

O DIREITO À EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO ARREPENDIMENTO POSTERIOR NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO À LUZ DO DIREITO ENQUANTO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

The dworkin's law as integrity and the right to the
extinction of punishability through posterior regret in
crimes against the patrimony

*Fabiano Lepre Marques **

RESUMO

O artigo defende que o direito à extinção da punibilidade seja estendido a todos os crimes contra o patrimônio cometidos sem grave ameaça ou sem violência contra a pessoa, quando o agente, antes de recebida a denúncia ou a queixa, tenha reparado o dano provocado. Para isso, utiliza-se da teoria do direito enquanto integridade de Ronald Dworkin, demonstrando que se para os crimes contra o patrimônio público o benefício é a extinção da punibilidade, então para os crimes contra o patrimônio privado deve haver pelo menos este mesmo benefício.

Palavras-chave: Direito enquanto integridade; Arrependimento posterior; Direito à extinção da punibilidade; Crimes contra o patrimônio.

* Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV (CAPES 4); membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais do Mestrado da FDV; pesquisador nos temas Dignidade Humana e Criminologia Crítica; autor de trabalhos filiados à temática de Direitos Garantias Fundamentais; especialista em Ciências Criminais pela UNIDERP; professor assistente na FDV (Oficina de Prática Penal); professor na Doctum (Direito Penal); coordenador do Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso da Doctum; advogado no Espírito Santo (Penal, Processual Penal). Contato: fabianomarques@hotmail.com

ABSTRACT

This article defends that the right to have declared the extinction of the punishableness extended to all the crimes against the wealth committed without threat or violence against persons, when the agent have had recovered the damages before the accusation or the complaint reception. For this it is utilized the law as integrity theory (Ronald Dworkin), demonstrating that if to the crimes against public wealth there is the benefit of punishableness extinction, thus to the crimes against the private wealth the same benefit must be applied.

Keywords: Law as integrity; Posterior retraction; Punishableness extinction right; Crimes against wealth.

INTRODUÇÃO

O objetivo primordial do ordenamento jurídico brasileiro é a proteção do ser humano e de sua dignidade, como se pode inferir do art. 1º, III, da CF/88, que estabelece como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana¹. No direito penal, o princípio tem função ainda mais importante, porque se defende antes a vida, depois o patrimônio tanto material quanto imaterial do indivíduo e, por fim, a sociedade. Assim, o direito penal protege a dignidade humana no seu aspecto individual e coletivo, direta e indiretamente.

A proteção ao patrimônio material individual ocorre, dentre outros, com a tipificação de crimes como furto e apropriação indébita. A proteção ao patrimônio material coletivo se dá, por exemplo, com a tipificação de delitos contra a administração pública e contra a ordem tributária.

Além disso, deve-se observar que o estabelecimento de tipos penais e de sanções tem função primordialmente pedagógica: a sanção legalmente prevista serve para que quem pense em cometer o crime se abstenha. O instituto do arrependimento posterior trabalha nesta linha ao preconizar a aplicação de um benefício ao agente criminoso que, por ato voluntário, nos crimes sem violência ou grave ameaça a pessoa, reparar o dano ou restituir a coisa, antes do recebimento da denúncia ou da queixa.

Nos termos gerais do art. 16 do Código Penal, com redação alterada em 1984, o benefício é a redução da pena eventualmente aplicada. Trata-se de benefício aplicado, por exemplo, a crimes como o furto simples (art. 155, do CP), a apropriação indébita (art. 168, do CP) e o contrabando ou descaminho (art. 334, do CP).

Paradoxalmente, o agente que pratica os crimes dos arts. 155, 168 e 334, do CP, caso se arrependa e pratique a conduta prevista no art. 16, do CP, dentro das condições nele estabelecidas, obterá apenas redução de pena, mas se o agente praticar algum crime contra a ordem tributária, o benefício será o da extinção da punibilidade.

Há um paradoxo porque se tratam de crimes contra o patrimônio com proteções bastante diferentes. Um protege o patrimônio privado (arts. 155, 168, 334, do CP), o outro, o público (crimes tributários). No primeiro, os prejuízos se restringem à esfera do particular, enquanto que, no segundo, ampliam-se para toda a sociedade.

