

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais.

Proibida a reprodução parcial ou total, sem autorização dos editores.

E-mail para remessa de artigos: editorial@notadez.com.br

Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 56, nº 373, novembro de 2008.

Diretores: Marco Antônio C. Paixão e Luiz Antônio Duarte Aiquel

Bimestral: 1953-1962; trimestral: 1963-1965; irregular: 1966-1967; anual: 1968; trimestral: 1977; bimestral: 1982; mensal: 1988

Arte no acrílico sobre tela: Lucia Paixão www.luciapaixao.com.br

Layout da Capa: Marcelo Britto

Tiragem: 5.500 exemplares

ASSINATURAS:

São Paulo: (11) 3367.1010 Demais Estados: (51) 2131.8500

Editada e distribuída em todo o território nacional por:

NOTADEZ

Av. A. J. Renner, 20, 2º Andar – 90245-000

Porto Alegre – RS

Fone/fax: (51) 2131.8500

Internet: <http://www.notadez.com.br> – E-mail: notadez@notadez.com.br

Site Exclusivo: <http://www.revistajuridica.com.br>

Revista Jurídica®

ANO 56 NOVEMBRO DE 2008 Nº 373

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal: 03/85

Superior Tribunal de Justiça: 09/90

Tribunais Regionais Federais 1ª, 2ª e 4ª Regiões

FUNDADOR

Prof. Angelito Asmus Aiquel

DIRETORES

Marco Antônio Coutinho Paixão

Luiz Antônio Duarte Aiquel

CONSELHO EDITORIAL

Ada Pellegrini Grinover Alexandre Pasqualini Alexandre Wunderlich
Antonio Janyr Dall'Agnol Jr. Araken de Assis Arruda Alvim
Carlos Alberto Molinaro Cezar Roberto Bitencourt
Daniel Francisco Mitidiero Daniel Ustároz
Darci Guimarães Ribeiro Eduardo Arruda Alvim
Eduardo de Oliveira Leite Eduardo Talamini Ênio Santarelli Zuliani
Fátima Nancy Andrighi Fredie Didier Junior
Guilherme Rizzo Amaral Humberto Theodoro Junior
Ingo Wolfgang Sarlet J.J. Calmon de Passos João José Leal
José Carlos Barbosa Moreira José Maria Rosa Tesheiner
José Roberto Ferreira Gouvêa José Rogério Cruz e Tucci
Juarez Freitas Lúcio Delfino Luis Guilherme Aida Bondioli
Luís Gustavo Andrade Madeira Luiz Edson Fachin
Luiz Guilherme Marinoni Luiz Manoel Gomes Junior
Luiz Rodrigues Wambier Márcio Louzada Carpena
Mariângela Guerreiro Milhoranza (Coordenadora)
Ovídio Araújo Baptista da Silva Paulo Luiz Netto Lôbo Rolf Madaleno
Salo de Carvalho Sergio Cruz Arenhart Sérgio Gilberto Porto
Teresa Arruda Alvim Wambier William Santos Ferreira

de garantias. Esta nova roupagem do *habeas corpus* surge, deste modo, fundamentalmente nos últimos 20 anos de vigência da Constituição.

Por fim, pode-se atestar que o destino do *habeas corpus* no Brasil depende da manutenção da Constituição Federal e de uma reforma processual penal que o ampare, seguindo a orientação de um moderno processo penal garantista que deve seguir preceitos internacionais de defesa dos Direitos Humanos. Em resumo, a verdade é que, em tempos de crise, o futuro do *habeas corpus* depende da nossa resistência constitucional, que possui base na construção de um núcleo ético-jurídico mínimo de preservação dos Direitos Humanos para uma sociedade *aberta, plural e multicultural*.

A IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

ARNALDO QUIRINO DE ALMEIDA*

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Elementos de direito penal econômico; 2.1 O conceito e o conteúdo do direito penal econômico; 2.2 O bem jurídico tutelado pelo direito penal econômico; 2.3 O direito penal econômico como disciplina jurídica; 3 – Responsabilidade penal e direito penal econômico; 3.1 A imputação jurídico-penal da culpa no direito penal econômico; 3.2 Responsabilidade penal pelo fato de outrem e a responsabilidade penal da pessoa jurídica; 3.3 Imputação jurídico-penal e individualização da culpa no direito penal econômico; 4 – Conclusão.

1 – INTRODUÇÃO

O tema a que nos propomos a partir de agora analisar, ainda que brevemente, devido à finalidade da presente monografia, é dos mais discutidos atualmente na tentativa de formulação de uma Teoria Geral do Direito Penal Econômico, não somente pelo fato de romper com alguns dos tradicionais institutos da dogmática penal, mas sobretudo porque implica um repensar o próprio Direito Penal e a política criminal que lhe é subjacente, tendo por escopo último a tentativa de persuadir o legislador para a criação de normas mais consentâneas com nossos dias em matéria de criminalidade econômica.

* Pós-graduado em Direito (*lato sensu*). Pós-graduado em Direito Penal Econômico (especialização), curso realizado pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, em colaboração com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo. E-mail: arnaldoquirino@uol.com.br

Trataremos da imputação jurídico-penal da culpa no ordenamento brasileiro e como ela se insere no contexto do Direito Penal Econômico, não sem antes fazer um esboço dos elementos essenciais à apresentação desta disciplina jurídica, que tem merecido estudo cuidadoso e destaque no Direito comparado. Necessário será, pois, antes de adentrarmos ao tema proposto, tecermos algumas considerações sobre o conceito e o conteúdo do Direito Penal Econômico, qual é o bem jurídico objeto de sua tutela – o patrimônio e interesses individuais ou interesses de repercussão coletiva, geral, supra-individuais –, e saber se, entre nós, essa disciplina está estruturada de forma sistemática e independente, com princípios de regência próprios, de modo a considerá-la com alguma autonomia relativamente ao Direito Penal clássico, como já vem ocorrendo no Direito comparado, de que são exemplos mais marcantes o ordenamento jurídico português e o alemão.

Conhecer um pouco da estrutura elementar do Direito Penal Econômico é fundamental ao entendimento das questões que estão envolvidas na discussão da imputação jurídico-penal da culpa nessa matéria, principalmente em razão da análise que se fará acerca da responsabilidade pelo fato de outrem e da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

O presente estudo tem por objetivo, ainda, demonstrar o atual estágio do Direito Penal Econômico, no Brasil, no concernente à imputação jurídico-penal da culpa a partir do estudo do princípio da culpabilidade e sua imbricação na difícil questão da responsabilidade penal dos representantes legais das pessoas jurídicas – sócios, gerentes, administradores –, por atos praticados em nome e no interesse da atividade econômica do ente coletivo.

2 – ELEMENTOS DE DIREITO PENAL ECONÔMICO

2.1 O Conceito e o Conteúdo do Direito Penal Econômico

O trabalho de conceituar o Direito Penal Econômico não é dos mais fáceis ainda na atualidade, devido inicialmente às divergências no que respeita às condutas criminosas ou comportamentos que por tal matéria devem estar englobados, bem como acerca de saber se é ou não uma disciplina jurídica que mereça ser estudada autonomamente. Nesse desiderato, a indagação a ser feita é se deve o conceito ser restritivo ou ampliado, na medida em que a ele podem estar incorporados fenômenos criminosos que afetam valores mensuráveis economicamente ou somente

aqueles de relevância e importância no âmbito de determinada política econômica adotado pelo Estado. Assim é que algumas divergências podem começar aqui a aparecer, dificultando a assimilação do que seja o Direito Penal Econômico, bem como acerca da largueza de seu conceito, de modo a concluir se estamos ou não diante de uma disciplina jurídica dotada de certa independência e autonomia.

É saber se, no âmbito do Direito Penal Econômico, devem ser tratados de delitos tais como os diversos crimes praticados contra a propriedade privada, como, por exemplo, furto, roubo, estelionato, posto que em certa medida são condutas que afrontam o patrimônio alheio; logo, que podem ser mensurados economicamente, ou ainda, pela mesma razão, também condutas violadoras das relações de trabalho, das relações comerciais, das relações de consumo, etc., no mais das vezes representados por violações que afrontam somente o interesse ou o patrimônio individual, ou se, na verdade, essa disciplina deve preocupar-se tão-somente com comportamentos de maior amplitude e danosidade à economia coletiva, aos valores e interesses diretamente relacionados à economia ou à política econômica do Estado ou relativamente à forma como o Estado gere a economia, vale dizer, interesses de natureza supra-individuais. É esse aspecto inicial que merece ser destacado para melhor entendimento do núcleo essencial do Direito Penal Econômico, seu conceito, conteúdo e o problema de saber se estamos diante de uma disciplina jurídica que comporta um estudo e tratamento individualizado, destacado, sobretudo, do Direito Penal clássico ou geral.

Nesse ponto, acerca do conceito de Direito Penal Econômico, é pertinente destacar que CINIHA RODRIGUES MENESCAL PALHARES¹, após afirmar que o Direito Econômico incorpora normas jurídicas através das quais o Estado se vale para alcançar finalidade de política econômica, regulando e limitando direitos e deveres, termina por destacar que: “O Direito Penal Econômico, cujo objeto jurídico é a proteção da política econômica estatal, é a vertente repressiva, pela qual haverão de ser sancionadas determinadas condutas relativas a fatos econômicos, assim eleitas pelo legislador como aquelas de maior potencial lesivo aos interesses da sociedade, em determinado momento”, para depois concluir que “o Direito Penal Econômico é o conjunto de normas jurídico-penais que tutelam a ordem econômica”.

