusa prevista em lei*) desestrutura a tipicidade da conduta e, por conseguinte, elimina-lhe fatal e necessariamente o caráter criminoso (*não haverá crime*) e *nem mesmo se realizará o tipo penal*,

consoante tem ensinado o mestre FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO (Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 1991, p. 167).

Nos crimes contra a ordem tributária, a conduta do agente *consiste* em uma deliberação da sua vontade, que se converte numa atuação concreta, orientada para a prática dos atos listados no art. 1º, I a V da Lei 8.137/90, *visando, como resultado prejudicante, a supressão ou redução de exações fiscais* (tributo, contribuição ou seus acessórios).

O *resultado prejudicante* é o efeito objetivo de suprimir ou reduzir exações fiscais, *de sorte que, se esse efeito não for produzido, não se terá realizado o tipo penal*, embora alguma outra infração, de ordem administrativa fiscal, por exemplo, possa ser detectada.

Esse tal resultado é exigível como derivação do *princípio da lesividade relevante*, que limita, do ponto de vista da elaboração da norma penal, a criminalização das condutas humanas, mas também atua no momento da aplicação da norma, evitando que o Juiz Criminal envolva a estrutura judiciária em *bagatelas jurídicas*, fatos despojados de danosidade ou risco, *embora aparentemente típicos*.

Quando o relevo sociopolítico é nenhum, a figura típica de esvazia, segundo afirma CARLOS VICO MANAS, levando às conseqüências mais práticas possíveis o velho brocardo romano segundo o qual de *minimis curat non Praetor* (O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, Saraiva, 1994).

Entretanto, há respeitáveis posições doutrinárias avessas a essa conclusão, advogando que as situações de rejeição da denúncia previstas no art. 43 do CPP *não são hipóteses de falta de justa causa*.

A argumentação dessa parte da doutrina calca-se, inclusive e especialmente, na redação do art. 44, parág. 1º da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), ao dizer que a *denúncia ou queixa será rejeitada quando não*

houver justa causa para a ação penal, bem como nos casos previstos no art. 43 do Código de Processo Penal; alega-se, mas sem razão, que se as hipóteses de ausência de justa causa estivessem (todas) no art. 43 do CPP, não teria sentido a redação do art, 44, parág. 1º. da Lei 5.250/67.

A leitura que se deve fazer do art. 44, parág. 1º da Lei 5.250/67 é aquela que indica a possibilidade de *outras situações de ausência de justa causa*, para além daquelas contempladas no art. 43 do CPP, *mesmo sendo tarefa árdua imaginar alguma que as extrapole.*

É lógico que a redação das normas legais deve ser clara e precisa, não semeando dúvidas e incertezas no espírito de quem as lê ou na consciência dos seus destinatários e aplicadores, *mas não será de molde a inviabilizar a sua compreensão, máxime quando há esforço intelectual voltado para a descoberta dos seus sentidos.*

3 À Cata do Conteúdo Jurídico da Expressão Justa Causa

A expressão *justa causa*, empregada em múltiplas situações e contextos jurídicos, não tem um significado único e o seu sentido se carrega tanto de elementos axiológicos (*qual o conceito de justa*), como de elementos de teor concreto ou material (*qual o conceito de causa*); quando se fala em *justa causa* se está, certamente, aludindo ao *fato que explica* certo acontecimento e à razão que o justifica.

A palavra *causa*, por seu turno e isoladamente, está associada à noção de *origem ou fonte* de fenômenos materiais e à de *motivo ou razão* de fenômenos psicológicos: assim se diz, por exemplo, *causa* da enfermidade, *causa* do acidente, *causa* da morte (*causa mortis*), *causa* da lesão ou, ainda, causado suicídio, *causa* da tristeza e *causa* da emoção.

Quando se exprime a locução *justa causa*, permeia-se um fato material, um evento ou um acontecimento (*causa*) com a notação de algo transcendente, como o elemento *justiça*, contido no adjetivo restritivo (*justa*), de modo a se induzir que a causa em si *não bastará* para produzir

o efeito cogitado, mas se exige que a causa *seja justa*, para que esse mesmo efeito tenha existência, no plano jurídico.

Ademais, essa mesma expressão *justa causa* assume significados distintos, conforme seja a seara jurídica ou o domínio em que se detecta a sua ocorrência.

3.1 No Direito Civil

O art 1.058 e parág. único do vigente Código Civil contemplam as figuras do *caso fortuito* e da *força maior* como elisivas da responsabilidade do devedor, *eis que se trata de dois institutos pertencentes ao campo do Direito Obrigacional*, ambos geradores de Justa causa para a desobrigação da parte.

Mas, como adverte o grande CLÓVIS BEVILÁQUA, esse efeito (desobrigação) somente se produz se se acumulam essas condições: (a) *ausência de culpa do obrigado na realização do evento ou no agravamento das suas conseqüências* e (b) *impossibilidade (total ou parcial) do desempenho da obrigação por parte do devedor; se o evento apenas retarda a execução da obrigação, o efeito liberatório fica restrito a mora do devedor* (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, ed. histórica, EdRio, vol. II. p. 174).

Mas as distinções entre os dois eventos não são de fácil identificação (*apesar de os seus efeitos, quanto às obrigações civis, serem os mesmos*), informando o notável CLÓVIS BEVILÁQUA que, na doutrina italiana do seu tempo, *o caso fortuito compreende a força maior* (op. cit, p. 174), então se admitindo que *não haveria divergências essenciais entre as duas figuras*.

Realmente, como avisa o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *não há, nem nas fontes romanas, uma distinção clara e precisa quanto a esses termos (caso fortuito e força maior) e louva o ilustre mestre civilista que assim seja, pois, na prática, ambos correspondem a*

um só conceito, significando os dois a elisão da responsabilidade do devedor (Instituições de Direito Civil, vol. II, Forense, 1972, p. 291).

