

O ARTIGO 83 DA LEI 9.430/96 - INTERPRETAÇÃO

Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 20/1997 | p. 157 - 161 | Jul - Set / 1997
DTR\1997\636

Flávia Valéria Regina Penido

Advogada.

Área do Direito: Tributário

Sumário:

Com a edição da Lei 9.430/96, muito se tem falado acerca do seu art. 83, que dispõe: "art. 83: A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990, será encaminhada ao MP após proferida a decisão final na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente".

Iniciou-se então um longo debate acerca do dispositivo acima: teria sido criada uma condição de procedibilidade para a apuração dos crimes contra a ordem tributária, ou a norma teria apenas o objetivo de reger atos da administração fazendária federal?

Instado a manifestar-se através da propositura da ADIn 1.571, o STF decidiu que o art. 83 da Lei 9.430/96 não criou condição de procedibilidade, mas sim determinou o momento em que as autoridades fazendárias da área federal deveriam encaminhar ao MP Federal expedientes contendo *notitia criminis* acerca de delitos contra a ordem tributária descritos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90.

Com o devido respeito que as decisões do STF merecem, creio que tal entendimento não atendeu às regras de interpretação, bem como aos princípios constitucionais consagrados no art. 5.º da CF/1988 (LGL\1988\3).

Damásio E. de Jesus, ao discorrer sobre os meios de interpretação ensina: "1. Interpretação gramatical, literal ou sintática

A primeira tarefa que deve fazer quem procura interpretar a lei, no sentido de aflorar a sua vontade, é recorrer ao que dizem as palavras. É interpretação gramatical, literal ou sintática. Sobre ela, diz o art. 12 das 'Disposições Preliminares' do CC italiano que, '*ao aplicar a lei, não se lhe pode atribuir outro sentido senão o que ressalta do significado próprio das palavras, segundo sua conexão e a intenção do legislador*'. A LICC (LGL\1942\3), com vantagem, preceitua que '*na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*' (art. 5.º)" - in Direito Penal, 1.º v., p. 31 - g.n.

Desta forma, quando o art. 83 da Lei 9.430/96 fala em "representação", devemos entender tal termo como sendo a representação mencionada no Código Penal (LGL\1940\2), *que é condição de procedibilidade para as chamadas ações penais públicas condicionadas*.¹

Para que não restem dúvidas quando uma ação é pública condicionada ou pública incondicionada, quanto ao significado do termo "representação", Celso Delmanto discorre: "distinção: é fácil identificar as duas modalidades de ação penal pública, na prática: a) Se a lei nada diz a respeito da ação penal, ela será pública incondicionada. b) *Se a lei faz expressa referência à necessidade de proceder-se mediante 'representação' do ofendido (ou seu representante), ou requisição do Ministro da Justiça, a ação será pública condicionada* (in Código Penal (LGL\1940\2) Comentado, 3.ª ed., 1991, p. 152- g.n.).

Ora, quando o texto legal dispõe que "a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária será encaminhada após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente", não há outro entendimento possível senão o de que a representação mencionada outra não é senão a representação exigida pela lei penal nos casos em que a ação pública é condicionada. Qualquer outro entendimento vai contra toda a lógica e bom senso necessários para a interpretação das normas jurídicas.

Ressalte-se que o art. 83 da Lei 9.430/96 de certa forma nada mais é do que um *mea culpa* do veto presidencial aos parágrafos do art. 34 da Lei 9.249/95, cuja redação era muito semelhante à do texto legal já mencionado.²

Assim, fica claro que a intenção do legislador era realmente criar condição de procedibilidade para a apuração dos crimes contra a ordem tributária, intenção essa existente desde a edição da Lei 9.249/95, que só agora foi sancionada pelo Presidente da República.

Igual entendimento têm Alberto Zacharias Toron e Edson Junji Tohirara, que em artigo publicado no Boletim IBCCrim 51, afirmaram:

"Em que pese a riqueza das discussões, a promulgação da Lei 9.430, de 27.12.1996 (DOU 30.12.96), não deixa margem a dúvidas. Agora em face da clareza da regra estampada no art. 83 'a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts.1.º e 2.º da Lei 8.137/1990, será encaminhada ao MP após proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fscal do crédito tributário correspondente'. *Portanto, estamos diante, novamente, de uma condição de procedibilidade para a apuração dos delitos tributários*".

