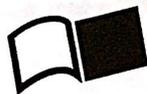


CEZAR ROBERTO BITENCOURT

1

TRATADO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO

2016



Editora
Saraiva



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SAC: 0800 011 7875
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
www.editorasaraiva.com.br/contato

Direção editorial Flávia Alves Bravin
Gerência editorial Thaís de Camargo Rodrigues
Assistência editorial Deborah Caetano de Freitas Viadana

Coordenação geral Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia (coord.)

Luciana Shirakawa
Arte, diagramação e revisão Know-how Editorial
Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva
Kelli Priscila Pinto
Tatiana dos Santos Romão

Capa IDÉE arte e comunicação

Produção gráfica Marli Rampim
Impressão Prol Editora Gráfica
Acabamento Prol Editora Gráfica

ISBN 978-85-472-1016-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Angélica Ilacqua CRB-8/7057

Bitencourt, Cezar Roberto

Tratado de direito penal econômico, volume 1 / Cezar Roberto Bitencourt. — São Paulo : Saraiva, 2016.

1. Direito penal econômico - Brasil 2. Direito penal I. Título.

16-0610

CDU 343.2(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito penal econômico - Brasil

343.2(81)

Data de fechamento da edição: 29-4-2016

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

140.615.001.001

ASPECTOS GERAIS DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

I

Sumário: 1. Considerações introdutórias. 2. Pressuposto e fundamentos dos crimes contra as finanças. 3. Bem jurídico e injusto penal. 4. Responsabilidade fiscal, criminal e improbidade administrativa. 5. Cumulação de sanções e *bis in idem*: inconstitucionalidade. 6. Efeitos da condenação, penais e extrapenais. 7. Leis penais em branco e *novatio legis* criminalizadora.

1. Considerações introdutórias

A partir da sua entrada em vigor (20 de outubro de 2000), a Lei n. 10.028/2000 tem sido objeto de grande apreensão, quer pelos seus destinatários, quer pela grande mídia nacional, quer pela população brasileira. Desnecessário insistir, para os iniciados, no *princípio da reserva legal* – segundo o qual, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX, da CF e art. 1º do CP), e na *irretroatividade da lei criminalizadora*. Essa obviedade, contudo, não impediu que a grande mídia fizesse a tradicional confusão afirmando a retroatividade da lei, num primeiro momento, para, posteriormente, mostrar-se inconformada ante a impossibilidade de a lei criminal alcançar os fatos anteriores praticados pelos prefeitos municipais, repetindo, como gosta de fazer, que não passa de uma *firula jurídica* para assegurar a velha impunidade. Convenhamos, não precisamos perder tempo para rebater esses “judiciosos” argumentos.

Faz-se necessário afirmar, por uma questão de justiça, a despeito do alarde dos são propósitos das leis moralizadoras (LC n. 101/2000 e Lei n. 10.028/2000), que são tendenciosas e demagógicas, afora suas flagrantes deficiências técnicas e graves inconstitucionalidades. Como destacam, com muita propriedade, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, *verbis*: “A quantidade de equívocos cometidos pelo legislador faz com que a eficácia da Lei reste subordinada à transposição de muitos obstáculos. Além das já conhecidas dificuldades de se dar aplicação aos dispositivos repressivos quando se trata de buscar a punição de agentes com elevado poder econômico e político, o legislador acaba por contribuir com esta situação ao elaborar Lei sem a devida preocupação com a técnica legislativa, e contendo flagrantes vícios de constitucionalidade”.

Na verdade, o “sábio legislador” dispensa tratamento diferenciado aos administradores públicos de alto escalão que pratiquem as mesmas condutas incriminadas: a) para os prefeitos municipais, *comina pena de prisão*, além da perda do cargo, com inabilitação da função pública; b) para os detentores de poder nas esferas federal e estadual (Presidente da República, Governadores dos Estados etc.), ao contrário,

comina-lhes, tão somente, as chamadas *sanções político-administrativas*. Esse odioso ardid político-jurídico, contudo, não mereceu o destaque devido, deixando a população acreditar que a cruzada pela moralidade pública com a lei de responsabilidade (LC n. 101/2000) é efetiva e séria. Pura ilusão, só “para inglês ver”! Para concretizar essa *armadilha* aos prefeitos municipais, utiliza-se habilmente da Lei n. 1.079/50, que, para os incautos, trata dos “crimes de responsabilidade”, mas que, arditamente, não lhes comina qualquer sanção penal. Nesse sentido, revoltam-se também Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, afirmando: “Há ofensa flagrante ao *princípio da igualdade*, por meio do qual qualquer *descrímen* praticado pelo legislador deve estar fundamentado em critério de necessidade e de razoabilidade, atributos que não se fazem presentes. Deixa de existir qualquer razão para que se imputem consequências jurídicas diferenciadas para condutas idênticas praticadas por entes políticos, sejam eles da esfera municipal (que no caso é mais gravemente punido), sejam das esferas estadual ou federal (para estes níveis, há previsão de idêntica pena)”.