3.2 No Direito do Trabalho

Quanto às relações jurídicas reguladas pela CLT, a locução *justa causa* pertine ao *motivo* para a rescisão do contrato laboral, ou seja, à ocorrência de *falta grave* para a dissolução do vínculo contratual, quer seja por falta do empregado (art. 482 da CLT), quer seja por falta do empregador (483 da CLT), de sorte que a doutrina, em termos gerais, emprega uma expressão (*justa causa*) como sinônima da outra (*falta grave*), tanto que, como observou o Ministro MOZART VICTOR RUSSOMANO, as faltas do art. 482 da CLT coincidem com as que se aplicam à dispensa do empregado estável, nos termos do art. 493 da CLT (Comentários à CLT, Forense, 1986, p. 551).

O mesmo Ministro MOZART RUSSOMANO assinala que o Professor EVARISTO DE MORAES acolhia como sinônimas essas locuções, mas ressalta o Ministro que *não é sempre que os dois conceitos são plenamente coincidentes*, pois, ao seu ver, em certas situações, poderá haver a *justa causa* sem que tenha se configurado a *falta grave*, inclusive porque esta só tem existência nos casos taxativamente previstos em lei, à feição dos tipos criminais, no Direito Penal (op. cit., p. 552); na sua consideração, ao conceito de *falta grave* se agrega a nota da repetição da conduta (reincidência ou reiteração).

Contudo, nesse domínio jurídico, ainda não há, na realidade, consenso doutrinário quanto aos conteúdos dessas duas expressões (*justa causa e falta grave*).

3.3 No Direito Processual Civil

No âmbito do Processo Civil, verifica-se que o art. 183, parág. 1º do CPC, ao aludir *a evento imprevisto, alheio à vontade da parte*, associa a noção de *justa causa* ao *caso fortuito* e à *força maior*, que são

institutos pertencentes à seara do Direito Civil (art. 1.058 do CCiv.), no domínio do Direito das Obrigações, como já analisado.

Entretanto, o Professor ANTONIO DALL' AGNOL diverge dessa diretriz, assegurando que a Lei Processual Civil teria preferido se afastar dos *imprecisos limites* desses dois vetustos institutos civilísticos (Comentários ao CPC, vol. 2, RT, 2000, p. 330), exatamente para evitar as graves dúvidas que poderiam surgir da aplicação do dispositivo processual, dada a dificuldade que cerca os respectivos conceitos.

3.4 No Direito Administrativo Sancionador

Para o Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador, a justa causa coincide com as situações que afastam a ilicitude da conduta do servidor público, segundo o magistério do eminente Professor JOSÉ ARMANDO DA COSTA (Processo Administrativo Disciplinar, Brasília Jurídica, 1999, p. 162); ensina esse doutrinador que, quando *o fato atribuído ao acusado foi cometido em circunstâncias licitantes (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), devera, em vez de indiciá-lo, suscitar o julgamento antecipado do processo* (op. cit., p. 162).

O Professor FÁBIO MEDINA OSÓRIO, certamente sob a benéfica influencia das idéias minimalistas em matéria criminal do Professor MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES (Princípio da Insignificância no Direito Penal, RT, 1997), preleciona que, no Direito Administrativo Disciplinar, um dos critérios para se afastar a sancionabilidade do ilícito administrativo é o da *escassa gravidade dos efeitos lesivos da conduta do agente* (Direito Administrativo Sancionador, RT, 2000, p. 193 e segs.), *o que importaria em afirmar a inexistência de justa causa para o exercício da atividade punitiva ou sancionatória, quando ocorrente situação que assim possa ser qualificada.*

No que toca ao procedimento de licitações públicas, também vigora o critério da lesividade para a configuração de ilícitos (administrativos ou penais) relativos aos certames, como se vê, por exemplo, nos arts. 96, V e 98 da Lei 9.666/93 e nos comentários dos doutos Professores JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (Das Licitações Públicas, Forense, 2001, p, 405) e DIÓGENES GASPARINI (Crimes na Licitação, NDJ, 2001, pp. 149 e 163).

Relativamente ao exercício da Advocacia, o Estatuto da OAB (Lei 8.906/94) traz no seu art. 34 diversas situações em que a materialidade da infração disciplinar é afastada pela presença da justa causa, bem como a sua sancionabilidade (incisos VII, XI e XII, por exemplo); o Professor PAULO LUIZ NETO LOBO analisa com insuperável proficiência, caso a caso, todas as disposições do art. 34 do EOAB que tipificam de forma exaustiva as infrações disciplinares (Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB, Brasília Jurídica, 1994).

3.5 No Direito Penal

O significado da *justa causa*, no Direito Penal, assume relevância altíssima, porque se trata de um elemento normativo do tipo penal (avaliável pelo Juiz caso a caso, mediante a formulação de juízo de valor) que serve essencialmente à denominada *tipificação da conduta*.

Entenda-se por conteúdo da *tipificação da conduta o seu completo enquadramento na moldura da figura delictiva que vem desenhada na Lei Penal*, a que se chama geralmente de *tipo* ou de *tipo penal*: acresça-se à tipificação da conduta do agente o requisito da *anti-juridicidade (ou ilicitude)* e aí se terão os elementos da conduta criminosa, como ensina o eminente Professor DAMÁSIO DE JESUS (Direito Penal, vol. 1, Saraiva, 1993, p. 133).

Por conseguinte, na análise da conduta do agente, para verificar a presença (ou ausência) de *justa causa*, naquilo que importa à

detecção da *figura criminosa (crime)*, deve o interesse do Juiz se endereçar aos seus dois elementos constitutivos: a tipicidade e a anti-juridicidade.