Zelmo Denari também é da mesma opinião:

"3. Data-limite para Instauração da Ação Penal

3.1. *A partir do corrente exercício, a ação penal para apuração do crime contra a ordem tributária só pode ser deflagrada após a decisão final prolatada na esfera administrativa.*

O dispositivo consagra uma das condições essenciais da ação penal, qual seja, o da prejudicialidade do processo administrativo.

[...]

No plano esquemático das condutas criminosas, o tipo penal relativo aos delitos fiscais encontra-se indissolúvelmente ligado à tipificação do ilícito fiscal. Bem observado, trata-se de mera projeção de infração tributária que, por sua vez, resulta da decisão final proferida no processo administrativo fiscal.

[...]

Inquestionavelmente, trata-se de uma tipicidade condicionada à constituição definitiva, vale dizer, à tipificação da respectiva infração tributária, e isto explica porque a ação penal somente pode ser deflagrada após ser prolatada a decisão final administrativa.

De resto, essa tipicidade condicio-nada, além de irrepreensível no plano dogmático, é altamente moralizadora, pois o Fisco vinha se utilizando da instauração de processos crimes tributários como um expediente ad terrorem para obrigar os contribuintes a negociar com o Fisco, no momento da lavratura do auto de infração. Não mais poderá fazê-lo, a partir do advento da nova lei". (in Revista Dialética de Direito Tributário n.º 20, p. 86 e segs. - g.n.)

Ressalte-se que o disposto no artigo em discussão tem sido ardorosamente defendido pelos mais ilustres juristas do país, como meio de defesa de princípios constitucionais como o do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa.

Examinemos agora os argumentos contrários ao do entendimento acima esposado, para que não remanesçam quaisquer dúvidas.

Osvaldo Othon de Pontes Saraiva Filho afirma, em artigo publicado na *Revista IOB de Jurisprudência* 3.13261 que:

"a) quanto aos crimes formais ou de mera conduta "a orientação pretoriana é remansosa no sentido da possibilidade de denúncia mesmo antes do término do processo administrativo fiscal ou independentemente dele;

b) os crimes expressos nos arts. 15 e 16 da Lei 8.137/90 são crimes cuja ação penal é pública incondicionada, sendo que o art. 100 do CP (LGL\1940\2), o art. 24, *caput*, e § 2.º do CPP (LGL\1941\8), "não impõem a indispensabilidade de prévio esgotamento da via administrativa, como condição de procedibilidade da ação penal contra crimes fiscais, que poderá ser ajuizada, desde que o MP já possa demonstrar, mesmo de forma esfumada, a materialidade dos fatos delituosos e de quem sejam os seus autores;

c) o art. 83 da Lei 9.430/96, "não toma o termo representação como o que quisesse transformar, em ação penal pública condicionada à representação, as ações relacionadas com os crimes contra a ordem tributária, pois a importância da repressão aos crimes fiscais para o poder público e, portanto, para a sociedade, faz com que seja inerente a eles a ação penal pública incondicionada;

d) caso o entendimento fosse contrário, estar-se-ia violando "os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5.º, LIV, da CF/1988 (LGL\1988\3))".

Ora, a alegação de que os crimes elencados na Lei 8.137/90 são de ação penal incondicionada por disposição dos arts. 15 e 16 da Lei 8.137/90 é descabida, pois a União, por determinação expressa da nossa Constituição, pode a qualquer tempo modificar legislação penal vigente, ³e foi exatamente o que ocorreu: *através do art. 83 da Lei 9.430/96, a ação penal dos crimes previstos na Lei 8.137/90 passa a ser pública condicionada ao término do processo administrativo*, aplicando-se desta forma os arts. 100,

§ 1.º do CP (LGL\1940\2)⁴e art. 24 do CPP (LGL\1941\8), ⁵sendo que sequer pode haver abertura de inquérito policial. ⁶

Não se diga, de outro lado, que houve ofensa ao art. 129, I e VIII da CF (LGL\1988\3). ⁷Isto porque a Constituição afirma de forma expressa que ao MP cabe privativamente promover ação penal pública, *na forma da lei*, ou seja, na forma expressa pelo CP (LGL\1940\2) e CPP (LGL\1941\8). Assim, se a Lei 8.137/90, através da alteração feita pelo art. 83 da Lei 9.430/96, determina que ação será pública condicionada, então cabe ao MP propor ação penal pública condicionada, podendo requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, após o recebimento da representação, nos termos do CPP (LGL\1941\8).