O art. 9º, *caput* e §2º, da Lei 10.684/2003, e o art. 83, *caput* e §4º, da Lei 9.420/1996 (alterada pelas Leis 12.350/2010 e 12.382/2011), corroboram o paradoxo, já que ambas estabelecem que efetuado o pagamento integral do débito tributário, inclusive de seus acessórios, pela pessoa jurídica ou física, até o momento do lançamento definitivo do tributo, nos casos dos crimes dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990 e dos arts. 168-A e 337-A do CP haverá a extinção da punibilidade.

Tendo tal contra-senso legal como pano de fundo, este trabalho propõe, a partir de uma análise baseada no direito enquanto integridade de Ronald Dworkin, trabalhar com o seguinte problema: o direito à extinção de punibilidade em virtude de o agente ter se arrependido posteriormente não poderia ser estendido a todos os crimes patrimoniais? A hipótese, sobre a qual se trabalha a partir da teoria de base acima destacada, é de que a aplicação ampliada do benefício atinente aos crimes materiais contra a ordem tributária aos demais crimes patrimoniais, defendendo que se no caso de arrependimento posterior nos primeiros, o agente se beneficia da extinção de punibilidade, também nos segundos o agente deverá gozar do mesmo benefício, já que o prejuízo potencial é consideravelmente menor.

ARREPENDIMENTO POSTERIOR E SEUS EFEITOS

O instituto do arrependimento posterior foi uma das inovações incluídas no CP com a reforma de 1984. De acordo com a previsão legal, encontrada no art. 16 do CP, o arrependimento posterior será admitido apenas “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa”, devendo o agente, “até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário”, reparar o dano ou restituir a coisa, tendo, assim, como benefício o direito à redução da pena de um a dois terços.

Trata-se, como se pode bem observar, de um claro exemplo dos efeitos gerados pela reparação do dano. E, nesta linha, muitos autores criticam a rubrica que o CP utiliza para o instituto, já que um arrependimento posterior suporia um anterior, o que não encontra previsão nem tem lógica dentro do sistema jurídico penal brasileiro, apontando-se, então, que muito melhor seria lhe chamar de “reparação do dano”².

Quatro são os requisitos para que fique configurado o direito ao benefício, e a partir de sua verificação o juiz é obrigado a concedê-lo ao réu:

- 1) Inexistência de grave ameaça (violência psicológica) ou de violência física contra pessoa no cometimento do crime;
- 2) Reparação do dano ou restituição da coisa pelo agente, podendo ocorrer uma reparação pecuniária, desde que a vítima aceite, e devendo a coisa que é restituída encontrar-se pelo menos na mesma situação de quando foi subtraída da vítima;
- 3) Ato voluntário do agente – isto em tese, pois o legislador presume que o agente se arrependeu sozinho de seu ato, embora se saiba que ele possa ser orientado por terceiros (familiares, cônjuge, amigos etc.) a se arrepender, devendo-se, então, considerar que o ato involuntário é aquele em que não houve algum tipo de coação pelo Estado;
- 4) A reparação ou a restituição seja anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa, do que se conclui que se o juiz rejeitar a denúncia ou a queixa (art. 396, do CPP), ainda será cabível o

benefício, desde que presentes as demais condições, mas se houver o recebimento e a reparação ou restituição lhe for posterior, então será o caso de aplicação de circunstância atenuante (art. 65, III, b, do CP).

Em suma, se presentes os quatro requisitos acima elencados, o agente terá direito ao benefício. Como destaca Marcelo Lessa Bastos³: “Como se vê, ao tempo em que o Legislador afirma que a reparação do dano antes mesmo da formação da relação processual impulsionada com a denúncia não é motivo suficiente para a extinção da punibilidade do réu, estabelece que, caso se trate de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e tendo isto ocorrido por ato voluntário do agente, será o mesmo contemplado com redução de sua pena, caso venha a ser condenado”.

No entanto, é preciso observar que se trata de uma previsão geral, de maneira que só se aplica aos crimes para os quais não haja previsão específica diversa. Assim, ele é aplicável, dentre outros, a crimes contra o patrimônio como o furto, alteração de limites, usurpação de águas, supressão ou alteração de marca em animais, dano e apropriação indébita. Mas não se aplica à apropriação indébita previdenciária, já que o art. 168-A, §2º, do CP, dispõe que se o agente, por ato espontâneo, declarar, confessar e efetuar o pagamento das contribuições, importâncias e valores não repassados à previdência social, no prazo e na forma legal ou convencional, antes do início da ação fiscal, terá direito à extinção da sua punibilidade.

