



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

TATIANA TREUHERZ SALOMÃO

**DA POSSIBILIDADE DO RECEBIMENTO DA DENOMINADA DENÚNCIA
GENÉRICA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS: GARANTIAS CONSTITUCIONAIS X
ATIVIDADE REPRESSIVA DO ESTADO**

BRASÍLIA-DF

2013

TATIANA TREUHERZ SALOMÃO

**DA POSSIBILIDADE DO RECEBIMENTO DA DENOMINADA DENÚNCIA
GENÉRICA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS: GARANTIAS CONSTITUCIONAIS X
ATIVIDADE REPRESSIVA DO ESTADO**

Monografia apresentada à coordenação do curso de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP como requisito parcial à obtenção do título de Pós Graduado *lato sensu* em Penal e Processo Penal.

BRASÍLIA-DF

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Treuerz Salomão, Tatiana, 1986-

Da possibilidade do recebimento da denominada denúncia genérica nos crimes societários: Garantias constitucionais x Atividade repressiva do Estado. – Brasília [S.n.], 2013

Monografia. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Curso de Pós Graduação *lato sensu*.

1. Da possibilidade do recebimento da denominada denúncia genérica nos crimes societários: Garantias constitucionais x Atividade repressiva do Estado. Processual. Penal.

TATIANA TREUHERZ SALOMÃO

**DA POSSIBILIDADE DO RECEBIMENTO DA DENOMINADA DENÚNCIA
GENÉRICA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS: GARANTIAS CONSTITUCIONAIS X
ATIVIDADE REPRESSIVA DO ESTADO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como requisito parcial à obtenção do título de Pós Graduado *lato sensu* em Penal e Processual Penal.

Aprovado pelos membros da banca examinado em ____ / ____ / ____, com
menção _____ (_____)

BANCA EXAMINADORA

Professor(a)

Professor(a)

Professor(a)

À minha mãe Carmem e ao meu pai Marco, pelo amor, investimento e incentivo em todos os momentos. Aos meus avós por serem exemplos de vida e à minha irmã pelo carinho de sempre.

AGRADECIMENTO

Agradeço à minha família em primeiro lugar, que participou em todos os momentos para conclusão deste curso de graduação;

Ao meu avô pelo grande apoio para realização e conclusão deste trabalho;

A todos que de alguma forma contribuíram para que este trabalho pudesse ser concluído.

RESUMO

Trata-se de monografia que tem por escopo tratar da discussão doutrinária e jurisprudencial verificada com mais intensidade nos tribunais superiores, acerca da possibilidade de oferecimento pelo Ministério Público de denúncia genérica nos casos de crimes societários. Frente a uma enorme divergência jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema, analisaremos como uma denúncia genérica, onde não se promove a descrição dos comportamentos dos agentes, fere frontalmente alguns dos mais importantes princípios constitucionais. Por fim, analisaremos o entendimento dos tribunais superiores a respeito do tema e suas devidas constatações.

Palavras-chave: Processo Penal. Denúncia criminal. Genérica. Crime societário. Garantias constitucionais. Jurisprudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DENÚNCIA CRIMINAL.....	13
1.1 AÇÃO PENAL	13
1.1.1 Conceito.....	13
1.1.2 Fundamentos.....	13
1.1.3 Natureza Jurídica da Ação e suas Teorias.....	14
1.1.4 Espécies.....	16
1.1.5 Condições da Ação Penal.....	16
1.1.6 Alterações trazidas pela Lei 11.719/2008.....	17
1.1.7 Possibilidade Jurídica do Pedido.....	18
1.1.8 Interesse de Agir.....	19
1.1.9 Legitimidade para Agir	19
1.1.10 Condições de Procedibilidade.....	20
1.1.11 Justa Causa para Ação Penal	20
1.2 DENÚNCIA	21
1.2.1 Requisitos.....	22
1.2.2 Elementos do Injusto	24
1.3 RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.....	24
1.4 DENÚNCIA NOS CRIMES COLETIVOS E A NECESSÁRIA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS	26
1.5 Inépcia.....	30
1.6 EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA DIANTE DA IMPUTAÇÃO QUE DEVE SER CERTA E DETERMINADA	33
2 CRIME SOCIETÁRIO.....	35
2.1 DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....	35
2.2 CONCEITO DE CRIME SOCIETÁRIO.....	36
2.3 RESPONSABILIDADE PENAL - OBJETIVA OU PESSOAL?.....	37