¹ *Crimes Tributários* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 42-44

Ao seu turno, FRANCISCO MUÑOZ CONDE² tem entendimento no sentido de que: "El Derecho Económico, como rama autónoma del Ordenamiento jurídico, es producto de la preocupación que suscitó entre las dos Guerras Mundiales la proliferación de la actividad legislativa y reglamentaria estatal en el ámbito económico, como consecuencia de la intervención creciente del Estado en el economía, disciplinando o ejerciendo actividades que anteriormente se habían desarrollado entre los particulares, sin ningún tipo de ingerencia estatal". Destaca o autor espanhol também que: "El concepto de 'delincuencia económica' tiene, pues, que estar vinculado al de 'delito económico', que es, en definitiva, el único capaz de dar autonomía a la parte del Derecho y concretamente del Derecho Penal que de él se ocupa".

A demonstrar a polêmica em torno da qual se encontra o conceito, denominação e abrangência do Direito Penal Econômico, é salutar a impressão colhida do jurista LUIZ REGIS PRADO³, que entende necessário um estudo da matéria numa perspectiva "relativamente ampla", em que haja "certa univocidade temática, ainda que não científica", prosseguindo conceituando o Direito Penal Econômico como aquele que "visa à proteção da atividade econômica presente e desenvolvida na economia de livre mercado. Integra o Direito Penal como um todo, não tendo nenhuma autonomia científica, mas tão-somente metodológica ou didático-pedagógica, em razão da especificidade de seu objeto de tutela e da natureza da intervenção penal".

O Professor KLAUS TIEDEMANN⁴, penalista de renome e um dos mais profundos estudiosos do Direito Penal Econômico, desta feita sobre a correção da denominação atribuída a tal matéria, chegou a afirmar que: "Parece-nos que a expressão ampla - 'delitos socioeconômicos' - é a mais conveniente, pois permite incluir, tanto em nossas deliberações, como em uma futura legislação, não somente os delitos contra a economia nacional, mas, também, os delitos financeiros, tributários, laborais, falimentares, etc., alcançando também os chamados delitos societários e outros, que possam

² Principios policriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal español de 1994 *Revista Brasileira de Ciências Criminais* São Paulo: RT, n 11, p 7-8

³ *Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2004, p 5-6.

⁴ Estudo apresentado durante o XV Congresso Internacional de Direito Penal, Rio de Janeiro, 4 a 10 de setembro de 1994. Mesa-redonda: A reforma da Parte Especial dos Códigos Penais. In: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de *Dos crimes contra a Ordem Econômica*. São Paulo: RT, 1995, p 18

ter relevância principalmente patrimonial, que se encontram em estreita conexão com a vida econômica".

Mas já é antiga a polêmica em torno do conceito, como temos dito, e um dos registros mais marcantes a demonstrar tal afirmativa, ainda que sob a óptica da criminologia, pode-se colher no magnífico estudo realizado pela Professora CLÁUDIA CRUZ SANTOS⁵, quando se reporta ao conceito de *white-collar crime* e suas origens, notadamente a partir das investigações realizadas por EDWIN SUTHERLAND, desde 1939. É verdade que lá o fenômeno da criminalidade econômica é abordado sob a perspectiva do delinquente, assim tendo importância demasiada o "estatuto social do agente criminoso", elemento denotador de exarcebado subjetivismo. Mas a evolução daquele conceito também é revelador de sua estreita ligação com a prática de ilícitos contra a economia, e, se se pode pensar num conceito de Direito Penal Econômico dissociado do conceito de *white-collar crime*, o raciocínio inverso parece não ser verdadeiro. Fato inegável é que a contribuição deste último fenômeno para o melhor entendimento do que é a criminalidade econômica é inegável, seja porque busca respostas a partir do entendimento de que "os ricos e os poderosos praticam condutas criminosas", ou porque investiga o modo como "pessoas de elevado estatuto social e respeitabilidade no exercício da sua profissão" praticam crimes no mundo dos negócios.

Quanto ao conteúdo do Direito Penal Econômico, de modo igual não há unanimidade; ao contrário, as opiniões são sempre divergentes. Aqueles que entendem que a definição e o conteúdo do Direito Penal Econômico decorrem necessariamente de elementos colhidos do Direito Econômico acabam por dar tratamento mais amplo à matéria, incorporando a ela toda sorte de normatização sobre interesses da economia de um Estado, tais como normas que regulam a atividade econômica, a produção e a circulação de bens econômicos, que fiscalizam o mercado e as empresas, a denotar uma amplitude e incerteza dos valores jurídicos insertos num tal conteúdo, o que por certo é fato merecedor de censura no concernente à necessária busca de um bem jurídico-penal preciso e delimitador da atuação do legislador quando da elaboração da norma penal. Os Professores JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE⁶, não obstante tal inconveniente, chegam a afirmar que não haveria uma maior dificuldade

⁵ *O Crime de Colarinho Branco*. Coimbra: Coimbra, 2001, p 39 e ss

⁶ *Temas de Direito Penal Econômico*. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. São Paulo: RT, 2001, p 86.

em remeter para o Direito Econômico o conteúdo e a definição do Direito Penal Econômico, desde que aquele "se definisse claramente e em termos de tutela de valores fundamentais duma colectividade organizada, valores tão importantes que o próprio Estado se torna o seu portador e promotor". Portanto, desde que o Estado esteja legitimado a intervir na economia, dirigindo ou promovendo a ordem econômica, deve também criar instrumentos de tutela penal para atuar na defesa do sistema econômico e de suas instituições essenciais.

E esse parece ser o sentido da Constituição Federal brasileira, que reserva tópico específico para posituação de regras concernentes à ordem econômica, seus princípios e fundamentos essenciais, bem como sobre a providencial e necessária fiscalização e intervenção do Estado na economia, conforme se observa do texto constante dos artigos 170 a 192, a revelar, por outro lado, que no caso brasileiro o conceito e o conteúdo do Direito Penal Econômico se revelam a partir da própria Carta Magna, que, consoante se verificará também, a teor do disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 173, possui comando que autoriza a tutela penal da ordem econômica. Esses dispositivos constitucionais, que fixam os parâmetros mínimos da ordem jurídica econômica, que tratam especificamente do modo de regulamentação da economia, é o que se pode denominar de *Constituição econômica brasileira*. Aqui vale a observação de LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR⁷, de que: "A Constituição brasileira, tal qual boa parte das Constituições contemporâneas (p. ex., a portuguesa e a italiana), possui capítulo especial dedicado à economia, reunindo o plexo de princípios, normas e institutos jurídicos que alicerçam a ordem jurídica econômica".

O ilustre Professor JOSÉ DE FARIA COSTA⁸, em estudo realizado sobre a sistematização do Direito Penal Econômico, afirma que no tratamento da incriminação relativamente à criminalidade econômica "têm-se em conta os grandes domínios da economia, da micro-economia e macro-economia, protege-se o domínio financeiro do Estado e acaba-se na tutela econômica dos interesses da colectividade e do consumidor. Ficam, assim, tutelados todas as áreas onde de forma aberta e sensível se podem e devem considerar penalmente relevantes alguns comportamentos que perturbam, para lá do socialmente aceitável, o jogo claro e límpido em que a economia, enquanto valor instrumental, se traduz".

⁷ *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p 333

⁸ *Direito Penal Econômico*. Coimbra: Quarteto, 2003, p 27-28

Em estudo realizado sobre o tema, JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR⁹, na tentativa de delimitar o conteúdo do Direito Penal Econômico, ensina que: "A ordem econômica não é, ontologicamente, distinta da tributária e da financeira. As duas últimas são, apenas, espécies de um mesmo gênero jurídico mais amplo, a 'ordem econômica'. Nesta, incluem-se aspectos fiscais; cambiais; falimentares; financeiros; relativos aos sistemas de processamento ou comunicação de dados; à dignidade, liberdade, segurança e higiene no trabalho; aos abusos do poder econômico, à livre concorrência, à economia popular e às relações de consumo".

As opiniões dos juristas, que transcrevemos acima, somente ratificam a polêmica que tem havido acerca do conceito e conteúdo do Direito Penal Econômico, discussão que, apesar de salutar, por vezes pode dificultar o entendimento e alguma sistematização da matéria, que, dada a sua importância atual para o Direito, parece ser inadiável e necessária à manutenção da higidez da economia nacional, dos sistemas econômicos e, num sentido mais amplo, inclusive como forma de preservar a solidez do regime democrático.

Sem afastar totalmente entendimentos que consideram de modo diverso, pensamos que o conceito e o conteúdo que melhor se amoldam às vicissitudes do Direito Penal Econômico devem ser aqueles extraídos a partir mesmo das regras inseridas na Constituição Federal, que, fazendo alusão aos valores jurídicos essenciais de natureza socioeconômica, indicam o seu grau de importância para a manutenção de uma economia saudável com reflexos indissociáveis para a paz social e para a segurança das instituições democráticas. Logo, a análise desse núcleo essencial do Direito Penal Econômico a que se pretende chegar parece estar a depender diretamente do modelo de economia adotado pela Carta Magna, bem como do nível de intervenção que ao Estado é permitido. Razoável é, por esta forma, que se busque como fonte de inspiração para o conceito de Direito Penal Econômico alguma construção a partir da Constituição Federal sem abandono de outros elementos igualmente importantes para a clarificação do que seja o conteúdo daquela matéria, que podem surgir ou ser subsidiados através do estudo do específico comportamento criminoso nessa área e quais são os bens jurídicos afetados, no contexto da alterabilidade da dinâmica social.

⁹ *Op. cit.*, p 39-40

2.2 O Bem Jurídico Tutelado pelo Direito Penal Econômico

Numa análise acerca do bem jurídico no sistema social e no sistema jurídico-constitucional, o Professor FIGUEIREDO DIAS¹⁰ afirma que um "bem jurídico político-criminalmente vinculante" somente tem sua existência quando seja reflexo de um valor jurídico-constitucional, este decorrente e concretizado "em nome do sistema social total", afirmando ademais que: "O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de se verificar uma qualquer *relação de mútua referência*", concluindo "que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais", transformando bens jurídicos com dignidade jurídico-penal.