No caso dos crimes contra a administração pública, o tratamento diverso também pode ser observado. Em crimes como o peculato, concussão, excesso de exação, corrupção passiva, facilitação de contrabando ou descaminho, prevaricação, tráfico de influência, desobediência, desacato, dentre outros, o benefício é a redução da pena. Enquanto que no crime de sonegação de contribuição previdenciária, o art. 337-A, §1º, do CP, prevê que o agente que, por ato voluntário, declarar e confessar as contribuições, importâncias ou valores, além de prestar as informações devidas à previdência social, antes do início da ação fiscal, terá direito à extinção da sua punibilidade.

Veja-se a diferença de tratamento que há por detrás das previsões específicas para crimes fiscais (art. 168-A e art. 337-A, do CP), que são crimes contra o erário, isto é, contra o patrimônio público, e os crimes comuns contra o patrimônio público e contra a administração pública. Além da promoção da extinção da punibilidade, a reparação no caso dos crimes fiscais pode ocorrer até o início da ação fiscal, ou seja, mesmo que a denúncia tenha sido recebida, se a ação fiscal ainda não foi iniciada, ainda assim há abertura para a concessão do benefício.

A EXISTÊNCIA DE UM PARADOXO

Verifica-se, portanto, a existência de um paradoxo, pois se o sujeito suprime ou desloca qualquer sinal indicativo de linha divisória para apropriar-se de coisa imóvel alheia (art. 161 do CP), em que a pena é de detenção de um a seis meses e multa, se o agente restituir a coisa, antes de recebida a denúncia, terá direito à redução de pena. Da mesma forma, aquele que abandona cargo público fora dos casos que a lei permite (art. 323 do CP), em que a pena é de detenção de quinze dias e um mês ou multa, se o agente reparar o dano, antes de recebida a denúncia, terá direito a uma redução de pena.

Porém, se uma pessoa jurídica deixar de repassar à previdência social contribuições recolhidas dos contribuintes (art. 168-A do CP) ou suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária (art. 337-A do CP), em que as penas, iguais, são de reclusão de dois a cinco anos e multa, se o agente declarar, confessar e pagar os valores, antes de iniciada a ação fiscal, terá direito à extinção de sua punibilidade.

O paradoxo do tratamento legislativo aumenta ainda mais quando se observa os arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990, que trazem os crimes praticados por particulares contra a ordem tributária. No primeiro dispositivo há condutas como “prestar declaração falsa às autoridades fazendárias”, “fraudar a fiscalização tributária”, “falsificar ou alterar nota fiscal”, para as quais a pena é de reclusão de dois a cinco anos e multa. No segundo dispositivo há condutas como “fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos”, “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social”, “deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incenti-

vo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento”, para as quais a pena é de detenção de seis meses a dois anos e multa.

Inicialmente, o art. 14 da Lei 8.137/1990 estabelecia que, nos crimes definidos no art. 1º, o agente que, antes do recebimento da denúncia, pagasse o tributo ou a contribuição social, teria direito à extinção de sua punibilidade. Tal benesse foi revogada pela Lei 8.383/1991. Mas o art. 83, *caput* e §4º, da Lei 9.420/1996, e o art. 9º, *caput* §2º, da Lei 10.684/2003, reavivaram o benefício.

Daí a irresignação de Marcelo Lessa Bastos⁴, que é basicamente a mesma que norteia este estudo: “A questão é: como contemplar o ladrão de galinhas que cometeu um simples furto apenas com a redução de pena decorrente do arrependimento posterior, enquanto que o sonegador que desvia milhões do Erário é premiado com a extinção da punibilidade, caso pague o tributo devido ou o negocie com o Fisco, antes do recebimento da denúncia?!”.

Ora, por que o legislador contemplou com um benefício melhor aquelas condutas que atentam contra o interesse público e com um benefício pior as que atentam contra o interesse privado? Não faz sentido que o sonegador de tributos ao reparar o dano tenha a sua punibilidade extinta e um simples ladrão de supermercado tenha o direito apenas à redução de pena?

“Ora, na sonegação fiscal o interesse público em jogo é muito maior do que em um simples furto. Enquanto que neste está envolvido o patrimônio particular, naquele outro caso tem-se um dano ao Erário que, em última análise, é patrimônio de todos. Não faz o menor sentido contemplar o ladrão que investe contra o patrimônio de uma única pessoa com uma mera causa especial de redução de pena, ao passo em que ao sonegador que investe contra o patrimônio público se assegura a extinção da punibilidade...⁵”.