Dessa forma, a *justa causa* da conduta do agente tanto poderá afastar a tipicidade (gerando a conduta atípica) como poderá excluir a antijuridicidade (provocando a conduta lícita): no primeiro caso, não se terá realizado o tipo penal correspondente, como se dá na revelação de segredo *por justa causa* (art. 153 do CPB) e, no segundo caso, está afastada a antijuridicidade da conduta, pelo que não haverá crime e nem sanção penal, qual se dá nos casos do art. 23 do CPB.

As situações do art. 23 do CPB são as chamadas causas excludentes de ilicitude, *causas excludentes de antijuridicidade, causas justificativas ou causas discriminantes*, como ensina o Professor JOSÉ PAULO DA COSTA JÚNIOR (Direito Penal Objetivo, Forense, 1991, p. 69); a presença de qualquer dessas causas *excluirá o crime*, pela exclusão da *ilicitude da conduta*, embora a tipicidade permaneça; esse mesmo autor explana que a tipicidade é um *indício* de anti-juridicidade (ou de ilicitude) e acrescenta que *matar um homem é fato típico (art. 121 do CPB), mas poderá não ser ilícito, se praticado nos casos do art. 23 do CPB*.

Assim, a *justa causa* poderá ser ora *excludente da tipicidade*, ora *excludente da ilicitude*: será excludente da tipicidade, quando a sua ausência integrar o tipo, como na *divulgação de segredo* (art. 153 do CPB), na *violação do segredo profissional* (art. 154 do CPB), no *abandono material* (art. 244 do CPB), no *abandono intelectual* (art. 246 do CPB) ou no *induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes* (art. 248 do CPB); será excludente da ilicitude, em todos os casos do art. 23 do CPB, segundo o qual *não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito*.

Na opinião do ilustre Professor DAMÁSIO DE JESUS, *os elementos normativos são pressupostos do injusto típico, que podem ser determinados tão só mediante juízo de valor da situação de fato* (op. cit., p. 240), de modo que ocorrendo a presença de *justa causa* para o cometimento da conduta, *afasta-se (ou exclui-se) dela a tipicidade, inexistindo, assim, o crime.*

Segundo o magistério do sempre lembrado Professor FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *o tipo legal não é mero indício ou mera imagem orientadora da ilicitude, mas sim o seu portador material, daí a sua função verdadeiramente seletiva, cuja consequência é ser a ilicitude sempre e necessariamente uma ilicitude típica* (op. cit., p. 167); este raciocínio do saudoso Ministro do STJ se mostra cortante e irrefutável, *pois a licitude da conduta (de modo a excluir a figura criminosa) é somente aquela que a própria lei penal prevê, não sendo admissível que outra espécie de licitude produza esse mesmo efeito.*

Mas a tendência da doutrina, quanto a esse aspecto, é a de considerar *atípica* a conduta do agente, quando há *justa causa* para a sua realização, conforme anota JOÃO BERNARDINO GONZAGA (A Violação de Segredo Profissional, Max Limonad, 1975, p. 159), *sem assinalar qual seja ou qual deva ser a natureza dessa excludente do crime.*

É sempre de suma importância a exata compreensão do significado das expressões utilizadas pelo legislador penal, principalmente aquelas que devem ser conectadas a outros termos para aquisição de sentido, tal se dá com os chamados elementos normativos do tipo; para o referido Professor FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO *os elementos normativos são os constituídos por termos ou expressões que só adquirem sentido quando completados por um Juízo de valor, preexistente em outras normas jurídicas ou ético-sociais ou emitido pelo próprio intérprete* (Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 1991, p. 154).

3.6 No Direito Processual Penal

De logo deve ser anotado que o vigente Código de Processo Penal não lista a exigência da *justa causa* como elemento integrante do exercício da ação penal, tanto que o art. 43 do CPP a ela não alude expressamente; entretanto, o art. 648, I do CPP faz menção explícita à *ausência de justa causa* como indicador da coação ilegal para o fim da concessão de ordem de *habeas corpus*, para remediar qualquer situação em que esteja ausente o *fumus boni juris*, seja prisão, seja IPL, seja ação penal, como observa o acatado Professor JÚLIO FABRINI MIRABETE (CPP Interpretado, Atlas, 1994, p. 758).

Aliás, registre-se que a expressão *falta de justa causa*, no contexto do art. 648 do CPP, é tão ampla que chega a abranger todas as hipóteses ali elencadas (e não apenas a do seu inciso I), como advertem o Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (CPP Comentado, vol. 2, Saraiva, 1999, p. 444) e o sempre lembrado mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES (Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV, BookSeller, 1997, p. 366); poder-se-á mesmo dizer que essa locução *é tão vasta quanto a misericórdia de Deus, ou seja, os seus limites se confundem com o infinito*.

No magistério de PONTES DE MIRANDA, a *justa causa (para a ação penal)*, nos domínios do Direito Penal, é o mesmo que *causa de direito ou causa jurídica* para a persecução criminal, ou seja: *é a causa que, pelo direito, bastaria, se ocorresse, para a coação* (História e Prática do Habeas Corpus, tomo II, BookSeller, 1999, p. 170), não se confundindo com *causa legal*; o último conceito (causa legal) exclui a *legitimidade* da coação, se contentando apenas com o seu aspecto formal.

A exigência da *legitimidade da acusação* importa em dizer que não bastará que se descreva, na denúncia, o fato típico em abstrato, ou o fato típico real e concretamente ocorrido, *exigindo-se que se evidencie, no nível das coisas prováveis ou plausíveis (e não somente das coisas*

possíveis), a conexão entre o fato descrito (materialidade) e o indivíduo denunciado como sendo o seu autor.

Se faltar, na denúncia, a demonstração, pelo menos indiciária, mas consistente, entre a materialidade do delito e a sua provável (ou plausível) autoria, ocorrerá o fenômeno processual da *ilegitimidade subjetiva passiva*, como ensina a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, *por não ser o réu o titular da relação jurídica litigiosa de direito material*(As Nulidades no Processo Penal, RT, 1997, p. 64).