E de fato, por este prisma, uma investigação da Constituição Federal nos conduzirá indubitavelmente pelo caminho que nos levará ao encontro daquela "ordem axiológica jurídico-constitucional". É só atentar para o que vem exposto nos artigos 170 a 193, a evidenciar a presença de um tratamento específico à matéria ora em estudo, como pode ser observado do Título VII, denominado "Da ordem Econômica e Financeira", elencando, inclusive, os princípios fundamentais da atividade econômica (artigo 170), destacando-se daquele conjunto de preceitos fundamentais o seguinte texto: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", observados os demais princípios que devem nortear a atividade econômica (incisos I a IX). Indo além, e já no que respeita à exata localização da autorização jurídico-constitucional à criminalização de condutas contrárias àquela ordem econômica preceituada pela Carta Magna, destacamos que os §§ 4º e 5º do artigo 173 são a regramatrix a nortear o trabalho do legislador infraconstitucional. Referidos dispositivos estão assim redigidos: "§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"; "§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".

¹⁰ *Questões Fundamentais do Direito Penal revisitadas* São Paulo: RI, 1999, p. 67

Ainda merece destaque saber o exato enquadramento do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico. É que estamos a falar de uma tutela penal que se preocupa não somente com a proteção do patrimônio individual e os valores materiais ou imateriais que podem ser destacados daquele interesse ou bem jurídico individual. A proteção de que se preocupa o Direito Penal Econômico transcende a essa natureza meramente individualista que tem sido típica, no geral, do Direito Penal dito clássico. Naquele, a tutela penal tem em mira os chamados bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, que surgem naturalmente como decorrência de uma sociedade de massa – a sociedade pós-industrial ou de risco –, que se acomodou na irreversibilidade da revolução tecnológica e informática, propiciando o aparecimento de uma criminalidade diversa daquela pensada pelo Direito Penal clássico, uma criminalidade que avança fronteiras, muitas vezes altamente organizada, segmentada pelos diversos setores da economia, pulverizando capitais e de maneira indireta provocando desigualdades sociais pelo grande volume do capital financeiro que é feito circular à margem da economia legal. Daí então a necessidade de mudança de paradigma da norma incriminadora, com apoio na política criminal e numa nova dogmática penal, em face da necessidade de focar suas atenções não somente no patrimônio ou interesse individual, mas também num interesse supra-individual, ou seja, no próprio objeto de proteção da norma penal, não mais no seu sujeito.

Como bem lembra o Professor FARIA COSTA¹¹, ao divisar o bem jurídico protegido pela norma: na análise dos interesses protegidos pela norma penal, é de se observar que são coisas distintas o bem jurídico individual e o coletivo, aduzindo que deve ser feito destaque para a existência de um bem jurídico individual de natureza material –, a vida, a integridade física, o livre domínio das coisas materiais –, imaterial – a honra e a privacidade –, e de um bem jurídico supra-individual – a segurança interna ou externa do Estado, o patrimônio geral, as boas regras do mercado. Assevera ademais o ilustre jurista, com muita precisão, que: "A qualificação do bem jurídico que a norma incriminadora quer tutelar vai determinar, de certa maneira, a própria norma incriminadora". Para justificar o Direito Penal Econômico com uma norma incriminadora que tutela bens jurídicos supra-individuais, o Professor FARIA COSTA¹² aduz que "comportamentos há que, não obstante não prejudicarem ou ofenderem

¹¹ *Op. cit.*, p. 38-39

¹² *Idem*, p. 41-42

directamente uma concreta pessoa, lesam indiscriminadamente todos os membros da comunidade econômica". Daí a necessidade de uma tutela penal protetora de valores e interesses coletivos, relacionados à ordem econômica.

Uma vez mais é de citar o ensinamento de ARAÚJO JÚNIOR¹³, para quem "os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos 'naturais' e ao patrimônio individual", asseverando mais que todas as facetas da vida econômica estão diretamente implicadas na inserção social do homem, e por isso mesmo a existência de "... um novo bem jurídico: a ordem econômica, que possui caráter supra-individual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais".

2.3 O Direito Penal Econômico como Disciplina Jurídica

Dito isto, podemos afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro tratou de estabelecer a estrutura elementar do Direito Penal Econômico através da Constituição Federal, ao menos, numa análise preambular, como área de especialização ou de estudo, relativamente ao Direito Penal clássico. Saber se o Direito Penal Econômico está estruturado no sistema jurídico-penal de maneira a permitir conferir-lhe autonomia é coisa diversa. A respeito, ensina o Professor FARIA COSTA¹⁴: "Não podemos confundir duas realidades claramente distintas. Uma é a disciplina que versa sobre o objecto que se quer estudar e outra é o próprio objecto. Assim, uma coisa é a área de incriminação (conjunto de crimes relativos às chamadas infracções anti-econômicas), outra é a disciplina que vai estudar esse preciso objecto". Ainda segundo o ilustre professor, para saber se o Direito Penal Econômico é verdadeiramente uma disciplina jurídica e com alguma autonomia em relação ao Direito Penal clássico, deve-se perquirir sobre a "exigência de metodologia, objeto e princípios próprios (autônomos)...", para então concluir pela sua independência e autonomia relativamente ao Direito Penal clássico.

No Brasil, diferentemente do que ocorre em países como Portugal e Alemanha, para citar somente esses exemplos, não estamos ainda em condições de afirmar categoricamente que o Direito Penal Econômico possui uma metodologia, objeto e princípios próprios, elementos esses

¹³ O Direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n 25, p 150-151.

¹⁴ *Op cit*, p 16-19.

necessários à definição desta disciplina como dotada de autonomia e independência relativamente ao Direito Penal clássico. Na verdade, o que temos é uma estrutura elementar a partir do regramento fundamental de nível constitucional, a autorizar que aquela disciplina jurídica tenha corpo próprio, o que, frise-se, ainda não ocorre, a começar pela ausência de um tratamento específico do problema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como será verificado mais adiante, que em sede de tutela penal da ordem econômica tem se mostrado de importância capital para a eficácia do Direito Penal Econômico em grande parte dos ordenamentos no Direito comparado, que tem dado o devido tratamento a este que pretende ser um ramo específico e autônomo do Direito Penal.

Nota-se, ademais, ausência de um conjunto de regras gerais, de uma lei geral contra a criminalidade econômica – a exemplo do que ocorre em Portugal e na Alemanha –, regulamentando além da responsabilidade da pessoa jurídica também a responsabilidade por atuação em nome de outrem – dos órgãos, membros ou representante legal do ente coletivo –; parâmetros definidores não somente da espécie de pena que é a mais adequada a esta espécie de criminalidade, como também critérios mínimos de aferição da medida da pena; que circunstâncias merecem ser observadas quando da aplicação da pena; eventuais causas particulares de justificação; e, ainda, que condutas são efetivamente dignas da tutela penal em matéria de criminalidade econômica, tendo em consideração o princípio da subsidiariedade da repressão criminal e a real necessidade de se recorrer ao sistema de sanções criminais em alguns casos, devido, de um lado, à função de *ultima ratio* do Direito Penal, e de outro, de seu caráter fragmentário.

O que há atualmente, no Brasil, em termos de Direito Penal Econômico, são algumas leis independentes entre si, que tratam de temas diversos em matéria de criminalidade econômica, de que são exemplos mais importantes a Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei nº 10.303/01, sobre crimes contra o mercado de capitais, e a Lei nº 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem econômica e tributária, cuja metodologia de sancionamento das condutas criminosas nelas previstas obedece, em regra, à mesma dogmática do Direito Penal clássico, a evidenciar que, entre nós, ainda precisamos avançar muito até que tenhamos um Direito Penal Econômico autônomo, seja como ramo do Direito destacado dos demais, seja como disciplina jurídica, dotado de regras e princípios próprios, de modo a enquadrá-lo como inserido naquilo que se convencionou denominar de Direito Penal secundário.

3 – RESPONSABILIDADE PENAL E DIREITO PENAL ECONÔMICO

3.1 A Imputação Jurídico-Penal da Culpa no Direito Penal Econômico

Como bem sabemos, o Direito Penal dito clássico, no concernente à imputação jurídico-penal da culpa pelo cometimento do delito, fundou suas bases na *responsabilidade subjetiva*, vale dizer, deve ser sempre demonstrada a presença do dever jurídico que pesa sobre o argüido pela prática delituosa, que possuía capacidade de culpa ao tempo da ação ou omissão; que tinha consciência da ilicitude revelada pelo ânimo de praticar o ilícito penal. A culpabilidade, por seu turno, é concebida como *reprovabilidade* da conduta típica ilícita. Assim o que importa para a culpabilidade é a reprovação que se faz ao agente por sua motivação contrária ao dever imposto normativamente.

No magistério de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO¹⁵: “A culpa consiste na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito”. Por sua vez, de acordo ainda com aquele autor: “Imputabilidade é capacidade de culpa, constituindo, a rigor, *pressuposto* e não elemento da culpabilidade. A *imputabilidade* é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento. A consciência da ilicitude é a consciência que o agente deve ter de que atua contrariamente ao direito. Essa consciência, ao menos potencial, é elementar ao juízo de reprovação, ou seja, à culpabilidade”.

LUIZ LUISI¹⁶, também em estudo sobre o assunto, nos ensina que: “Um dos princípios constitucionais consagrados em muitas Constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, da culpabilidade”. Afirmando depois que: “A nossa ordem jurídica também dá à culpabilidade gabarito constitucional. Basta considerar a texto do inciso XVII do art. 5º da nossa Carta Magna: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Isto quer dizer que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõe seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou partícipe de um fato típico e antijurídico. Também se deduz a presença da

¹⁵ *Lições de Direito Penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 196-204.