Todos queremos, com urgência, a moralização da administração pública, mas não podemos esquecer que vivemos em um Estado Democrático de Direito. Constatase, na verdade, o açodamento dos governantes brasileiros, mais uma vez, preocupados em *utilizar o direito penal simbolicamente*, enganando uma população carente, ignorante e mal informada, fazendo crer que os “paladinos da moralidade pública” estão no poder e decidiram fazer “caças às bruxas” a qualquer preço. A própria mídia nacional está sendo enganada pelos detentores do poder, e, convencida do seu papel de levar a “boa-nova aos homens de boa vontade”, passou a incutir na opinião pública a legitimidade e suficiência dessa satisfação básica aos seus anseios de Justiça, moralizadores, definitivamente, das finanças públicas e da administração pública em geral.

Contudo, tudo isso não passou de uma farsa dos detentores do poder: para os prefeitos, a praticamente inviabilidade de concluir seus mandatos, mesmo com a mais absoluta honestidade, sem sofrer condenação criminal e serem expostos à execução pública, enquanto os demais mandatários – os superiores legisladores e outros destinatários da Lei n. 1.079/50 – jamais serão alcançados pela lei penal.

Na verdade, aqueles que exercem função executiva em nível federal e estadual somente terão possibilidade de ser alcançados pelos crimes constantes do novo capítulo acrescentado ao Código Penal, pela mesma Lei n. 10.028/2000. Enfim, com a conjugação desse diploma legal com a Lei Complementar n. 101/2000, nenhum dos novos prefeitos concluirá seu mandato sem responder criminalmente, nos termos do Decreto-Lei n. 201/67 e do próprio Código Penal. Aliás, essa afirmação que fizemos ainda no final do ano de 2000 comprovou-se integralmente ao longo desses 14 anos da edição de dita lei. Mas somente esses prefeitos são alcançados por essa dura lei penal.

Dessa forma, a Lei n. 10.028/2000 introduziu no sistema jurídico-penal brasileiro novas figuras penais, quer no Código Penal, quer no Decreto-Lei n. 201/67. No Código Penal foi acrescentado um capítulo ao Título XI da Parte Especial, que trata *Dos crimes contra a Administração Pública*, sob a rubrica de *Crimes contra as finanças públicas*, além de redefinir o crime de *denúncia criminosa* (art. 339). No decreto-lei referido, foram incluídas oito novas figuras delitivas em seu art. 1º, que tipifica os *crimes de responsabilidade de prefeitos*.

Não abordaremos neste livro o crime de denúncia criminosa, considerando que ele faz parte de um capítulo específico no volume 5º de nosso *Tratado de direito penal*, onde abordamos todas as alterações que a Lei n. 10.028 introduziu nesse crime.

2. Pressuposto e fundamentos dos crimes contra as finanças

O art. 37 da CF estabelece que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência”. Enfim, a *improbidade administrativa*, disciplinada pela Lei n. 8.429/92, ampliada e reforçada pela Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (responsabilidade fiscal), constitui *pressuposto* dos crimes contra as finanças públicas.

Além do citado art. 37 da CF, o art. 165 dispõe que leis estabelecerão o *plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual*; o art. 167 fixa as vedações e proibições referentes à *gestão pública das receitas e despesas*; a Lei Complementar n. 101/2000 complementa o arcabouço constitucional, disciplinando a responsabilidade fiscal.

Harmonizando e complementando o sistema jurídico, a Lei n. 10.028/2000 acrescentou um novo capítulo ao último título da Parte Especial do Código Penal, com os arts. 359-A a 359-H, criando novos tipos penais, objetivando proteger a Administração Pública, particularmente em relação a suas finanças¹.

3. Bem jurídico e injusto penal

O *bem jurídico* constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais; no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um *sentido social próprio*, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das *causas de justificação* na hipótese de conflito de valorações.

