

# REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS E PERSECUÇÃO PENAL


Luiz Eduardo de Almeida

Apresentação elaborada para o curso de atualização do

Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT


Maio de 2011

# CONTEXTO DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS (RFFP)

- ▶ Atividade da Administração Pública: ato administrativo
  - ▶ Em regra tem origem em um procedimento de fiscalização: exercício do poder de polícia
- 

# A Fiscalização e o poder de polícia

- ▶ A palavra polícia correlaciona-se com a segurança. Vem do grego *polis* que significava o ordenamento político do Estado. “Aos poucos (lembra Hélio Tornaghi) polícia passa a significar a atividade administrativa tendente a assegurar a ordem, a paz interna, a harmonia e, mais tarde, o órgão do Estado que zela pela segurança dos cidadãos.”. Acrescenta que Polícia, sem qualificativo, “designa hoje em dia o Órgão a que se atribui, exclusivamente, a função negativa, a função de evitar a alteração da ordem jurídica.”
- ▶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª Ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 755.

- ▶ A polícia se distingue essencialmente em:
  - ▶ **polícia administrativa**; e
  - ▶ **polícia de segurança (ou judiciária)**.
- 


- ▶ Maria Sylvia Z. di Pietro, se referindo a Álvaro Lazzarini, afirma que:
- ▶ [...] a linha de diferenciação está na ocorrência ou não do ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age.
- ▶ A primeira se rege pelo Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades; a segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas.

# O poder de polícia e os direitos fundamentais

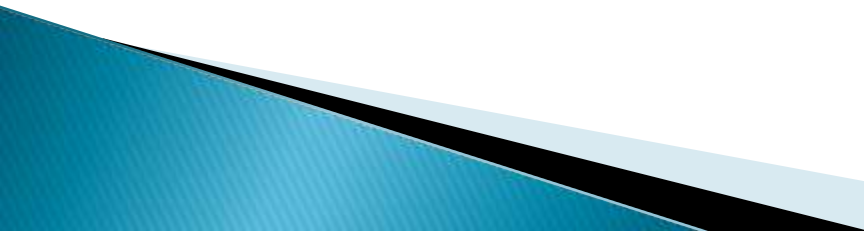
Estado Democrático de Direito

X

Estado de Polícia  
("Estado de mera legalidade")



# REPERCUSSÕES DA REPRESENTAÇÃO

- ▶ **Repercute na persecução penal:** fundamenta o inquérito policial e eventual denúncia do Ministério Público
  - ▶ **Repercute na instância judicial (cível e penal):** em alguns casos (hipóteses de extinção da punibilidade), impõe o ônus ao contribuinte de desconstituir o lançamento por meio de ação judicial própria
- 

- ▶ A representação fiscal para fins penais, portanto, relaciona a instância administrativa tributária, a persecução penal e a instância judicial penal e cível.

# Base normativa: questões procedimentais

- ▶ No âmbito da RFB a **Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010** estabelece os procedimentos a serem observados na comunicação ao Ministério Público Federal de fatos que configurem, em tese, crimes contra a ordem tributária; contra a Previdência Social; contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional; contra Administração Pública Estrangeira; bem como crimes de contrabando ou descaminho, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

- ▶ Art. 1º O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) **deverá** formalizar representação fiscal para fins penais perante o Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil responsável pelo controle do processo administrativo fiscal **sempre que, no exercício de suas atribuições, identificar atos ou fatos que, em tese, configurem crime contra a ordem tributária ou contra a Previdência Social.**
- ▶ Parágrafo único. Nos casos em que o AFRFB, no exercício de suas atribuições, identificar atos ou fatos que, em tese, configurem crime de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos; de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; de contrabando ou descaminho; bem como crime contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional, e contra Administração Pública Estrangeira, deverá formalizar representação para fins penais perante o titular da Unidade Central – Superintendente, Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil – ao qual estiver vinculado.

▶ No Estado de São Paulo, a **Portaria CAT – 5, de 23-1-2008** serve de parâmetro para a representação fiscal ao Ministério Público.

- Artigo 1º – a representação fiscal para fins penais na hipótese, em tese, de crime contra a ordem tributária será elaborada depois de proferida a decisão final em processo de auto de infração e imposição de multa na esfera administrativa.
- Parágrafo único – Considera-se decisão final na esfera administrativa, a decisão total ou parcialmente favorável à Fazenda Pública contra a qual não caiba mais recurso perante quaisquer das instâncias administrativas, ou, cabendo, não tenha ele sido interposto na forma prevista na legislação estadual.

# A representação fiscal e a persecução penal

- ▶ Objetivo: identificar no contexto normativo (1) o momento da representação fiscal para fins penais, (2) a hipótese de suspensão da pretensão punitiva e (3) a hipótese de extinção da punibilidade


# CONTEXTO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL

- ▶ Marcos importantes:
- ▶ a Lei 9249/1995;
- ▶ a Lei 9430/1996 (e as quatro alterações realizadas no art. 83);
- ▶ a Lei 10684/2003(PAES);
- ▶ a súmula vinculante nº 24 e os seus precedentes;
- ▶ a lei 12382/2011( alterou a redação do artigo 6º da lei 9640/1996).

# INÍCIO DA PERSECUÇÃO

- ▶ A súmula vinculante nº 24 (dezembro 2009)
- ▶ NÃO SE TIPIFICA CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, PREVISTO NO ART. 1º, INCISOS I A IV, DA LEI Nº 8.137/90, ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO.

## SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PELO PARCELAMENTO

- ▶ As alterações introduzidas na Lei 9430/1996 pela Lei 12389/2011.
  - ▶ Somente no caso de exclusão do parcelamento a representação será encaminhada ao MP.
- 

- ▶ **Durante o parcelamento é suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), se o “pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.”**
- ▶ A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
- ▶ Extingue-se a punibilidade dos referidos crimes como pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

# EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO

- ▶ A lei 10684/2003 dispõe que:
- ▶ *Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.*
- ▶ *§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.*
- ▶ *§2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.*

# RESSALVAS

- ▶ O posicionamento do STF quanto à extinção da punibilidade pelo pagamento.

- "Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito."

- (HC 73.454, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-1996, Segunda Turma, *DJ de 7-6-1996.*)"

▶ **Muito obrigado!**

**Luiz Eduardo de Almeida**

Doutorando em Direito do Estado na USP, Mestre em Direito, Advogado.

[l.eduardodealmeida@gmail.com](mailto:l.eduardodealmeida@gmail.com)

[l.eduardodealmeida@usp.br](mailto:l.eduardodealmeida@usp.br)