¹⁶ *Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p. 33-37.

culpabilidade do texto do inciso XLVI do art. 5º da Constituição de 1988, que consagra a individualização da pena. É inquestionável que a individualização da pena, no seu aspecto judicial, ou seja, na aplicação da pena a um réu, tem como base fundamental a culpabilidade. É esta que vai viabilizar a condenação, a escolha da pena quando há alternativa, e a sua quantificação”.

Ao tratar do princípio da culpabilidade, em oposição à responsabilidade objetiva (que presume a culpa do suposto agente do delito), CEZAR ROBERTO BITENCOURT¹⁷ assim tem se manifestado: “Nesta acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa. Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três consequências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena”.

De igual modo, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO¹⁸ afirma que: “Conduta é manifestação de vontade. Projeta-se através de fazer (ação, comissão) e não-fazer (omissão). Manifestação de vontade é exclusiva do homem. Só o homem é ser pensante. No Brasil, a responsabilidade penal (imperativo da Constituição da República) é pessoal. Consagra-se o princípio da personalidade (art. 5º, XLV). Está afastada a responsabilidade objetiva (cada vez mais aceita no Direito Civil) e a odiosa responsabilidade por fato de terceiro”.

O crime, portanto, para sua existência e caracterização, depende da presença de fato típico, antijurídico e culpável. Fato típico, porque o crime deve conformar-se a um modelo legal de fato considerado punível pela norma penal. Antijurídico, porque o fato ilícito descrito na norma deve ser contrário ao direito, à ausência de qualquer norma permissiva para a prática da conduta, de que são exemplos a legítima defesa e o estado de necessidade. Culpável, porque deve se revelar da conduta criminosa o necessário juízo de reprovação, por ter o agente cometido o crime com consciência da ilicitude, em situação na qual era exigido comportamento conforme o direito.

¹⁷ Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. *Op cit*, n. 11, p. 120.

¹⁸ *Direito Penal Tributário - Observações de aspectos da Teoria Geral do Direito Penal*. *Idem*, p. 181

Merece enfoque, ainda que marginalmente, a questão acerca da condição objetiva de punibilidade como exigência para a conformação do crime, tal como em alguns casos previsto pela norma penal. É que, como assevera FRAGOSO¹⁹: “Em certos casos excepcionais, a existência do crime, além das características gerais que indicamos, exige mais que ocorra *condição objetiva de punibilidade*. Entende-se por condição objetiva de punibilidade a condição exterior ao modelo legal de conduta punível (tipo), de que depende a ilicitude penal do fato. É o caso, por exemplo, dos crimes falimentares, que dependem sempre da sentença declaratória de falência, que é condição objetiva de punibilidade. Como logo se percebe, nos casos em que a lei prevê condição objetiva de punibilidade, ela constitui pressuposto da pena, e, portanto, característica ou requisito do fato punível”.

Não obstante não ser reconhecida expressamente pela lei penal como regra geral, ela vem sendo afirmada pela doutrina e jurisprudência, pois não seria razoável que se observasse da leitura do tipo penal a referência a condições exteriores à conduta, no mais das vezes informada até mesmo por outros ramos do Direito, que não o Direito Penal, sem se levar em conta essa subordinação ao fato exterior ou extrapenal. Assim, numa aplicação sistemática da norma penal, e também porque é razoável se pensar no sistema jurídico como uma unidade normativa, sempre que a lei penal se reportar a condições exteriores da conduta, a fatos que independem da formação da culpa, notadamente tratando-se de circunstâncias ou elementos colhidos de outra disciplina jurídica – Direito Civil, Comercial, Consumidor, etc. –, estaremos em face de uma condição objetiva de punibilidade. E tal ordem de idéias é característica no Direito Penal Econômico, que, por sua natureza de subsidiariamente proteger bens jurídicos de outros ramos do Direito, *como norma de reforço*, normalmente utiliza-se de conceitos e fórmulas que são, na verdade, elementos exteriores da conduta “tomados por empréstimo” de outras disciplinas jurídicas, a revelar nessa seara uma maior incidência daquelas condições objetivas de punibilidade²⁰.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 148

²⁰ O Excelso Pretório, em recente decisão, reconheceu a premissa aqui lançada, embora em matéria de criminalidade tributária, ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 81.611-8-DF, no qual a discussão gravitou em torno da imprescindível conexão existente entre a atividade de lançamento da autoridade administrativo-fiscal, momento que tem por escopo apurar a existência do tributo devido e seu respectivo *quantum*, dando-lhe a necessária certeza e liquidez e, de outro lado, sua imbricação com a prática de crime contra a ordem tributária. Logo, segundo se constata pela leitura do bem lançando voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, somente sendo certo e

Mas, retomando, daquilo que ficou consignado anteriormente, parece não haver dúvidas de que a responsabilidade penal – subjetiva –, assim considerada como o dever jurídico incidente sobre o agente que praticou o crime, somente pode ser atribuída à pessoa física, por ser somente esta detentora da capacidade de entender as conseqüências de sua ação ou omissão, bem como de possuir consciência da ilicitude. Este é pelo menos o modo como se passam as coisas no atual estágio do Direito Penal brasileiro, em que pese a discussão quanto à possibilidade e à legitimidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas ou coletivas. No que respeita aos atos praticados por sócios, administradores, gerentes, no âmbito da administração e no interesse da pessoa jurídica, desde que tais atos preencham determinado tipo penal, de que são exemplos os crimes de sonegação fiscal, falta de recolhimento tributos, os crimes contra o sistema financeiro e mercado de capitais, contra as relações de consumo, é de se afastar desde logo a possibilidade de responsabilização penal dos entes coletivos, mesmo diante de abundante material probatório a demonstrar que os fatos delituosos foram praticados em seu benefício e exclusivo interesse, à ausência de previsão legal, pelo menos na atualidade, sem qualquer isenção de censura na esfera administrativa ou civil, por se tratar de situação diversa, podendo inclusive haver a responsabilização objetiva da empresa pelos atos praticados e danosos à Fazenda Pública, ao sistema financeiro ou ao consumidor. O que se quer esclarecer é que, no âmbito penal, a responsabilidade sendo ela de natureza subjetiva, pois o que se quer é apurar a responsabilidade do homem, este sim detentor da capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ou, por outro lado, de se comportar de acordo com esse entendimento, portanto alguém a quem se pode avaliar para saber se é detentor de imputabilidade penal. O que vale também dizer que toda a prova judiciária será acerca da existência do fato

líquido o tributo devido é que teríamos então aperfeiçoada a tipicidade do crime contra a ordem tributária, e, portanto, implementada a condição objetiva de punibilidade, que, em tal situação, restaria subordinada à superveniência de manifestação definitiva da autoridade administrativa. Pensamos, pois, que tal entendimento, pelos seus fundamentos, poderá servir de paradigma relativamente a outras situações, cujo substrato fático-jurídico se apresente o mesmo, em matéria de criminalidade econômica, mormente nos casos em que, pela especificidade do debate em torno do descumprimento ou desobediência à norma emanada do direito extrapenal, for inevitável recorrer à autoridade administrativa competente, a fim de verificar, entre outros aspectos, se realmente a relação jurídica entre o suposto agente do delito e administração pública se convalidou, se a obrigação se apresenta como líquida e certa e, constatada essa circunstância, se foi efetivamente descumprida por aquele que estava compelido ao seu cumprimento, ou se a norma foi de fato desobedecida (STF HC nº 81.611-8-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Sessão plenária de 10.12.2003, publicado no DJ de 13.05.2005)

criminoso, e notadamente sobre a pessoa física que o praticou, ainda que tenha cometido o ilícito em nome ou no interesse da pessoa jurídica.

Tal sede de argumentação equivale a afirmar que em Direito Penal, no concernente à imputação jurídico-penal de culpa pela prática do delito, é descabida qualquer interpretação que possa levar ao entendimento de uma suposta presunção de responsabilidade penal, decorrente da menção em documentos fiscais, estatutos sociais, ou no procedimento administrativo, do nome dos sócios ou administradores da pessoa, por infringir o princípio *nullum crimen sine culpa*, que exige como necessária à caracterização da conduta a prática efetiva ou a participação no evento criminoso, com destaque para o elemento subjetivo do tipo penal.

Nesse ponto da argumentação, convém consignar que se, a princípio, uma vez regularmente constituída, a pessoa jurídica passa a ter "vida própria", sendo, portanto, capaz na órbita jurídica, sem desconsiderar, por óbvio, que necessita de uma representação para externar sua vontade, e concretamente realizar atos com repercussão no mundo material. Sua representação pode se efetivar, por exemplo, por intermédio de uma única pessoa física, destacada dos demais membros da sociedade, por vários sócios em conjunto ou um órgão de representação, conforme previsão dos estatutos sociais. Mas em essência, o comportamento material daqueles representantes legais está em estreita conexão com os interesses e os objetivos da pessoa jurídica. É esta e somente esta em última análise quem irá beneficiar-se dos atos praticados em seu nome pelos seus sócios, gerentes, administradores. Nesse quadro, sempre que houver o descumprimento de obrigação legal ou de um dever concernente à atividade da pessoa jurídica, esta sim é que deve responder, responsabilizar-se, não seus representantes legais. As sanções aplicáveis, decorrentes da sua condição de "devedora", de infratora da regra jurídica, devem ser cominadas, aplicadas em seu prejuízo, não de seus sócios, cujas figuras restaram destacadas da empresa, desde sua constituição regular, momento no qual nasce uma nova figura, com autonomia jurídica, ainda que por ficção. Quando a sociedade pratica um ato ilícito, não há, por este simples fato, como estender o conceito de devedor ao sócio ou representante legal, principalmente para fins de aplicação de sanção penal, à ausência de previsão legal para tanto.