A proteção de bem jurídico, como fundamento de um direito penal liberal, oferece um critério material extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, será possível distinguir o crime das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum. No atual estágio da teoria do delito, deve-se partir do ponto de vista de que no tipo somente se admitem aqueles elementos que fundamentam o *conteúdo material do injusto*. O tipo tem a finalidade precípua de identificar o bem jurídico protegido pelo legislador. Na hipótese dos crimes contra as finanças públicas, acrescentados no Código Penal pela Lei n. 10.028/2000, no dizer de Stoco, “o bem jurídico tutelado é especial e de máxima importância para o Estado organizado. Tutelam-se e protegem-se as finanças públicas, a correta gestão do dinheiro público e busca-se preservar a moralidade e probidade administrativa”².

1. Ver Damásio de Jesus, *Código Penal anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

2. Rui Stoco e Tatiana de O. Stoco, in Alberto Silva Franco et al., *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1747.

Se uma *concepção liberal* concede ao direito penal uma *função protetora de bens e interesses*, uma *concepção social*, em sentido amplo, pode, por sua vez, adotar uma *orientação predominantemente imperialista* e, portanto, reguladora de vontades e atitudes internas, como ocorreu, por exemplo, com o *nacional-socialismo* alemão. A primeira concepção destaca a importância do bem jurídico; a segunda apoia-se na *infração de dever*, na desobediência, na rebeldia da vontade individual contra a vontade coletiva. Agora, se um *Estado Social* pretende ser também um *Estado de Direito*, terá de outorgar proteção penal à ordem de valores constitucionalmente assegurados, rechaçando os *postulados funcionalistas* protetores de determinado *status quo*.

4. Responsabilidade fiscal, criminal e improbidade administrativa

A partir da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000), complementada pela Lei n. 10.028/2000, que criou novos tipos penais – crimes contra as finanças públicas –, tornam-se efetivos os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 da CF). E, ainda, princípios constitucionais, disciplinados em lei ordinária e lei complementar, acabaram sendo incluídos no Código Penal (novo capítulo no Título dos Crimes Contra a Administração Pública) e tipificados como crimes³.

A legislação específica prevê sanções de *natureza política* (suspensão de direitos políticos – arts. 37, § 4º, da CF e 12, I, da Lei n. 8.429/92), *administrativa* (perda de cargo e função pública, proibição de contratar com o Poder Público etc. – art. 12, I, da Lei n. 8.429/92), *civil* (ressarcimento de dano e multa civil – art. 12, I, da Lei n. 8.429/92), *pecuniária* (multa aplicável por Tribunal de Contas a chefes de Poderes e ocupantes de cargos de direção – art. 5º da Lei n. 10.028/2000) e *penal* (prisão, multa e penas restritivas de direitos – Lei n. 10.028/2000, que criou o último capítulo do CP e deu nova redação à Lei n. 1.079/50 e ao Decreto-Lei n. 201/67). Por tudo isso, eventual sentença penal condenatória por crimes da Lei n. 10.028/2000, embora constitua título executivo no cível (art. 63 do CPP), não abrange as demais sanções aqui referidas.

5. Cumulação de sanções e *bis in idem*: inconstitucionalidade

Todas as sanções supramencionadas, penal, civil, administrativa e política, em tese, podem ser aplicadas cumulativamente pela prática do mesmo fato, na medida em que são independentes e não se excluem⁴. Em princípio, essa soma de penas, pelo mesmo fato, reveste-se da pecha de inconstitucional. A previsão do art. 63 do CPP não autoriza a imposição da perda de cargo público, suspensão de seu exercício, perda dos direitos políticos, imposição de pena pecuniária etc. Apenas, segundo referido artigo, a condenação *tornará certa a obrigação de indenizar* os danos produzidos pelo crime. Demais sanções dependerão de ação própria no juízo cível.

3. Ver Rui Stoco, Improbidade administrativa e os crimes de responsabilidade fiscal, *Bol. IBCCrim*, n. 99, fev. 2001, p. 2-5.

4. Ver Rui Stoco, Improbidade administrativa e os crimes de responsabilidade fiscal, p. 2-5.

Sempre que estiverem satisfeitos os requisitos exigidos pelo art. 44 do CP, devem ser aplicadas as penas restritivas de direitos previstas no CP (Lei n. 9.714/98), em caráter substitutivo, independentemente da previsão da Lei de Improbidade Administrativa. Pelas mesmas razões, quando a pena aplicada não for superior a um ano, será possível substituí-la por pena de multa somente (art. 44, § 2º, do CP), desde que os requisitos objetivos e subjetivos se façam presentes.