O legislador parece não ter ponderado o desvalor das condutas, e sim os agentes que podem praticá-las. Assim, deu direito a ambos, mas privilegiou o sonegador de tributos e elegeu como inimigo o pequeno furtador. Parece, então, haver a aplicação do tão negado direito penal do inimigo, invertendo-se a ordem constitucional de valores, isto é,

pune-se o indivíduo, e não o ato, eliminando-se um perigo, em vez de se aplicar um castigo⁶. Verificando-se uma clara situação em que o *lobby* vence o interesse público, procurando-se eliminar da sociedade a presença dos indivíduos indesejados para o convívio social, ou como bem se aponta a seguir:

Os inimigos são, na verdade, os indesejados, assim entendidos aqueles indivíduos de que seria preferível não ter exemplares em determinados espaço e tempo, porque atuam como empecilho, seja porque se opõem radicalmente ao sistema, seja porque não têm meios materiais de acompanhar o desenvolvimento do sistema. Chama-se aos últimos de excluídos, entendendo-se-os como “aqueles sujeitos que, pela sua própria situação desvantajosa no seio de uma sociedade, não recebem os benefícios do crescimento e o progresso econômico desta”. Excluídos são os marginalizados, no sentido de postos à margem de alguma coisa, no caso, da sociedade por algum motivo, como, por exemplo, sua pertença a uma classe econômica inferior, a uma etnia diferente, a uma religião minoritária, entre outros exemplos⁷.

Apesar de ser um privilégio absurdo, não há como negar o fato de que sua previsão encontra-se tutelada pelo art. 5º, LV, da CF/88, em que se diz que os acusados têm direito ao uso em sua defesa de todos os meios e recursos a ela inerentes. Ora, arguir em defesa própria a extinção da punibilidade em decorrência de reparação de um dano ou de restituição de uma coisa cabe perfeitamente no âmbito do retro referido dispositivo, que é, aliás, direito fundamental e, segundo o art. 60, §4º, IV, da CF/88, uma cláusula pétrea.

UMA DEFESA PELA EXTENSÃO DO BENEFÍCIO

Em um ordenamento jurídico que estabelece em sua Carta Magna o princípio da isonomia, vedando a concessão de privilégios odiosos, beneficiar as situações que mais atentam contra os bens jurídicos protegidos, no caso o patrimônio público, e relegar às menos atentatórias tratamento mais rígido, no caso ao patrimônio privado, é no mínimo um grande contra-senso ou um paradoxo, como se referiu linhas acima.

Viola-se a CF/88 não apenas no que diz respeito ao princípio da igualdade, mas também no que tange ao princípio do Estado Democrático de Direito, que fica inviabilizado, separando os cidadãos em

sobreintegrados e subintegrados, ou em privilegiados e indesejados, impedindo uma maior inclusão social como propugna o art. 3º da CF/88.

Marcelo Neves⁸, aliás, pontua algo bem interessante nesse sentido, ao afirmar que:

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os “subcidadãos” não estão inteiramente excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Sendo a Constituição a estrutura normativa mais abrangente nas dimensões temporal, social e material do direito, isso vale para todo o sistema jurídico: aqueles que pertencem às camadas sociais “marginalizadas” são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores.

De fato, é isso o que ocorre em países de modernidade periférica, como é o caso brasileiro. As oportunidades são normalmente dadas aos que mais têm condições de obtê-las por seus próprios meios. Assim, se um indivíduo furta objetos de valor de outrem e, arrependido, antes de recebida eventual queixa, restitui os bens, o resultado será o seu processamento e julgamento e, se condenado, fará jus a uma redução de pena.

Veja-se, então, como a relação de subintegração/sobreintegração fica bem delineada: se um indivíduo sonega contribuições previdenciárias e, arrependido, antes de iniciada a ação fiscal, efetua o pagamento o resultado será a extinção da punibilidade. Ou seja, no caso menos grave o indivíduo é punido, enquanto que no caso mais grave, o indivíduo tem sua punibilidade extinta.

É aqui se faz necessário aplicar a noção de integridade ao direito, pelo que se “exige que as normas públicas da comunidade sejam cria-

das e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção⁹". Ou seja, tais "normas devem servir para promover mais igualdade e mais liberdade¹⁰". Neste sentido, afirma-se que é preciso que as decisões legislativas e judiciais busquem uma fidelidade aos princípios que regem uma determinada comunidade.