No que respeita ao Direito Penal, se o ato praticado caracterizar-se também como crime, não há como fugir ao designio deste ramo do Direito quanto ao rigor da exigência da exata configuração da tipicidade do fato e

de quem foi o seu autor, de molde a dar a exata conformação à conduta descrita pela norma penal. Daí a indagação quanto saber se, sendo a pessoa jurídica a "devedora", aquela que de fato descumpriu uma obrigação legal, que sonegou tributos ou os deixou de recolher na época apropriada, entre outras condutas irregulares, e por isso mesmo responsável por tais comportamentos, que em regra foram praticados em seu interesse ou como consequência de sua atividade negocial, empresarial, qual a legitimidade de aplicação de sanção, particularmente a de natureza penal, aos sócios e administradores? No tocante ao problema, JOÃO CASTRO E SOUSA²¹ chegou mesmo a afirmar que "ainda que a pessoa colectiva não venha a libertar o autor individual das consequências das infrações praticadas em seu nome e no seu interesse, não nos parece que a punição do autor individual constitua um meio político criminalmente adequado para combater a 'criminalidade das pessoas colectivas'".

3.2 Responsabilidade Penal Pelo Fato de Outrem e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Numa situação como essa, na verdade não se estaria a caracterizar, no âmbito penal notadamente, uma ilegítima responsabilidade penal por atuação em nome de outrem, vedada no ordenamento penal brasileiro, por expressão do artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que, no seu texto, encontra-se a seguinte redação: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido"? Ou seja, em tais situações deve ser perguntado: quem é o agente do fato ilícito – a pessoa jurídica ou a pessoa física?

Acerca do tema é digno de ser mencionado trecho do trabalho escrito pelos Professores FARIA COSTA e COSTA ANDRADE²², posto afirmar que: "Intimamente imbricada com o problema da culpa está a questão da responsabilidade por *actuação em nome de outrem* na medida em que contraria o carácter eminentemente *personal* da responsabilidade criminal. São óbvias as razões que estão na base deste tipo de responsabilidade

²¹ *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado "Direito de mera ordenação social"*. Coimbra: Coimbra, 1985, p. 94.

²² Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico – Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP" (Freiburg, setembro de 1982). In: *Temas de Direito Penal Econômico. Op. cit.*, p. 112-113.

criminal. Elas prendem-se com o conhecido fenômeno da burocratização das sociedades contemporâneas que tem feito das grandes organizações públicas ou privadas os protagonistas da vida econômica. E que tem posto em causa a inadequação do direito penal clássico, duma perspectiva de eficácia atenta sobretudo a extrema dificuldade lógica e prática de referenciar seguramente um agente a quem se possa imputar a *acção* que há-de servir de suporte à responsabilidade criminal”.

Interessante notar que a polémica não é atual, pelo contrário, já data de algum tempo. É esclarecedor, sobre o tema, estudo digno de nota realizado por PAULO SARAGOÇA DA MATTA²³. Afirmo o autor que a discussão em torno das atuações em nome de outrem parece ter surgido no ano de 1874, na Alemanha, quando da condenação de um membro do *Conselho de Administração* pela prática do crime de falência, cujo fundamento era o de que o conceito amplo de devedor alcançava também o administrador do ente coletivo, ou seja, “sendo a sociedade ‘devedora’ e sendo o argüido representante legal da mesma, então também ele era *devedor*”. Todavia, referida decisão foi posteriormente reformada, desta feita sob o argumento de que a conduta típica teria de ser praticada pelo “devedor”, e o sócio ou administrador não ostentava essa qualidade, apesar de atuar em nome do ente coletivo, ou participar de órgão de direção, não sendo ele próprio, portando, o devedor, mas sim a sociedade, o que descaracterizava a exigência do tipo penal quanto ao agente do delito, que, naquele caso, determinava que somente era autor do crime de falência o devedor, qualidade inerente à sociedade, não pertencente aos sócios ou administradores. Mas, posteriormente, por razões de política criminal e da necessidade de punir amplamente as condutas praticadas no âmbito e no interesse das pessoas jurídicas, apesar daquela decisão do Tribunal, o legislador logo tratou de remodelar a tipificação do crime de falência, para fazer prever que o tipo penal era aplicável aos membros dos Conselhos de Administração e aos sócios liquidadores de diversas sociedades, sendo suficiente para a tipificação do delito que aquelas pessoas praticassem os atos descritos na norma penal naquela qualidade ou no interesse do ente coletivo.

A discussão acerca do melhor contorno jurídico a ser dado ao tratamento da questão da responsabilidade penal, quando o ilícito penal é praticado como decorrência da atividade empresarial, no âmbito das

²³ O artigo 12º do Código Penal e a Responsabilidade dos “Quadro das Instituições” Coimbra: Coimbra, 2001, p 22.

sociedades e entes coletivos, como se vê, data de muito tempo e a escolha da melhor opção por um ou outro sistema de responsabilização está ligado a questões de política criminal e ao desenvolvimento da própria dogmática penal. A única certeza plausível na atualidade é a de que não se pode prescindir de um sistema de sancionamento mais efetivo, de uma proteção penal mais eficaz, quando se trata de criminalidade econômica, incluindo-se na discussão também a questão tão polémica da necessidade de encontrar meios juridicamente adequados e hábeis, inclusive no que respeita à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ao tratar de tão relevante questão para o Direito Penal Econômico, o Professor FARIA COSTA²⁴, mais uma vez com a objetividade que é inerente aos seus escritos, acerca da responsabilidade penal da pessoa coletiva nos ensina que: “Ela surge, por conseguinte, como uma entidade jurídica própria. E é esta distanciação – distanciação ou diferenciação, é óbvio, de todas as concretas pessoas físicas que a constituíram ou que mais tarde a ela aderiram conforme a categoria de pessoa jurídica que se tenha criado – que lhe permite operar no mundo do tráfico jurídico-econômico”, para concluir depois que a pessoa jurídica desde o início se afirmou como um “centro de imputação jurídica”, assim reconhecida por todas as áreas do Direito, exceção feita ao Direito Penal nos países de tradição continental, não nos países da *common law*, onde já se aceita amplamente a responsabilidade penal das pessoas coletivas. Mas, segundo ainda aquele renomado professor, com o surgimento do Direito Penal Econômico, em meio a “denúncia” criminológica de EDWIN SUTHERLAND, em 1939, e a descoberta empírica de que através da pessoa jurídica, ou no seu interesse, são praticadas condutas merecedoras de sanção criminal, o Direito Penal então se quedou à importância das pessoas coletivas, passando depois, numa outra fase da dogmática jurídico-penal, ao reconhecimento de que também elas podem praticar crimes, finalizando seu pensamento com a afirmação de que “a tendência, a inclinação ou o movimento que vai no sentido da admissibilidade ou sustentação teórica da responsabilidade penal das pessoas colectivas afigura-se-nos preponderante”. Noutro passo, FARIA COSTA²⁵ fundamenta a construção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em dois elementos essenciais, quais sejam: “a) na *analogia material entre a culpa individual e a responsabilidade por culpa relativamente às pessoas colectivas*; e b) no *raciocinar inverso àquele que fundamenta a categoria da*

²⁴ *Op cit*, p 46-49.

²⁵ *Op cit*, p 51.

imputabilidade, isto é: enquanto na imputabilidade formal (idade) o direito penal esquece, esmaga ou ficciona a inexistência de uma liberdade onto-antropológica – e por isso diz que o menor não ascende à discursividade penal – que o menor jamais deixa de ter, na responsabilidade penal das pessoas colectivas, inversamente, o direito penal liberta, cria, expande aquilo que os órgãos das pessoas colectivas assumem como vontade própria e, por isso, têm legitimidade para as responsabilizar penalmente”.

Convém ressaltar, portanto, que o Direito Penal Econômico na Europa vem caminhando a passos mais largos se comparada sua evolução em nosso País, sendo que naqueles quadrantes a responsabilidade penal da pessoa jurídica já é bem difundida em grande parte dos países do continente, como bem lembra novamente o ilustre professor de Coimbra FARIA COSTA, ao analisar a problemática da necessária imbricação da imputação jurídico-penal da pessoa jurídica naquela outra que é própria de seus dirigentes ou administradores, afirmando-nos, de sua parte, que: “A pessoa jurídica, enquanto centro de imputação jurídico-penalmente relevante, entra, como vimos, na discursividade penal ao mesmo nível (formal) de todos os outros destinatários das normas penais, não havendo, por conseguinte, até aqui, nada de específico. Mas para se assumir como tal, para se assumir como pessoa jurídica, tem de actuar necessariamente através de órgãos ou representantes. Nesta perspectiva, pessoa jurídica vive ou só vive se com ela automaticamente se perfizer uma relação de interna alteridade, para que assim possa agir de um modo jurídico-penalmente relevante”²⁶.

Como antes referido, no Brasil, exceção feita à Lei nº 9.605/88 – que trata dos delitos ambientais –, consoante imposição de imputação jurídico-penal também dos entes coletivos, constante do § 3º do artigo 225 da Magna Carta – que desconsiderou princípio antigo segundo o qual *societas delinquere non potest*²⁷ –, ainda não adotamos largamente a responsabilidade

²⁶ COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal). In: *Temas de Direito Penal Econômico*. Op. cit., p. 176.