A lição da mais encomiada processualista do País é de ser seguida sem hesitação, mas também se há de anotar que a não demonstração de conexão entre os fatos e a sua autoria (falta de justa causa) importa, igualmente, em *ausência de interesse de agir na ação penal condenatória*, como a mesma mestra registra, realçando que se trata de orientação seguida majoritariamente pela doutrina processual penal brasileira.

4 A Apuração da Materialidade dos Crimes que Deixam Vestígios

Os crimes que deixam vestígios são aqueles que produzem, no mundo da natureza ou no mundo naturalístico, marcas que as vezes o tempo não apaga: a deformidade física decorrente de agressão, a amputação traumática de um membro ou a perda violenta de um órgão, sentido ou função.

Noutras vezes, os crimes não deixam sinais de sua ocorrência ou esses sinais são tão efêmeros e fugazes que rapidamente desaparecem como se fosse um risco na areia que o vento apaga ou um traço na superfície líquida de um lago.

Mas, qualquer que seja a situação da prática criminosa, sejam fáceis ou árduos os trabalhos de coleta dos elementos de sua

materialidade, esta será sempre indispensável, pois sem a evidência da materialidade se pode questionar a própria existência do crime.

4.1 O Exame de Corpo de Delito e a Materialidade dos Crimes em Geral

No mais comum dos casos, os crimes deixam os seus vestígios, permanentes ou transeuntes, os sinais da sua ocorrência, como se fossem os indicativos da sua realização no mundo físico (naturalístico) ou as marcas da sua própria realidade; muitas vezes, esses sinais não são visíveis diretamente, senão por meio dos seus indícios, em outras vezes esses traços desaparecem ou se extinguem, mas nem por isso se impossibilita rastrear o fato que denotam.

Contudo, há os crimes *que não deixam vestígios necessários* (como a calúnia ou o desacato verbais) e esses são os de mais complexa apuração, no que diz respeito à sua materialidade, pois, nesses casos, *se inviabiliza o exame do corpo de delito direto, ou seja, a fotografia do ilícito.*

Por isso, um dos mais importantes aspectos dos crimes é a sua materialidade, ou seja, a sua real consistência, o que faz com que exista o fato criminoso; essa materialidade se apura, em geral, nos crimes que deixam vestígios, pelo *exame de corpo de delito*, que representa a *exteriorização material e a aparição física do delito*, como diz MALATESTA (A Lógica das Provas em Matéria Criminal, tradução de Waleska Giroto Silverberg, vol. II, Conan, 1995, p. 333).

Repita-se: se o crime é daqueles que deixam os seus vestígios, a apuração da sua *materialidade* faz-se por variados meios de investigação, *em especial através do exame de corpo de delito*, conduzidos com o objetivo de coletar e comprovar, também por meio de outras diligências, os elementos configuradores da sua *realidade fática*, reunindo-os todos, de modo organizado, sistemático, escrito e coerente, numa só peça (ou continente) da apuração (o Inquérito Policial), como se

extrai das lições do mestre FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (Processo Penal, vol. 1, Saraiva, 1999, p. 177).

Entretanto, diga-se já que o *Inquérito Policial não é algo solene e sempre necessário*, podendo ser substituído por outros elementos reveladores da *realidade do crime*, de modo a se afirmar que o IPL *não é indispensável à formulação da denúncia*; contudo, ponha-se em realce que essa dispensa somente poderá ocorrer se o órgão da acusação (o Ministério Público) *dispuser de dados certos, sérios, seguros e capazes de permitir a elaboração de um juízo preliminar de viabilidade da condenação pretendida* (STF, RHC 53.959-PE, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ 76/741).

É muito importante assinalar que se o crime deixou vestígios permanentes e estes não foram eliminados ou tornados inacessíveis, a acusação do Ministério Público tem de se fundamentar, *em regra*, na prévia coleta dos seus elementos fáticos, *especialmente através do exame de corpo de delito*, como o exige o art. 158 do CPP, sob a pena de nulidade do processo (art. 564, III, b do CPP), quer constem do IPL, quer de outras peças hábeis.

Se os *vestígios naturalísticos (ou físicos)* se tornaram de algum modo de coleta física impossível, por algum motivo, admitir-se-á, excepcionalmente, a revelação da materialidade do crime por outros meios, quaisquer que sejam, desde que hábeis a esse fim, *notadamente o exame de corpo de delito indireto*.

Na lição do Professor EDGARD MAGALHÃES NORONHA, o exame de corpo de delito (sempre necessário, nos crimes que deixam vestígios), pode ser direto e indireto, assim os definindo:

O primeiro (o exame de corpo de delito direto) constitui-se da inspeção pericial dos elementos sensíveis que permanecem atestando a prática delituosa. O indireto forma-se por depoimentos testemunhais, sem formalidade especial; não se lavra auto ou termo, mas simplesmente inquires-se testemunhas acerca da materialidade do fato e

suas circunstâncias (Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 1998, p. 135).

A alta importância do exame de corpo de delito mereceu do eminente JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR esta lapidar conceituação:

Corpo de delito é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso. Corpo é toda substancia formada de elementos sensíveis, ou melhor, de partes elementares dispostas e conjuntas. Elementos sensíveis são aqueles princípios produtores que podem afetar os sentidos, isto é. que podem ser percebidos ou pela vista, ou pelo ouvido, ou pelo tato, ou pelo gosto, ou pelo olfato. São também chamados elementos materiais ou físicos, não só por sua natureza, como porque constituem a força física ou resultam do movimento da força física (O Processo Criminal Brasileiro, vol. 2, 1920, p. 7).