6. Efeitos da condenação, penais e extrapenais

Somente quando o crime for praticado com *abuso de poder* ou com *violação de dever para com a Administração Pública* o agente poderá perder cargo, função pública ou mandato eletivo, independentemente de ação civil de improbidade administrativa. Esses efeitos serão inaplicáveis a condenações por crimes contra as finanças públicas, pois nenhuma das novas infrações tem pena superior a quatro anos. Nessa hipótese, para condenação superior a quatro anos, seria irrelevante o abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

A condenação criminal, afora a obrigação de indenizar (arts. 91, I, do CP e 63 do CPP), não faz coisa julgada extrapenal, para abranger as demais sanções civil, administrativa ou política. Para as consequências administrativa, civil e política, a legislação estabeleceu mecanismos especiais para apurar a improbidade administrativa⁵. Assim, as sanções *política, administrativa, civil* e até *pecuniária* (Lei n. 8.429/92) não são automaticamente aplicáveis: somente com ação própria, no juízo cível, poder-se-á apurar a responsabilidade do agente público; a multa, também, de 30% dos vencimentos anuais do agente público somente pode ser aplicada pelo Tribunal de Contas respectivo. Exigem ações próprias, nas quais a sentença penal condenatória não tem aplicação automática.

Pelo mesmo fato, o agente público poderá, em condenação criminal, sofrer pena de prisão, ou multa, perder cargo, função, atividade ou mandato eletivo (lei criminal); poderá ser punido com perda de bens ou valores acrescidos a seu patrimônio, ressarcimento de dano, perda de função pública, suspensão de direitos políticos, multa civil (até três vezes o acréscimo patrimonial), proibição de contratar com o Poder Público. Há, inegavelmente, um exagero de sanções para uma única conduta, exigindo, por conseguinte, criteriosa avaliação e valoração do aplicador da lei.

7. Leis penais em branco e *novatio legis* criminalizadora

Leis penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal. Na linguagem figurada de Binding, “a lei penal em branco é um corpo errante em busca de sua alma”. Como conclui Luiz Regis Prado, “portanto, na lei penal em branco, o comportamento proibido vem apenas enunciado ou indicado, sendo a parte integradora elemento indispensável à conformação da tipicidade”.

5. Ver Rui Stoco, Improbidade administrativa e os crimes de responsabilidade fiscal, p. 4.

Nos novos crimes incluídos no CP, quais sejam contra as finanças públicas, o legislador abusou do expediente de utilizar-se da norma penal em branco, que, embora admitida dentro de certos limites, vulnera o princípio da taxatividade da tipicidade; assim ocorre nos arts. 359-A, 359-B, 359-D, 359-E, 359-F, 359-G e 359-H. Teoricamente, apenas o art. 359-C evitou o recurso da norma penal em branco.

Novatio legis incriminadora, ao contrário da *abolitio criminis*, considera crime fato anteriormente não incriminado, sendo, portanto, irretroativa, não podendo ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência (20-10-2000), segundo o velho aforisma *nullum crimen sine praevia lege*, hoje erigido a dogma constitucional (arts. 5º, XXXIX, da CF e 1º do CP). Nessas circunstâncias, o autor do fato não praticou crime algum, uma vez que, no momento da execução, sua conduta era indiferente para o direito penal. Ora, como aqui se trata de *criminalização* de novas condutas, à evidência, não retroage para atingir fatos praticados antes de 20 de outubro de 2000, ainda que referidos fatos já constituíssem ilícitos administrativos (LC n. 101/2000).

Todas as novas figuras incluídas no capítulo "Dos crimes contra as finanças públicas" (Lei n. 10.028/2000) admitem, em tese, a suspensão condicional do processo, desde que satisfeitos os demais requisitos, na medida em que nenhuma de suas penas ultrapassa, em seu limite mínimo, um ano de privação de liberdade (art. 89 da Lei n. 9.099/95).

Nenhuma das infrações disciplinadas na Lei n. 10.028/2000, que acrescentou novo capítulo ao CP, prevê a punição de modalidade culposa. Assim, somente poderão ser punidas quando praticadas dolosamente, ou seja, com vontade e consciência de descumprir as normas que disciplinam a gestão fiscal e as finanças públicas. Desnecessário repetir que o direito penal da culpabilidade não admite responsabilidade penal objetiva.