²⁷ Relativamente à responsabilidade penal da pessoa jurídica, em se tratando de crimes praticados contra o meio ambiente, o Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Ministro Gilson Dipp, Relator do Recurso Especial nº 564.960-SC, bem asseverou quais são as premissas necessárias ao reconhecimento desta espécie de imputação jurídico-penal. Da leitura do bem lançado voto se podem extrair balizas seguras que devem nortear o trabalho do intérprete, quando, em face do caso concreto, pairar dúvida sobre a possibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica e a necessária imbricação de tal imputação ao ente coletivo e a co-responsabilidade de seus dirigentes e representantes legais, posto que, segundo seu douto entendimento, a possibilidade de imputação da conduta penal à pessoa jurídica em matéria ambiental depende da verificação, em concreto, também do comportamento ilícito de seus

penal da pessoa jurídica, como o fez a legislação sobre a criminalidade econômica portuguesa, e outros países europeus. Todavia, segundo parte da doutrina, a Constituição Federal brasileira autoriza seja responsabilizado penalmente o ente coletivo, quando preceitua no § 5º do artigo 173 que: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

De qualquer forma, ainda que dúvida houvesse acerca do melhor alcance a ser dado a esta norma constitucional, o certo é que, pelo que parece se, de maneira geral, ela não faz determinação expressa como o fez relativamente aos crimes ambientais, de responsabilização das pessoas coletivas, por outro lado também não veda expressamente a possibilidade de sua existência, o que nos leva à conclusão de que, por razões de política criminal e pelo aprimoramento da dogmática criminal no tratamento da matéria no Brasil, nada impede que o Direito Penal venha a reconhecer amplamente a responsabilidade penal também das pessoas jurídicas. O ordenamento constitucional brasileiro, como visto, já deu o primeiro passo nesse sentido, reconhecendo, por certo, mesmo que implicitamente, que a pessoa jurídica pode converter-se num “centro de imputação jurídico-penal”, tal como propugnado pelo Professor FARIA COSTA²⁸. Resta agora ao legislador, em homenagem ao princípio da reserva legal, entre outros afetos ao Direito Penal, traçar o contorno jurídico da imputação jurídico-penal dos entes coletivos, bem como sistematizar outras questões, tais como os

dirigentes, vale dizer, é imprescindível a intervenção da pessoa física e que atue em nome e em benefício do ente moral. É esse, pois, o norte a ser seguido, segundo restou decidido no julgamento da irresignação, de conformidade com sua ementa, cujos tópicos essenciais à configuração do tema são os seguintes: “V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. ‘De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado’. IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade” (Recurso Especial nº 564.960-SC, 5ª Turma, v. u., julgado em 02.06.2005, publicado no DJU em 13.06.2005).

²⁸ Op. cit., p. 165.

parâmetros para aferição da medida da pena e sanções específicas e combatíveis com sua natureza.

FAUSTO MARTIN DE SANCTIS²⁹ tem esse entendimento, ao lecionar que: "A responsabilidade das empresas não se restringe à matéria ambiental. A Constituição Federal revela, no primeiro dispositivo acima citado, que os entes coletivos poderão também sujeitar-se ao direito penal nas condutas lesivas à ordem econômico-financeira e à economia popular". E além de tal assertiva, também em defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o mesmo autor argumenta: "Em outras palavras, não se pode aceitar mais que os figurantes das infrações penais sejam os únicos responsabilizados, deixando à margem os protagonistas". E parece mesmo não haver impedimento à responsabilização penal das pessoas coletivas, depois da Constituição Federal de 1988. O dispositivo constitucional acima transcrito é a mola propulsora para a incorporação ao Direito Penal brasileiro, da imputação jurídico-penal das coletividades empresariais.

De todo modo, voltando à proposição acima formulada, todavia, sem responder àquelas indagações de modo preciso, em parte por não atentar o legislador para o estudo da dogmática penal e política criminal, com mais acuidade, da problemática e razoabilidade de se estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento brasileiro, no tocante àquela criminalidade econômica por nós já referida, ou, por outro turno, e em face da necessidade de punição no âmbito penal das condutas praticadas contra a ordem econômica pelas empresas, o legislador penal tem acenado com fórmulas que prevêm a responsabilidade penal exclusiva de seus dirigentes, de que são exemplos o artigo 25 da Lei nº 7.492/86 – Lei dos crimes contra o sistema financeiro, e o artigo 11 da Lei nº 8.137/90 – Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, assim redigidos, respectivamente: artigo 25, *caput*, da Lei nº 7.492/86: "são penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes"; artigo 11 da Lei nº 8.137/90: "quem de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade"³⁰.

²⁹ Punibilidade no sistema financeiro nacional. Campinas/São Paulo: Millennium, 2003, p. 141-143.

³⁰ Interessante notar que, em crítica ao texto inserto no artigo 11 da Lei nº 8.137/90, devido à sua imprecisão técnica e em confronto com o artigo 29 do Código Penal, o jurista PAULO JOSÉ DA COSTA JR. aduz que: "Comparados ambos os dispositivos, vê-se que o art. 11 da presente lei contém um único acréscimo com relação ao art. 29 da parte geral do Código: a admissibilidade de

Em certa medida e reflexamente, o que realmente se subte de quanto consta do texto normativo inserto no artigo 25 da Lei nº 7.492/86 e no artigo 11 da Lei nº 8.137/90, notadamente neste último preceito legal, é que o legislador parece reconhecer a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como agente que infringe a norma penal naquelas situações referidas nos citados dispositivos legais (nos casos de crimes contra o sistema financeiro nacional e contra a ordem tributária), desde que o bem jurídico que a lei penal visa a tutelar esteja sob o domínio ou na esfera de proteção da pessoa jurídica, segundo, inclusive, o regramento de natureza extrapenal.

Todavia, como bem anota PAULO JOSÉ DA COSTA JR.³¹, tal técnica legislativa não atende aos cânones do direito penal no que respeita ao concurso de pessoas, nem mesmo aos princípios que lhe são correlatos, tais como o princípio da culpabilidade e o princípio da personalidade da pena, sendo, pois, insuficiente para solucionar o problema da criminalidade econômica praticada no âmbito e no interesse dos entes coletivos³².

3.3 Imputação Jurídico-Penal e Individualização da Culpa no Direito Penal Econômico

Assim, como acima salientado, tal fórmula tem gerado dificuldades, pois, pelo fato de ser regra genérica de imputação jurídico-penal de

a pessoa jurídica poder concorrer, como a física, para a perpetração dos crimes tributários agora previstos. Um erro de técnica que salta aos olhos, até de um principiante em matéria penal. *Societas delinquere non potest*. Somente a pessoa física poderá ser sujeito agente de qualquer crime, seja ele tributário ou não. Admitir o concurso da pessoa jurídica na prática do crime tributário configura lamentável erro de técnica. A menos que se pretenda significar, na locução normativa, o concurso da pessoa jurídica representada por alguma das pessoas físicas que a integram" (COSTA JR., Paulo José da; DENARI, Zelmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 151)

³¹ *Idem*, *ibidem*

³² Por isso que no Direito Penal Econômico europeu ganha força o instituto da chamada *atuação em nome de outrem*, no presente trabalho já referido, e como anota com propriedade LUIZ REGIS PRADO, ao afirmar que: "Nessa linha de pensar, ressalte-se, ainda, a construção denominada *atuação em nome de outrem*, prevista na legislação penal de alguns países europeus, com vistas à punição daqueles que praticam infrações penais, na qualidade de membros de uma pessoa moral ou em representação de outrem. A responsabilidade penal aqui recai sobre certas pessoas que atuam como membros de um ente coletivo ou em sua representação. Com esta prescrição legal, busca-se resolver o problema político-criminal das lacunas de punibilidade que são detectadas em relação às figuras delitivas em que o tipo de injusto reveste características especiais que não podem ser formalmente verificadas no sujeito que realiza a ação típica e com seu comportamento produz lesão ou perigo para o bem jurídico que a norma correspondente quer evitar'. O problema aparece quando a lei exige o concurso de uma determinada qualidade do sujeito ativo e tal qualidade existe na pessoa jurídica, mas não no indivíduo que atua em seu nome" (*Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 1999, p. 146-147).

responsabilidade – em certa medida parecendo reconhecer, *ex lege*, a responsabilidade penal pelo fato de outrem, ainda que de uma forma transversa, implícita –, incluindo em seu preceito como sendo responsáveis todos os dirigentes, sem conter regra mais expressa acerca da necessidade de individualização da responsabilidade daqueles representantes da pessoa jurídica, tendo levado no mais das vezes ao entendimento que de imputação pode ser genérica, com menosprezo aos mais expressos princípios constitucionais garantidores do devido processo legal, ou como preferem alguns juristas do devido processo penal, pois, em razão de dificuldades de toda ordem, que vão desde a investigação da criminalidade econômica, que é específica, se tomada em consideração a criminalidade comum ou clássica, envolvendo normalmente a assimilação de técnicas e informações que são de exclusivo conhecimento do mercado financeiro e de capitais, até a falta de especialização de profissionais e dos meios de controle dessa modalidade de criminalidade, e mesmo ainda no que respeita à dificuldade de colheita de provas pelos meios de investigação policial, razões que têm levado inapropriadamente ao aproveitamento integral e exclusivo, pelos órgãos de acusação e encarregados da persecução penal, de material probatório realizado e colacionado nas instâncias administrativas de controle.

Analisando-se a situação sob esse prisma, é de se indagar até que ponto é legítima a formulação de acusação, apresentação de denúncia e apuração da responsabilidade penal da pessoa física em processo-crime, mas a partir de provas carreadas ou “emprestadas” de procedimento civil ou administrativo, instaurados para a apuração da responsabilidade “objetiva” da pessoa jurídica, a partir da constatação que foi a sociedade ou entidade que de fato descumpriu o dever legal, não a pessoa física, sem tomar em conta, *initio litis*, e minimamente, a conduta dos sócios, administradores, gerentes. É dizer, sem que na jurisdição extrapenal tenha sido apurado o comportamento subjetivo daquelas pessoas físicas, não há como simplesmente fazer a transposição de peças de informação do procedimento administrativo para a ação penal, sem a preocupação de trazer para o processo penal elementos indiciários e de individualização do comportamento dos administradores da empresa, colhidos cautelosamente em sede de investigação criminal, com a utilização de técnicas que são inerentes à *persecutio criminis*. Não se pode esquecer que no procedimento administrativo o devido processo legal é desencadeado em função da conduta praticada pela pessoa jurídica e para que ela, não seus sócios ou administradores, exerça o contraditório e a ampla defesa. Logo, o título

jurídico daí decorrente é formado contra a pessoa jurídica, não em desfavor daquelas pessoas físicas, neste contexto consideradas apenas seus representantes legais, que intervêm e atuam não na defesa de interesses próprios, mas sim do ente coletivo.