É correto inferir que a exigência legal (ou a indispensabilidade) do exame de corpo de delito (direito ou indireto) casa-se com a compreensão de que a atividade denunciatória do Ministério Público se desenvolve segundo o método indutivo e empírico (partindo da experiência fática), *baseando-se na realidade dos acontecimentos e os descrevendo em todas as suas circunstâncias.*

No que interessa à configuração dos crimes, *são da maior importância os seus elementos circunstanciais*, não sendo aceitável o seu descarte, em nome ou em função da sua só nuclearidade, *pois as circunstâncias dos delito fazem parte da sua figura.*

4.2 A Apuração da Materialidade dos Crimes Contra a Ordem Tributária

Nos crimes praticados contra a ordem tributária, *a materialidade do ilícito consiste em lesionar diretamente os superiores interesses do Fisco, mediante a adoção de condutas de variado conteúdo, mas das quais resulta, objetivamente, a evasão de receitas fiscais, sob a forma de supressão ou de redução de tributo ou de contribuição social ou qualquer acessório dessas exações* (art. 1º da Lei 8.137/90).

O prejuízo fiscal decorre dos núcleos dos tipos penais contra a ordem tributária, ou seja, dos efeitos dos atos de *suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social, e qualquer acessório*; sem esse resultado objetivamente lesivo, não ocorre o ilícito penal (crime) contra a ordem tributária, embora possa haver a prática de ilícito administrativo, com a subsequente exposição do devedor à execução fiscal ou a sanções de natureza não-penal.

Para a configuração do ilícito fiscal *é totalmente irrelevante a intenção do agente*, ou seja: praticada a conduta de que resultam, na realidade objetiva, *supressão ou redução* de tributo, de contribuição ou de seus acessórios, qualquer que tenha sido a intenção do agente, está de todo configurada a infração às leis fiscais; esse fato (o dano ao Fisco) *somente pode ser definido pela autoridade administrativa fiscal*.

Contudo, os crimes contra a ordem tributária *não se perfazem com a só conduta do agente*, impondo-se que esta (conduta) seja um dos tipos do art. 1º da Lei 8.137/90 e produza os efeitos lesivos de *suprimir ou reduzir* tributo, contribuição ou seus acessórios, nos quais se ressalta a presença do elemento volitivo.

As figuras delictivas contra a ordem tributária são, portanto, *crimes de resultado*, ou seja, são tipos que somente se perfazem com a produção do efeito danoso contra o sujeito passivo (o Fisco), ao revés do que ocorre nos crimes de mera conduta, pois, consoante ensina JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade), a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente* (Manual de Direito Penal, vol. 1, Atlas, 1993, p. 128).

Dest'arte, na seara dos crimes contra a ordem tributária, se da conduta do agente não resultar *efeito danoso ao Fisco*, caracterizado esse efeito como *supressão ou redução de tributo devido*, não será correto afirmar a prática delictiva correspondente.

A leitura do art. 1º, I a V da Lei 8.137/90 leva a essa inelutável conclusão:

Art 1º – Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único – A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

A consequência jurídica prática desse raciocínio, calcado na estrita legalidade, é a de que a apuração da materialidade dos crimes contra a ordem tributária (supressão ou redução de tributo ou contribuição) faz-se sempre e necessariamente na esfera administrativa fiscal, a única competente, segundo o ordenamento jurídico, para pronunciar a exigibilidade (ou não) do crédito tributário havido por suprimido ou reduzido.

Segundo leciona o Professor ANTONIO CORRÊA, a finalidade da criminalização dessas condutas (suprimir ou reduzir tributo ou

contribuição) é essencialmente a de coibir os prejuízos ao Fisco, por meio da subtração da arrecadação:

A criminalização tem por objetivo evitar que, através de ações dessa natureza, seja a Fazenda Pública fraudada no que respeita aos valores que tem direito de receber, pelo exercício de atividades ou pela ocorrência de fatos geradores de obrigações tributárias, com os respectivos acessórios. E, também, é um recurso para evitar a sonegação, pela supressão ou redução de contribuições sociais consideradas como tributárias para os efeitos penais. Visa o legislador, ao criminalizar esses fatos, criar mecanismo que iniba o sujeito passivo da obrigação tributária, ou seus auxiliares e colaboradores, quanto à prática de evasão fiscal, maléfica para o Estado e para a sociedade como um todo, considerando que a finalidade da arrecadação é precipuamente fazer funcionar e sustentar a máquina estatal no preenchimento de suas funções de praticar o bem público para beneficiar a todos os cidadãos indistintamente (Crimes contra a Ordem Tributária, Saraiva, 1994, p. 89).

No que tange à competência para efetuar a atividade do lançamento tributário, tem o maior relevo a inteligência do art. 142 do CTN, da mais ofuscante clareza ao definir a *privatividade* da autoridade administrativa fiscal para realizar, em nome do Estado, esse pronunciamento sobre a existência (ou não) de crédito fiscal:

Art. 142 – Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único – A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Os tributaristas geralmente analisam este item do CTN enfatizando a discussão sobre a natureza (declaratória ou constitutiva) do ato (ou procedimento) administrativo do lançamento, mas o eminente Professor JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES dedica longa e conclusiva reflexão

sobre a *competência e a privatividade da atribuição legal do poder de lançar tributos à autoridade administrativa*, fazendo-o de forma vinculada e obrigatória, dizendo o seguinte:

E o poder jurídico em que se traduz a competência não é algo diverso dela, porque este poder só tem sentido dentro do quadro de contenção elaborada pela própria norma sobre competência, que atribui, em sua concepção tradicional, uma autorização e limitação, ao mesmo tempo. Autorização para o exercício de determinadas funções; limitação no sentido de que funções outras estão expressamente vedadas, enquanto contidas fora da moldura legal da competência (Lançamento Tributário, Malheiros, 1999, p. 91).