O direito como integridade, baseando-se na fidelidade, tem, portanto, fundamento na continuidade. De acordo com Dworkin¹¹:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

Para Dworkin o direito é um conceito interpretativo baseado numa concepção de integridade e de prática argumentativa. As decisões com base na integridade têm como substrato um "conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas", direcionando-se para "a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica" da comunidade sob consideração¹². Neste passo, a questão da fidelidade é fundamental à ideia de integridade no direito.

A fidelidade, para a teoria de Dworkin, não é nem uma interpretação adstrita ao texto da lei nem uma interpretação desapegada deste texto, trata-se de uma busca "aos princípios concebidos como mais fundamentais" a um determinado sistema jurídico¹³. Ou seja, significa seguir a lei, embora se possa discordar sobre o seu sentido¹⁴ e aplicação, sempre na busca pelo respeito aos princípios fundamentais de um ordenamento jurídico.

Na crítica aqui feita sobre os distintos efeitos do arrependimento posterior, o uso da integridade no direito e da fidelidade ao direito se coadunaria com os princípios do sistema jurídico nacional como a harmonia social e a proteção do interesse público. Evitar-se-ia, assim, que o dano menor fosse punido mais severamente que o dano maior, a partir da fidelidade ao direito, aplicando-se os mesmos princípios às duas situações (crimes simples contra o patrimônio e crimes tributários

e fiscais), gerando, no mínimo, o mesmo resultado, ou um abrandamento da punição ao dano menor ou, alternativamente, uma punição mais severa ao dano maior.

Ora, se o legislador previu que para crimes contra bens jurídicos cuja violação produz uma consequência mais gravosa à sociedade, o benefício do reparo posterior é maior, então também para os crimes contra bens jurídicos cuja violação produz um resultado menos gravoso à sociedade, o benefício deve ser pelo menos equivalente, mas nunca menor. Infelizmente, o legislador não observou o direito como uma integridade, mas como formado por compartimentos estanques.

Daí se defender uma interpretação que seja extensiva da benesse de extinção da punibilidade em decorrência da reparação do dano ou da restituição da coisa pelo agente, também nos demais crimes contra o patrimônio. Fala-se, assim, em uma analogia favorável ao agente que, ao contrário do sonegador, desfalca o patrimônio particular ou mesmo o patrimônio público, só que de maneira menos acintosa, como o é, por exemplo, a fraude contra o Fisco.

E esse entendimento está em completa consonância com a noção de integridade no direito, conforme a acepção de Dworkin. A integridade, de acordo com este autor, é “um ideal político”, uma exigência de “que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos¹⁵”. Isto é, independentemente dos *lobbies* feitos na edição de leis pelo Estado legislador, é preciso que o Estado juiz atente na interpretação destas leis ao fato de que existem princípios que devem ser observados, sem o que se prejudicaria a integridade do ordenamento jurídico.

Dworkin¹⁶ divide as exigências da integridade política em dois outros princípios: a) o princípio legislativo ou da integridade na legislação, “que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente”, restringindo aquilo que eles, ao criarem o direito, possam fazer ao expandir ou alterar as normas públicas; b) o princípio jurisdicional ou da integridade no julgamento (ou na deliberação judicial), “que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”, ou seja, que “nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e

respeitasse um conjunto coerente de princípios”, de maneira a interpretar “essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”.

Pode-se perceber, portanto, que “o princípio de integridade judiciária pressupõe o da integridade legislativa,¹⁷” de maneira que tanto mais fácil será a deliberação judicial em favor da fidelidade ao direito e da integração ao direito quanto mais fiel e integrada a legislação estiver a todo o ordenamento jurídico. O que honestamente não é o caso dos dois efeitos vislumbrados pelo legislador sobre o instituto do arrependimento posterior.

Nesse sentido, vale recordar as palavras de Lenio Streck,¹⁸ que embora se refiram ao princípio da proporcionalidade, no comentário feito exatamente ao caso aqui tratado, podem se referir tranquilamente à integridade do direito. Segundo o autor gaúcho, a atitude do legislador é reprovável:

No plano da prática jurídica (doutrina e jurisprudência dominantes), não há (ainda) uma resposta para a questão acima. Consequentemente, continuamos a tratar com *benevolência* os delitos que causam prejuízos a uma infinidade de pessoas (como a sonegação de impostos, os delitos contra o meio ambiente, etc.) e com *extremo rigor* os delitos cometidos pelas camadas pobres da sociedade, como o furto, o estelionato, a apropriação indébita, etc.