A crítica é pertinente no direito pátrio, pois tem sido comum a formulação de acusações, denúncias, nas quais simplesmente há o aproveitamento na sua totalidade das peças do procedimento administrativo, cujas investigações foram levadas a cabo para apurar exclusivamente a “conduta da pessoa jurídica”, no que respeita saber se houve no caso concreto infração à norma administrativa, seja de natureza fiscal, ambiental, contra o sistema financeiro, consumidor, etc., referenciando-se, apenas marginalmente, a figura dos sócios ou representantes legais por indicação do estatuto ou contrato social, meramente como meio de verificação da regularidade da representação legal ou de seus órgãos de gestão, mas nunca como forma de apurar a responsabilidade individual, o que é próprio e indispensável ao Direito Penal. Ao contrário, como sabemos, pelo sistema de imputação da responsabilidade administrativa, na verdade, a finalidade precípua do procedimento administrativo, em situações como estas, é simplesmente apurar se houve infração à norma administrativa, e se houve, o que importa considerar naquela seara é a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, não o contrário.

A considerar-se assim, se não há no Direito pátrio a responsabilidade penal da pessoa jurídica – exceção que deve ser feita ao Direito Ambiental –, nem tampouco a responsabilidade pelo fato de outrem, como será possível formular acusação ou denunciar seus sócios ou representantes legais com fundamento em provas que se prestaram a apurar não a responsabilidade destes, mas sim a responsabilidade objetiva da empresa? A única solução plausível, a dar um mínimo de supedâneo à persecução penal, é aquela que aponta para a necessidade de que haja um mínimo de investigação no âmbito do Direito Penal, com suas técnicas investigativas próprias, nomeadamente para que seja destacada, mesmo minimamente, voltamos a frisar, a conduta dos sócios no episódio que, apurado administrativamente, relativamente à pessoa jurídica, venha também a caracterizar ilícito penal, desta feita de responsabilidade das pessoas físicas, seus sócios, gerentes, etc. Afinal, em Direito Penal, como já salientado, se tem em conta o comportamento humano dirigido voluntariamente à prática do delito. Interessa-nos, pois, saber em que consistiu a conduta do agente, em todas as suas circunstâncias fáticas, objetiva e subjetivamente considerada. É nesse

quadro descrito que merece destaque a necessidade de que, mesmo em Direito Penal Econômico, a acusação seja precisa, apontando ou individualizando minimamente a conduta do argüido ou acusado, sem mirar-se exclusivamente em peças do procedimento administrativo, ou no conteúdo do contrato ou estatuto social da pessoa jurídica. A imputação jurídico-penal, mesmo nos crimes contra a ordem econômica, deve, portanto, trazer a lume também o elemento subjetivo do delito, dele não podendo prescindir³³.

De modo que os fatos descritos pela acusação não podem ser imprecisos, lacônicos, menosprezando-se circunstâncias fáticas mínimas da conduta de quem supostamente praticou o fato delituoso, do sócio, gerente, representante legal, restringindo-se a mencionar sua condição pessoal de administrador da pessoa jurídica, responsável pelo cumprimento do dever legal, denotando total ausência de aspectos relevantes de sua suposta conduta delituosa, impossibilitando a aferição concreta do modo pelo qual o argüido ou acusado teria concorrido para o delito, bem como a presença de um mínimo de culpabilidade. Exemplo dessa preocupação pode ser constatado, nomeadamente, nos crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro, pois é comum a deflagração da persecução penal com supedâneo exclusivo nas peças de informação que fundamentaram o procedimento administrativo, que, por óbvio, quanto à apuração da responsabilidade administrativa, tem características próprias, que, diga-se, não é a seara própria e adequada para a investigação da ocorrência do ilícito penal, que lhe seja correlato, notadamente quanto à verificação da conduta e efetiva participação dos envolvidos no fato delituoso, em que pese o poder do Direito Penal de se servir dos elementos de prova produzidos na jurisdição administrativa.

³³ Ainda, relativamente à configuração da responsabilidade penal da pessoa física, que representa ou dirige a pessoa jurídica, o Excelso Pretório, analisando a problemática aqui referida, embora em matéria afeta ao Direito Ambiental, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 83 554-6-PR, lembrou da importância de se deixar bem lançada na imputação formulada pela acusação qual a espécie de conduta do dirigente que se pretende ver punida na seara penal, especificando-a, bem como da importância de bem circunscrever o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o resultado danoso, sob pena de restar caracterizada indevida responsabilidade penal objetiva ou a malsinada responsabilidade penal pelo fato de outrem, desconhecida do direito penal pátrio. O Ministro Gilmar Mendes, Relator daquele *writ*, em profícuo voto exarado nos autos, bem apreciou a controvérsia, oportunidade na qual assinalou a importância de serem bem destacadas a imputação jurídico-penal da pessoa jurídica e da pessoa física que a representa ou a dirige, por ocasião da acusação e a necessidade de menção da conduta desta última e do liame que a conduziu à prática do ilícito, em nome ou por conta da pessoa jurídica representada (STF, HC nº 83 554-6-PR, 2ª Turma, v. u., julgado em 16 de agosto de 2005).

Tratando-se da prática de delito, em que figura a pessoa jurídica como a verdadeira devedora, ou quem efetivamente descumpriu o mandamento legal, não é de se admitir que as pessoas físicas do sócio, gerente, diretor, ou outro administrador, venham a sofrer o pesado ônus de denúncia formulada contra si, pelo simples fato de integrarem a empresa ou porque compõem órgão diretivo, sem que se investigue, minimamente, *in concreto*, quem efetivamente tomou tais decisões, de modo que a peça acusatória contenha a exposição do fato criminoso, em todas as suas circunstâncias, vale dizer, que a *causa de pedir* e a imputação que lhe dá supedâneo sejam autorizadas pela existência de, ao menos, sérios indícios da autoria do ilícito, mas, lembre-se, apurados *in concreto*, não através de ilações ou de inidônea presunção, *ab initio*, de responsabilidade penal, fundada tão-somente na condição pessoal do investigado/acusado, sem um mínimo de certeza de sua participação de fato na suposta operação criminosa. É preciso ao menos a descrição dos elementos fáticos e indiciários evidenciadores do comportamento inidôneo, de má-fé, fraudulento. Pensar de maneira diferente é desconsiderar o princípio *nullum crimen sine culpa* e, ainda, afrontar os princípios do *devido processo legal* e da *ampla defesa*, consagrados pela Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV^{34,35}.

³⁴ Na doutrina encontramos entendimento que se coaduna com o posicionamento acima expedido, nos ensinamentos, uma vez mais, de PAULO SARAGOÇA DA MATTA, ao enfrentar a matéria no âmbito do Direito Penal português, que, através do artigo 12º do Código Penal lusitano, abre a possibilidade de responsabilizar penalmente os agentes representantes e dirigentes das pessoas jurídicas, ou, na perspectiva do Direito Penal Econômico europeu, onde já se tem regulada a disciplina da responsabilidade penal por atuação em nome de outrem. Do texto elaborado pelo ilustre autor português, que considera indissociável da conduta da pessoa física que o comportamento seja voluntário, encontramos o seguinte trecho, que devido à sua pertinência, transcrevemos conforme segue: "Igualmente correcta, e ao que se julga imprescindível para que de verdadeira *actuação em lugar de outrem* se trate, é a exigência feita por este preceito de uma *actuação voluntária* por parte do agente. Como ficou dito, a exigência de uma *actuação*, mesmo sem a qualificar, não podia ter senão o sentido de aludir a uma acção jus-penal. Não obstante, sendo o art. 12º expresso quanto à *voluntariedade*, afasta-se qualquer tentativa de nele se ver uma *responsabilidade funcional-objectiva*, decorrente da mera titularidade da posição de representante. Assim se abrangem os comportamentos activos e os comportamentos omissivos, desde que voluntários, daquele que interfere numa *esfera funcional objectiva alheia*. A posição de representante é pois insuficiente para gerar responsabilidade penal, na medida em que sempre será necessário que o mesmo actue voluntariamente" (*Op. cit.*, p 105-106).

³⁵ A propósito, o artigo 12º do Código Penal português, regulando as denominadas *actuações em nome de outrem*, assim preceitua: "Art. 12º. É punível quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime exija: a) determinados elementos pessoais e estes só se verifiquem na pessoa do representado; ou b) que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado. 2

O órgão de acusação deve ter a preocupação, ao pedir a condenação do acusado pela prática do crime, também naqueles que afrontam a ordem econômica e tributária, de imputar o fato criminoso em todas as suas circunstâncias, notadamente aquelas que são essenciais à subsunção do fato típico à norma penal – descrição da conduta típica, ilícita e culpável. É referida imputação jurídico-penal que, na seara processual penal, estabelecerá a presença da necessária *causa petendi*, não somente direcionando a *persecutio criminis* e delimitando a aplicação de eventual sanção penal, como, principalmente, é ela que determinará a extensão da atuação da defesa do réu ou acusado, com supedâneo no suporte probatório mínimo obrigatoriamente elencado na denúncia, obtido em inquérito policial ou em peças de informação, bem como ditará o alcance da prestação jurisdicional ao final do feito, seja o provimento condenatório ou absolutório. Daí a necessidade da precisão técnica e descritiva da acusação.