Dest'arte, pareceria intuitivo se poder afirmar, diante da leitura desse artigo do CTN, *que nenhuma outra autoridade, seja de que hierarquia for ou seja qual for a relevância da sua função, poderá realizar a declaração de existência de crédito tributário, ou seja, realizar o ato de lançamento de tributo.*

É certamente por causa dessa circunstância que o art. 83 da Lei 9.430/96 prevê a conclusão do procedimento administrativo fiscal como *exigência prévia da denúncia*, nos crimes contra a ordem tributária, de sorte que, não havendo a pré-apuração do crédito fiscal tido por fraudado, *se impõe declarar não haver crime a ser investigado e, menos ainda, denúncia-crime a ser apresentada.*

É inevitável a *coincidência entre o ilícito fiscal e a materialidade do crime contra a ordem tributária*, pois, se assim não for, poder-se-á chegar ao absurdo de dizer que *poderá ter havido o crime (de sonegação, por exemplo), mesmo que não tenha havido a falta de recolhimento do tributo devido*; ora, é evidente que uma coisa (o crime) depende ontologicamente da outra (o ilícito fiscal).

O mais acatado dos tributaristas brasileiros, o Professor HUGO DE BRITO MACHADO, da Universidade Federal do Ceará, anota a propósito desse assunto o seguinte:

Inexiste distinção essencial entre o ilícito civil ou administrativo e o ilícito penal. Em consequência, não há também distinção essencial entre a sanção civil, ou administrativa, e a sanção penal. A distinção seria apenas valorativa. A sanção penal seria reservada aos que praticam ilícitos mais graves, que mais seriamente ofendem os interesses sociais. A distinção residiria na gravidade da violação da ordem jurídica (Sanção Administrativa e Sanção Penal, in Temas de Direito Tributário II, RT, 1994, p. 165).

Ademais, a autonomia das instâncias também impõe essa mesma conclusão e, se for abandonada essa linha de raciocínio, ter-se-á de dizer, o que seria no mínimo surpreendente, *que a Autoridade Policial investigante de crime contra a ordem tributária ou o Ministério Público estariam habilitados a fazer lançamento de tributo, reconhecendo a existência do crédito fraudado, o que seria uma afronta ao art. 142 do CTN.*

Insistindo no aspecto competencial do lançamento tributário, cabe realçar que afamados autores, como a Professora ODETE MEDAUAR (Direito Administrativo Moderno, RT, 1996, p. 55), o mestre SOUTO MAIOR BORGES (Tratado de Direito Tributário, Forense, 1981, vol. IV, p. 71), o douto BERNARDO RIBEIRO DE MORAES (Compêndio de Direito Tributário, Forense, 1984, p. 580) e o ilustre Professor HUGO DE BRITO MACHADO (Curso de Direito Tributário, Malheiros, 1996, p. 117) *proclamam a condição da competência legal do agente para a prática do ato administrativo como sendo a condição primaz da sua validade jurídica.*

Dest'arte, como apoio nessas precisas e preciosas lições, pode-se dizer que *a atividade de constituição do crédito tributário, por ser administrativamente privativa da autoridade fiscal, somente a esta pertence, ou seja, somente essa autoridade é que tem a potestade de fazer o lançamento fiscal, excluindo-se qualquer outra, por mais elevada que seja, em termos de hierarquia.*

Por conseguinte, *sem a prévia apuração, na via administrativa competente, da existência de ilícito fiscal, não se possibilita o trâmite a*

denúncia de crime contra a ordem tributária, *pois, se assim não fosse, se estaria admitindo, obliquamente, que o Ministério Público, com o exercício da ação penal, quando deslastreada em Procedimento Administrativo fiscal, exercesse, também, a potestade do lançamento, dizendo, na denúncia, todos os elementos da obrigação (sujeitos ativo e passivo, base de cálculo, fato gerador e alíquota).*

Não se trata de afirmar que o agente ministerial *não tenha conhecimento jurídico para essa tarefa*, mas sim de que *não tem competência funcional para exercê-la*; nos crimes contra a ordem tributária, é indispensável que os agentes estatais (a autoridade fiscal e o órgão do Ministério público) atuem em cooperação, eis que a descoordenação de suas atividades só resulta benéfica aos infratores das leis tributárias.

Essa temática não é estranha aos julgamentos do TRF da 5ª Região, eis que, ao decidir o HC 629-PE, assim se fixou:

Tratando-se de imputação de crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional, consistentes em redução ou supressão de tributo, mediante fraude à fiscalização (Lei 8.137/90, art. 1º, II), e em operações de câmbio não autorizadas, com o fim de promover a evasão de divisas (Lei 7.492/86, art. 22), é indispensável à denúncia a prévia decisão definitiva da autoridade administrativa competente, sobre os fatos nela articulados, tanto para apurar a materialidade dos delitos como para ensejar a ampla defesa do acusado (art. 5ª, LV da CF), e oportunizar ao infrator a extinção da punibilidade pela solvência voluntária do encargo tributário (Lei 9.249/95, art. 34) (HC 629-PE., Rel. Juiz NAPOLEÃO MAIA FILHO, DJU 18.10.96).

Em outra oportunidade, o eminente Juiz PETRÚCIO FERREIRA, um dos mais reverenciados jus-penalistas do TRF da 5ª Região, assim ementou um julgamento da douta 2ª Turma deste Tribunal, decidindo o HC 716-PB:

PENAL PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI 8.137/90.

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. ART 83 DA LEI 8.430/96, TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Os crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, para que se possam configurar, exigem o término do procedimento administrativo, em que se apura a ação do contribuinte. 2. Inteligência do art. 83 da Lei 9.430/96. 3. Ordem concedida (Revista Dialética de Direito Tributário, n. 24, p. 204).