Aqui se defende que, sim, o benefício especial concedido aos crimes tributários tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990 (art. 9, *caput* e §2º, da Lei 10.684/2003, e art. 83, *caput* e §4º, da Lei 9.420/1996, alterada pelas Leis 12.350/2010 e 12.382/2011), e também nos crimes tipificados no art. 168-A (ver o §2º de tal dispositivo) e no art. 337-A (ver o §1º de tal dispositivo), ambos do CP, pode ser estendido aos demais crimes contra o patrimônio, seja este privado seja este público.

Inobstante, cumpre observar o HC 139.998/RS, recentemente julgado pelo STJ, em que se entendeu que “tal como nos crimes contra a ordem tributária, o início da persecução penal no delito de descaminho pressupõe o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva do crédito tributário”, aplicando-se ao crime de descaminho (art. 334, do CP) o “mesmo entendimento já pacificado no que se refere

aos crimes materiais contra a ordem tributária, cuja caracterização só ocorre após o lançamento definitivo do crédito fiscal”. Em consonância com a súmula vinculante 24 do STF, que estabelece só poder o crime do art. 1º da Lei 8.137/1990 ser tipificado depois de feito o lançamento definitivo do tributo, tem-se que também o descaminho só poderia ser punido como crime após o lançamento do tributo devido, antes caberia arrependimento posterior do agente e, por conseguinte, a extinção da punibilidade.

Concordando com o posicionamento adotado pelo STJ, pode-se destacar a doutrina de Luiz Regis Prado:¹⁹

Critica-se a restrição imposta pelo legislador, em face da ofensa ao princípio da isonomia manifestado na máxima *ubi aedem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito), de forma que é possível a admissibilidade do favor legal (extinção da punibilidade) em todos os crimes fiscais, incluindo o descaminho “que cuida de fraude ocorrida na entrada e saída de mercadoria do país, com o objetivo de frustrar o pagamento de direitos alfandegários”.

Por esse entendimento jurisprudencial e doutrinário é que se defende a possibilidade de haver uma extensão, uma ampliação, uma analogia favorável (*in bonam partem*) da benesse para os demais crimes contra o patrimônio. A ampliação é defendida em vez da redução da benesse porque se entende que por se tratar de direito fundamental decorrente do devido processo legal, consistindo em garantia material a extinção da punibilidade pelo arrependimento posterior, seria uma violação às cláusulas pétreas constitucionais (art. 60, §4º, CF/88).

Não se duvida de que várias vezes o não pagamento de tributos “muitas vezes é provocado pelo próprio Estado, que, através de leis confusas, mal elaboradas e constantemente alteradas, exige do cidadão-contribuinte tributos injustos, cuja receita, nem sempre, é aplicada em benefício da coletividade”.²⁰ Porém, independentemente de esta situação ser a regra ou não, o sistema constitucional não legitima um tratamento tão diferenciado como o que o legislador impôs e que o judiciário, timidamente, vai desgastando, através da analogia *in bonam partem*.

Ora, como afirma Antonio Claudio Mariz de Oliveira²¹, é notória a lesividade provocada pela sonegação fiscal, prática exclusiva das camadas mais abastadas da sociedade e que tem se tornado comum, lesividade esta que desfalca o erário e priva os segmentos carentes da sociedade de oportunidades para que o seu mínimo existencial digno seja satisfeito.

Nesse mesmo sentido, afirma Luiz Regis Prado:²²

A tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza supra-individual, de cariz institucional, do bem jurídico, em razão de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais.

Se um indivíduo atenta contra o patrimônio público e contra as instituições estatais (e, ainda, em casos como no de descaminho, que também se tutela o interesse econômico-estatal) ao sonegar um tributo e, arrependendo-se, antes de ter intentado contra si um pleito fiscal, efetua o pagamento, tendo direito, assim, a que sua punibilidade seja declarada extinta. Ora, com muito mais razão, um indivíduo que mediante conduta de lesividade amplamente menor contra o patrimônio público ou particular, antes de recebida denúncia ou queixa contra si, se arrepende terá o mesmo direito.