Assim, razão assiste ao processualista AFRÂNIO SILVA JARDIM³⁵, ao aduzir que: “A imputação, destarte, é a atribuição ao réu da prática de determinadas condutas típicas, ilícitas e culpáveis, bem como todas as circunstâncias juridicamente relevantes. Não nos parece correto dizer que a acusação penal limita-se à descrição de um fato típico e ao pedido de condenação. O art. 41 do Código de Processo Penal exige que a denúncia ou queixa contenha ‘a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias’...”. E finaliza o referido autor esse entendimento asseverando que, da análise do conteúdo da exordial acusatória, entre três possibilidades, uma poderá ocorrer, qual seja: “O autor narra somente a conduta principal, sem descrever as suas circunstâncias, que permitiriam examinar, em tese, a sua ilicitude e culpabilidade”. Nesse caso, alerta SILVA JARDIM, que a peça acusatória deverá ser rejeitada por inépcia, de conformidade com os artigos 41 c.c. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal. Afinal, assim deve ser, pois toda sorte de dificuldades podem ser levadas à consideração da defesa do agente do fato delituoso, sendo imprecisa a imputação formulada pela acusação, limitando, restringindo e vulnerando injustificadamente o *princípio da ampla defesa*, assegurado pela Magna Carta, no inciso LV, do seu artigo 5º, ao expressar que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A ineficácia do acto que serve de fundamento à representação não impede a aplicação do disposto no número anterior.”

³⁵ *Direito Processual Penal* 11 ed Rio de Janeiro: Forense, 2002, p 147

Acerca do tema, ainda, precisa é a lição de SILVA JARDIM³⁷, para quem: “A exigência de imputações certas e bem delimitadas tem estreita ligação com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no processo (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República). Para que tenhamos um processo regular, é indispensável que o réu saiba de que conduta ou condutas está sendo acusado, a fim de que possa eficazmente se defender”.

Por outro turno, mesmo que fosse admitida a imputação *genérica* em crimes societários, ou praticados pelos representantes legais atuando em nome e no interesse de pessoas jurídicas, exige-se um mínimo de individualização da conduta, não bastando tão-somente a condição de sócio, gerente ou dirigente da pessoa jurídica ou a menção de tal circunstância no estatuto ou contrato social, como tem sido sempre enaltecido, sob pena de subverter-se o Direito Penal, que desconhece a responsabilidade objetiva do imputado, bem como o *princípio da presunção de inocência*, aqui considerado como regra de juízo, a ser observada inclusive por ocasião da apreciação do conteúdo da imputação jurídico-penal³⁸.

Faz-se imprescindível, pois, a efetiva participação do agente na operação ilícita informada na acusação, de modo a caracterizar o necessário liame subjetivo, que deve estar minimamente apurado antecedentemente à acusação formal, viabilizando, destarte, o exercício da ampla defesa e até mesmo para que o imputado saiba qual o alcance da acusação, quais os elementos de prova de que se valeu o digno órgão de acusação para chegar à conclusão quanto à autoria do suposto delito ou ao menos se foram colhidas, *in concreto*, provas indiciárias da ocorrência dos fatos denotadores do dever jurídico de agir; se, na situação, possuía o imputado poder de fato

³⁷ *Idem*, p 148

³⁸ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal voltou a enfrentar a questão, apreciando o *Habeas Corpus* nº 85.948-8-PA, tendo, naquele caso, reconhecido a necessidade da exordial acusatória, ao imputar a conduta delituosa, descrever a responsabilidade de cada agente nos chamados crimes societários. A ementa do julgado tem o seguinte teor: *Habeas Corpus – Alegação de Inépcia da Denúncia – Falta de Individualização da Conduta do Paciente na Suposta Atividade Criminosa – Trancamento da Ação Penal –* A orientação deste Supremo Tribunal Federal quanto à desnecessidade da individualização da conduta de cada denunciado, nos crimes societários, tem sido relativizada. Isto para exigir que a denúncia contenha descrição mínima da participação de cada acusado, de modo a possibilitar o adequado exercício do direito de defesa. Precedente: HC 80.549. É de se reconhecer à inépcia da denúncia redigida de forma a não apontar sequer a posição jurídica do denunciado no organograma da empresa e menos ainda que tipo de vínculo operacional teria ele na trama das ações consideradas delituosas. Ordem concedida (STF, *Habeas Corpus* nº 85.948-8-PA, Relator Ministro Carlos Britto, 1ª Turma, votação unânime, julgado em 23/05/2006, publicado no DJU de 15/12/2006)

de atuar, evitando a lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal, bem como se a acusação funda-se, ainda que de forma sucinta, em fatos que demonstrem que o imputado possuía: "a) conhecimento da situação típica da qual deflui o dever; b) possibilidade física real de realizar a ação ordenada", consoante ensinamento de FRAGOSO³⁹.

Vê-se, pois, que nos crimes ditos societários, a despeito de argumentar-se que seria possível imputação jurídico-penal genérica, principalmente nos quadrantes de alguma jurisprudência dos nossos tribunais, não significa isto que deva ser dispensada a necessária descrição da vinculação entre a conduta e o resultado, e mesmo qual a atribuição do imputado-denunciado na empresa ou na pessoa jurídica. Considerar de modo diferente é imputar conduta delituosa com fundamento em equivocada responsabilidade objetiva, desconhecida do Direito Penal contemporâneo, subvertendo seus princípios informadores, derramando sobre o acusado os efeitos nefastos da *presunção de culpabilidade*, com conseqüências não somente no aspecto probatório, como também relativamente ao tratamento que lhe será dispensado durante a *persecutio criminis*, o que, por certo, viola flagrantemente o princípio da *presunção de inocência* (inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal), que, para além de uma ser uma regra de tratamento a ser dispensada ao imputado, enuncia também que devem ser evitadas presunções de culpa e responsabilidades extraídas de fatos presumidos, tal como bem lembrado por ALEXANDRA VILELA⁴⁰.

Por tudo o que foi no presente trabalho explicitado, parece não restar dúvida de que o ordenamento vigente não se coaduna com imputação jurídico-penal que seja imprecisa, lacônica ou mesmo genérica, que presume a culpabilidade do agente que teria praticado o crime, em face de sua condição pessoal, como se pudesse ser considerada a responsabilidade objetiva em Direito Penal, afrontando, entre outros, o *princípio da presunção de inocência*, bem como o *princípio do nullum crimen sine culpa*, que exige como pressuposto da conduta a efetiva prática do delito ou a participação na ação criminosa. De toda maneira, o problema aqui exposto, da imputação jurídico-penal dos sócios, gerentes ou representantes do ente coletivo, nos crimes contra a ordem econômica no ordenamento brasileiro, só está a revelar que o Direito Penal clássico, bem como a norma processual

³⁹ *Op. cit.*, p 229

⁴⁰ *Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal* Coimbra: Coimbra, 2000, p 126

em vigor, não se coadunam mais com a nova realidade da dogmática penal, estando dela distanciada, razão pela qual se faz premente o reconhecimento pelo legislador da necessidade de reformulação ou recriação e sistematização dos diplomas normativos que tratam daqueles delitos, com especial atenção para a questão da imputação jurídico-penal da pessoa jurídica.

4 – CONCLUSÃO

O Direito Penal Econômico tem como conjunto de normas aquelas que o Estado se utiliza para lograr êxito na política socioeconômica, ou, por outra forma, é o conjunto de normas de natureza criminal cuja preocupação é a tutela da ordem econômica. O entendimento do conceito de Direito Penal Econômico deve necessariamente ter em conta os estudos criminológicos sobre o *white-collar crime*, devido à sua estreita ligação com a criminalidade econômica, já que investiga o modo como pessoas de elevado estatuto social e respeitabilidade na atividade empresarial praticam crimes contra a economia. O conteúdo do Direito Penal Econômico deve estar diretamente relacionado à legitimação do Estado para intervir na economia, conferida pela norma constitucional, autorizando-o a criar instrumentos de tutela da ordem econômica.

Nesse aspecto, a Constituição Federal brasileira possui normatização específica no que respeita à ordem econômica, seus princípios e fundamentos essenciais, bem como prevê a providencial fiscalização e intervenção do Estado na economia, a teor do disposto nos artigos 170 a 192, revelando que, entre nós, o conceito e conteúdo do Direito Penal Econômico se revela a partir da Carta Magna, que, ademais, nos §§ 4º e 5º do artigo 173 autoriza a tutela penal da ordem econômica. Assim, o núcleo essencial do Direito Penal Econômico – seu conceito, conteúdo, bem jurídico tutelado – é reflexo direto dos valores jurídico-constitucionais e do modelo de economia adotado pelo Estado, expresso na Constituição Federal.

O estudo do problema da imputação jurídico-penal da culpa em Direito Penal Econômico, no caso brasileiro, revela que, à ausência de regramento acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, e de um melhor tratamento da responsabilidade penal dos representantes e administradores dos entes coletivos, o legislador pátrio optou por uma fórmula que pode levar ao equívoco de permitir imputações e acusações genéricas, violando o princípio da culpabilidade e outros garantidores do devido processo legal, e que muitas vezes são formuladas com o

aproveitamento total do material probatório realizado em sede de procedimento administrativo, sem que haja qualquer investigação mínima acerca da conduta subjetiva dos dirigentes da pessoa coletiva, violando, sob esse aspecto, também o princípio da presunção de inocência do argüido, a demonstrar, por tudo, a necessidade de atualização dos diplomas legais, para uma regulamentação mais adequada à questão da imputação jurídico-penal da culpa, em matéria de criminalidade econômica, de conformidade com a nova dogmática penal no tratamento dos crimes praticados contra a economia pelas coletividades empresariais.

JURISPRUDÊNCIA

CÍVEL

Jurisprudência – Íntegra

- 147 Superior Tribunal de Justiça
151 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
(Acórdão comentado por Fernando Menegais)

Ementário

- 157 Ação Cautelar
158 Alimentos
Bem de Família
Cadastro de Inadimplentes
159 Cheque
Consumidor
160 Contratos Bancários
Cumprimentos da Sentença
162 Dano Moral
Divórcio
163 Execução Contra a Fazenda Pública
164 Execução Fiscal
Execução Provisória
166 Falência
Locação