Mas é preciso assinalar que essa orientação não tem encontrado eco na jurisprudência do colendo STF, onde já se travou discussão a respeito da espécie; naquela oportunidade, o eminente Ministro CARLOS VELLOSO proferiu lapidar voto que, no entanto, restou vencido:

Reitero que o Ministério Público não poderá oferecer denúncia, com base nos artigos 1º e 2º, da Lei 8.137, de 1990, sem antes existir a decisão final no procedimento administrativo fiscal, tendo em vista o que dispõe o art 34, da Lei 9.249, de 26.12.95, retro indicado, que estabelece que o pagamento do tributo, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 1990, e na Lei 4.729, de 1965. Ora, somente com a decisão final no procedimento administrativo é que se tem como apurado o crédito fiscal realmente devido; somente com a decisão final no procedimento administrativo é que o crédito fiscal torna-se exigível. É que somente até que se tem realizado o lançamento (CTN, arts. 142 e segs.) (ADin 1.541-1, Revista Dialética de Direito Tributário, no. 39, p. 121-122 e n. 44, p. 84).

O voto do eminente Ministro CARLOS VELLOSO finca-se essencialmente, como se vê, no direito subjetivo que tem o acusado de *pagar o valor do tributo e seus acessórios antes do oferecimento da denúncia*, assim extinguindo a punibilidade do crime contra a ordem tributária (art. 34 da Lei 9.249/95); parece fora de dúvida que, se não for dado ao acusado o ensejo de realizar esse pagamento, *se estará, ao mesmo passo, subtraindo-lhe a oportunidade de obter a extinção da punibilidade*.

Talvez nem seja preciso assinalar que esse direito do acusado (*o de extinção da punibilidade do crime mediante o pagamento do tributo e seus acessórios antes da denúncia*) lhe é assegurado como garantia

subjetiva, *de modo a não poder ser suprimida*; releva, igualmente, frisar que esse *mecanismo* proporciona ao Fisco o recebimento imediato do seu crédito, com vantagem relativa para todos os interessados.

O argumento brandido pelo Ministro CARLOS VELLOSO seria, por si mesmo, *suficiente* para afastar de vez a possibilidade de denúncia de crime contra a ordem tributária *antes da conclusão da apuração do crédito pela autoridade fiscal*, para oportunizar ao contribuinte infrator o pagamento extintivo da punibilidade, *mas haveria outro fundamento de igual relevo, qual seja o de materializar a prática do ilícito*.

É legítimo afirmar que, sem a conclusão do trabalho administrativo fiscal, *não é possível dizer-se se houve (ou não), em determinado caso, a prática de ilícito contra os superiores interesses do Fisco*, lembrando-se que sem ele (o ilícito fiscal) o crime contra a ordem tributária (ilícito penal) *esvazia-se de materialidade*.

Naquele memorável julgamento do colendo STF, o douto Ministro MARCO AURÉLIO, filiando se a essa compreensão, assinalou com inteira pertinência que *se não se tem um lançamento, não se tem, ainda, crédito fiscal exigível. O Ministério Público não poderá, então, instaurar a ação penal*; contudo, foi vitorioso o ponto de vista adverso a esse entendimento, defendido, naquele ensejo, pelo notável Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, *para quem a fraude tributária poderá ocorrer por prevaricação do funcionário fiscal e, nesse caso, a informatio delicti não seria emitida pela repartição fazendária*.

A posição assumida pelo douto Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE parece se apoiar no *provável desvio de conduta do funcionário fiscal*, em possível conluio com o contribuinte fraudador, mas essa *suposição* se mostra de todo insuficiente e inadequada para basear a sua conclusão, *eis que põe em dúvida genérica a atividade funcional fiscal, nada assegurando que, mesmo nos casos em que não haja suspeita de fraude, não possa ter havido a dita prevaricação*.

De toda sorte, a decisão final da Suprema Corte foi no sentido de que o art. 83 da Lei 9.430/96 *não veicula condição de procedibilidade da ação penal, podendo o Ministério Público, para oferecer a denúncia, valer-se de outros meios para a pesquisa da verdade, com base no art. 129 e seus incisos da Carta Magna, não estando na dependência da conclusão da instância administrativa*, como consignou o ilustre Ministro NÉRI DA SILVEIRA, relator do caso.

A questão, como se vê, veio a ser enfrentada e decidida como se fosse relativa à *condição de procedibilidade da ação penal*, quando na verdade o seu verdadeiro conteúdo diz respeito à *materialidade* do crime contra a ordem tributária, que somente se define quando se formula a declaração administrativo-fiscal da sua existência.

Inobstante, outros egrégios Tribunais do País têm seguido a diretriz que foi defendida pelo preclaro Ministro CARLOS VELLOSO, como se vê nestas decisões:

PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. HIPÓTESE 'SUI GENERIS'. DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DO PAGAMENTO DO TRIBUTO E ANTECEDENDO O TÉRMINO DO PROCESSO FISCAL. 1. O tipo penal descrito no art. 1º da Lei 8.137/90, para que se possa configurar, exige, obrigatoriamente, o término da apuração do agir do contribuinte e sua consequência na esfera tributária. 2. Denúncia oferecida antes do término do processo fiscal que apresenta ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal-carência de ação. 3. Examinando-se a questão do benefício outorgado pela Lei 8.137/90 – extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos –, vigente na hipótese, porque ocorrido o fato antes da vigência da Lei 8.383/91, verifica-se que a Denúncia "ante tempus", por via oblíqua, impediu que pudesse o paciente utilizar-se do favor fiscal 4. Habeas Corpus concedido (TRF da 1ª R., HC 95.01.03147-0/DF. Rel. Juíza ELIANA CALMON, DJU 17.04.95, p. 21.581; IOB 10/95, p. 152).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDOTA. AÇÃO PENAL INTENTADA ANTES DO TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