Os direitos de todos os seres humanos, e não apenas os daqueles que têm mais força para fazer um *lobby* no Congresso, devem ser levados a sério. Isto é, devem ser, além de reconhecidos, efetivamente assegurados. Mas não só, deve também o legislador ter a sensibilidade de estabelecer normas punitivas mais severas para crimes que atentem contra bens jurídicos caros à sociedade, para que não se criem paradoxos dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Em suma, defende-se, pelos argumentos expostos, que, já que não se pode furtar àqueles que cometem crimes contra a administração pública e tributária o benefício que foi dado pelo legislador, senão

haveria violação a preceitos constitucionais, deve haver uma extensão, permitida pela aplicação da fidelidade à Constituição e da integridade do direito, através da analogia favorável ao acusado, do benefício da extinção da punibilidade também para os demais crimes contra o patrimônio, público ou privado, nos quais a lesividade é tanto menor que na sonegação de tributos, onde, normalmente, quem sai prejudicado não é o Estado, mas a sociedade, que deixa de contar com recursos para a realização de políticas públicas que possam dar eficácia a direitos sociais, e, assim, atingir os objetivos constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana, de construir uma sociedade solidária, de reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem de todos.

NOTAS

- 1 Para uma análise hermenêutica dos contornos da dignidade humana, ver: MARQUES, Fabiano Lepre. A dignidade humana: uma análise hermenêutica de seus contornos. In: **XX Encontro Nacional do CONPEDI**. A ordem jurídica justa: um diálogo euroamericano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011 (no prelo).
- 2 SIRVINSKAS, Luís Paulo. O arrependimento posterior e a súmula 554 do STF. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 612, p. 280-283, out., 1986.
- 3 BASTOS, Marcelo Lessa. "Arrependimento posterior" e extinção da punibilidade. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 2-3, n. 2-3, 2001-2002, p. 535.
- 4 BASTOS, Marcelo Lessa. "Arrependimento posterior" e extinção da punibilidade. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 2-3, n. 2-3, 2001-2002, p. 537.
- 5 BASTOS, Marcelo Lessa. "Arrependimento posterior" e extinção da punibilidade. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos, v. 2-3, n. 2-3, 2001-2002, p. 539-540.
- 6 HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Direito penal do inimigo, ou um direito penal pelas metades. **Revista Ciências Penais**, São Paulo, v. 12, 2010. p. 221.
- 7 HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Direito penal do inimigo, ou um direito penal pelas metades. **Revista Ciências Penais**, São Paulo, v. 12, 2010. p. 225.
- 8 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 248-249.
- 9 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 264.
- 10 OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: CATTONI, Marcelo (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 155.
- 11 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 291.
- 12 LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em "O Império do Direito". **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, 2001. p. 37.
- 13 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 264.
- 14 *Ibid.*, p. 29.
- 15 *Ibid.*, p. 202.
- 16 *Ibid.*, p. 203, 213 e 261.
- 17 ARAÚJO, Marcelo Cunha de. O império do Direito, de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, 2001. p. 132.

- 18 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 274.
- 19 PRADO, Luis Regis. **Direito penal econômico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 362-363.
- 20 ROTHMANN, Gerd W. A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 718, 1995. p. 539.
- 21 OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. Reflexões sobre os crimes econômicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, 1995. p. 91.
- 22 PRADO, Luis Regis. **Direito penal econômico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 303.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. O império do Direito, de Ronald Dworkin. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, 2001.

BASTOS, Marcelo Lessa. “Arrependimento posterior” e extinção da punibilidade. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacases, v. 2-3, n. 2-3, p. 535-542, 2001-2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Direito penal do inimigo, ou um direito penal pelas metades. **Revista Ciências Penais**, São Paulo, vol. 12, p. 213-230, 2010.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 7-8, 2001.

MARQUES, Fabiano Lepre. A dignidade humana: uma análise hermenêutica de seus contornos. *In*: **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI**. A ordem jurídica justa: um diálogo euroamericano. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011 (no prelo).

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. Reflexões sobre os crimes econômicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, 1995.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. *In*: CATTONI, Marcelo (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PRADO, Luis Regis. **Direito penal econômico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROTHMANN, Gerd W. A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 718, ago. 1995.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. O arrependimento posterior e a súmula 554 do STF. **Revista dos Tribunais**, vol. 612, p. 280-283, out. 1986.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Artigo recebido em: 29-11-2011

Aprovado em: 16-02-2012