Também não cabe a alegação, defendida por Damásio E. de Jesus (*Repertório IOB de Jurisprudência* 3/13164) de que "a natureza do interesse (interesse coletivo, ordem tributária) não condiz com o fundamento da ação penal pública condicionada à representação", pois nada é mais fundamental em uma sociedade democrática de direito do que a ampla defesa do cidadão.

É nesta linha de raciocínio que os Tribunais têm decidido:

"Crime contra a ordem tributária - Ação intentada antes do término do processo administrativo - Trancamento

HC SP 96.03.021354-3

Relator: Sinval Antunes - TRF 3.^a Região

Despacho:

1 - O art. 83 da Lei 9.430/1996, trouxe ao nosso ordenamento jurídico salutar inovação, qual seja, a decisão final administrativa como condição prévia para o encaminhamento da representação fiscal ao MP 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 de recurso na instância administrativa, porquanto somente após o julgamento de referido recurso o débito passará a ser inscrito em dívida ativa, igualmente não pode o MP, 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, à qual, por via oblíqua acaba por favorecer aos pacientes, resta indubitosa a ausência de justa causa para a continuidade da *persecutio criminis*.

4 - Ordem concedida [...] - *in* RDDT 21/202."

E também:

"Crime contra a ordem tributária - Representação condicionada ao julgamento definitivo do processo administrativo - Retroatividade.

HC-SP 97.03.004211-26167 (95.06056943)

Relator: Juiz Gilberto Jordan - Subs.

Despacho:

[...]

O referido dispositivo legal passa a integrar em boa hora o nosso ordenamento jurídico. É curial que a existência e legalidade do crédito é prejudicial ao processo penal que se move para apenar o sujeito passivo da obrigação tributária que permanece inadimplente, como já vinha sustentando doutrinariamente Hugo de Brito Machado.

Vinculando a denúncia criminal à certeza de que o crédito é mesmo exigível e legal, resguarda-se a máquina judiciária, que só será movimentada quando o crédito tributário for considerado legítimo pelo menos no seio da própria administração.

Isto posto, concedo parcialmente a liminar [...]"- publ. DJU II de 20.03.1997, p.16.531- *in* RDDT 20/177.

No mesmo sentido:

"Crime contra a ordem tributária - Suspensão da ação até julgamento definitivo do processo administrativo - Lei 9.430/96.

HC SP 97.03.001571-9

Relator: Newton de Lucca - TRF 3.^a Região." (RDDT 18/142).

Ressalte-se que é imperativa a necessidade de condicionar-se a ação penal ao trânsito em julgado da decisão administrativa em razão de a legislação prever a extinção da punibilidade com o pagamento do débito. Ora, como é possível ao cidadão efetuar o pagamento de eventual débito antes de recebida a denúncia se sequer ficou assentado que existe um débito, ou em existindo, a quanto ele monta?

Assim, pelos motivos acima elencados, fica claro que o art. 83 da Lei 9.430/96 criou condição de procedibilidade da ação penal, não podendo o MP instaurar ação penal antes de decisão definitiva no âmbito administrativo, sob pena de ser carecedor da ação.

(1) Art. 100 do CP (LGL\1940\2): "A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1.º: A ação pública é promovida pelo MP, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça".

(2) Os parágrafos vetados do art. 34 da Lei 9.249/95 tinham a seguinte redação: "§ 1.º - Caberá a representação penal após o julgamento do processo administrativo fiscal, quando neste forem apurados elementos caracterizadores do cometimento do crime em tese. § 2.º - As disposições do *caput* e do parágrafo anterior aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos policiais e processos penais em vigor".

(3) Diz o art. 22 da CF (LGL\1988\3): "art. 22: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho".

(4) Diz o Código Penal (LGL\1940\2): "art. 100: A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1.º - A ação pública é promovida pelo MP, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça".

(5) Dispõe o art. 24 do CPP (LGL\1941\8): "art. 24 - Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do MP, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo".

(6) Disposição expressa neste sentido está no art. 5.º, § 4.º do CPP (LGL\1941\8): "o inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, *não poderá sem ela ser iniciado*"

(7) Art.129: São funções institucionais do MP: I- promover privativamente a ação penal pública, *na forma da lei*; [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;