ADVENTODO ART. 83 DA LEI 9.430/96. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O artigo 83 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1966, trouxe ao nosso ordenamento jurídico salutar inovação, qual seja, a decisão final na esfera administrativa como condição prévia para o encaminhamento da representação fiscal ao Ministério Público para fins de instauração da ação penal quando tratar-se de crimes contra a ordem tributária. 2. Apresenta-se precipitada a denúncia oferecida antes do término do processo administrativo-fiscal. Se à Fazenda Pública não é dado o ajuizamento de execução fiscal, enquanto houver a pendência do recurso na instância administrativa, porquanto somente após o julgamento de referido recurso o débito passará a ser inscrito na dívida ativa, igualmente não pode o Ministério Público, antes disso, propor ação penal, até porque inexistente ainda ilícito fiscal. Portanto, inexistindo ilícito tributário, muito menos existirá razão para apuração de ilícito penal. 3. Com o advento superveniente de decisão administrativa proferida em sede recursal favorável às empresas contribuintes, a qual, por via oblíqua, acaba por favorecer também aos pacientes, resta indubitosa a ausência de justa causa para a continuidade da persecutio criminis. 4. Ordem concedida, trancando-se a ação penal instaurada contra o paciente (TRF da 3ª R., HC 96.03.019171-0, Rel. Juiz SINVAL ANTUNES, DJU 15.04.97, p. 23.845).

PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AÇÃO PENAL INSTAURADA ANTES DE CONCLUÍDO O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. O tipo penal descrito no art. 1ª, parágrafo 1ª, da Lei 8.137/90 só pode ser caracterizado após o término do procedimento administrativo-fiscal (TRF 1ª R., Rel. Juiz CÂNDIDO RIBEIRO. ACr. 95.0 1.198 19-7/DF., DJU 30.09.97, p. 79.674).

A melhor exegese dessas normas legais, inclusive se interpretando o teor daquela decisão do colendo STF, *será, via de regra, aquela que exige a prévia conclusão do procedimento administrativo fiscal, para que possa ser recebida a denúncia por crime contra a ordem tributária*; na verdade, a decisão administrativa fiscal não é *condição de procedibilidade da ação penal* (como o STF já proclamou), mas é indispensável à *ampla defesa do acusado* (art. 5ª, LV da CF) e à sua *oportunidade de obterá extinção da punibilidade pela solvência voluntária do encargo tributário* (Lei 9,249/95, art, 34).

Afigurar-se-ia invadente de garantia individual do denunciado *sobrestar a apreciação de denúncia de crime contra a ordem tributária deslastreada em procedimento fiscal, para dar-lhe o ensejo de solver o encargo, pois essa oportunidade deve anteceder ao oferecimento da peça denunciatória (e não ao seu recebimento)*: a denúncia desacompanhada do lançamento se mostra carecedora de evidência quanto à própria materialidade do crime.

De todo modo, a inexistência do procedimento fiscal *empece invencivelmente* o direito do devedor/acusado solver voluntariamente o débito, *pois sem a conclusão administrativa não há definição do quanto é devido ao Fisco*; fora dessa garantia, ter-se-á o uso da ação penal desviado para a finalidade de arrecadação de tributos ou a sujeição do contribuinte à exigência fiscal, não se lhe permitindo o pleno exercício do direito de defesa, para se apurar, em contraditório, se essa mesma exigência é legítima ou não.

Referências Bibliográficas

BEVILÁQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, ed. histórica, EdRio.

BORGES, José Souto Maior, *Lançamento Tributário*, Malheiros, 1999.

_____, *Tratado de Direito Tributário*, Forense, 1981.

CORREIA, António, *Crimes contra a Ordem Tributária*, Saraiva, 1994.

COSTA JÚNIOR, José Paulo da, *Direito Penal Objetivo*, Forense, 1991.

COSTA, José Armando da, *Processo Administrativo Disciplinar*, Brasília Jurídica, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José, *Das Licitações Públicas*, Forense, 2001.

DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, 1999.

GASPARINI, Diógenes, *Crimes na Licitação*, NDJ, 2001.

GONZAGA, João Bernardino, *A Violação de Segredo Profissional*, Max Limonad, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, RT, 1973.

_____, *As Garantias Constitucionais do Processo*, in *Novas Tendências do Direito Processual*, Forense, 1990.

_____, *As Nulidades no Processo Penal*, Malheiros, 1992.

JESUS, Damásio de, *Direito Penal*, Saraiva, 1993.

LOBO, Paulo Luiz Neto, *Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB*, Brasília Jurídica, 1994.

LOPES, Maurício António Ribeiro, *Princípio da Insignificância no Direito Penal*, RT, 1997.

MAÑAS, Carlos Viço, *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*, Saraiva, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito, *Curso de Direito Tributário*, Malheiros, 1996.

_____, *Sanção Administrativa e Sanção Penal*, in *Temas de Direito Tributário II*, RT, 1994.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard, *Curso de Direito Processual Penal*, Saraiva, 1998.

MALATESTA, Nicola Framarino Del, *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, tradução de Waleska Giroto Silverberg, vol. II, Conan, 1995.

MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal* BookSeller, 1997.

MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, RT, 1996.

MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João, *O Processo Criminal Brasileiro*, 1920.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, Atlas, 1993.

MIRANDA, Pontes de, *História e Prática do Habeas corpus*, tomo II, BookSeller, 1999.

MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Compêndio de Direito Tributário*, Forense, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Forense, 1972.

RUSSOMANO, Mozart Victor, *Comentários à CLT*, Forense, 1986.

TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1991.

TORNAGHI, Hélio, *Curso de Processo Penal*, Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Código de Processo Penal Comentado*, Saraiva, 1999.

_____, *CPP Comentado*, vol. 2, Saraiva, 1999.

_____, *Processo Penal*, Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria, *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, RT, 1993.

VELLOSO, Carlos Mário. *Princípios Constitucionais de Processo*, in *Temas de Direito Público*, Del Rey, 1994.