3 OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E TRATADOS INTERNACIONAIS.....	40
3.1 INTRODUÇÃO	40
3.2 DEVIDO PROCESSO PENAL	40
3.3 AMPLA DEFESA.....	41
3.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	43
3.5 CONTRADITÓRIO	45
3.6 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	47
3.7 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969)	49
3.8 EFEITOS DA INOBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	50
4 ANÁLISE DA INTELIGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	53
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

Há muita discussão a respeito dos crimes societários (aqueles praticados pelo indivíduo, isolada ou coletivamente, operando em nome da pessoa jurídica, como seu mandatário ou representante) e a perceptível dificuldade em se penetrar no âmbito da empresa para se identificar com precisão a origem dos atos criminosos e individualizar as condutas que dão origem ao delito.

Assim, tais crimes são praticamente invisíveis e suas conseqüências pouco perceptíveis. No entanto, há uma forte reivindicação social para se punir os crimes praticados na intimidade das empresas e o Poder Judiciário vem se defrontando com a questão e impondo limites ao caráter genérico das denúncias oferecidas pelo Ministério Público.

Diante de tal moldura, surge a polêmica questão da possibilidade de se oferecer denúncia genérica nos casos de crimes societários, visto a dificuldade de se individualizar a origem dos atos de vontade que dão origem ao delito. Imprescindível, todavia, a observância aos postulados constitucionais da ampla defesa, devido processo legal, contraditório, dentre outros que serão estudados.

O interesse pela matéria surgiu por verificar uma enorme divergência jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema, o qual, inclusive, provoca perplexidade aos operadores do Direito, que, frequentemente, deparam-se com decisões judiciais contraditórias acerca do tema, onde ora se admite e ora não, a propositura de ações penais mediante denúncias denominadas genéricas.

A hipótese colocada em discussão resume-se em identificar até que ponto é possível, diante da atual ordem jurídico-constitucional, admitir inúmeras ofensas à garantias constitucionais para que se puna os chamados criminosos de colarinho branco.

O presente trabalho é objeto de um estudo de longo prazo e é dividido em quatro capítulos. Logo no primeiro capítulo, será analisada a denúncia criminal de forma ampla, posteriormente, no segundo capítulo o estudo tem como foco os crimes contra a ordem tributária, especificamente o crime societário e responsabilidade penal de tais crimes, o terceiro capítulo trata dos principais postulados constitucionais que são violados ao se admitir o oferecimento de denúncia genérica e para finalizar o trabalho, o quarto e último capítulo traz uma rica análise jurisprudencial no âmbito dos tribunais superiores sobre os principais pontos do tema em questão.

1. DENÚNCIA CRIMINAL

1.1 Ação Penal

1.1.1 Conceito

Sendo o crime a violação de um bem juridicamente tutelado, da sua prática nasce para o Estado o direito de punir o infrator. Dessa forma, o direito de punir, nada mais é que o direito que o Estado tem de aplicar o direito penal objetivo.

A ação penal é, portanto, o direito de que dispõe o indivíduo de exigir do Juiz uma decisão sobre a pretensão gerada por um determinado fato. Esta se mostra imprescindível para retirar o órgão julgador da inércia e iniciar a instância penal.

José Frederico Marques, conceitua a ação penal como instrumento ou meio para que os órgãos jurisdicionais profiram uma decisão sobre a acusação formulada em juízo, sendo, portanto, “também um momento da persecução penal”.¹

A ação penal contempla as mesmas características de qualquer ação, ou seja, é um direito público subjetivo, se mostra autônoma em relação ao direito material mas ao mesmo tempo está ligada a este através do fato imputado e, por fim, é abstrata.²

1.1.2 Fundamentos

¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed., 2. tir. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1. p. 291.

² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 167.

A partir do momento em que o Estado chamou para si a função de administrar a justiça, ele colocou à disposição de todos indivíduos os órgãos jurisdicionais. Conseqüentemente, o acesso ao Poder Judiciário está assegurado a todo indivíduo que sentir ofendido ou ameaçado o seu direito (Artigo 5º, XXXV, CF). Dessa forma, podemos verificar a consagração do direito de ação na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 8º “Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the Constitution or by the law.” (“Toda a pessoa tem direito a um recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”)³

Sobre o direito à ação, Vicente Greco Filho ensina que:

[...]no que concerne o réu, traduz-se em direito de defesa, ou seja, o direito de somente se ver constrangido a algo após a decisão judicial, com a garantia de que a decisão só sobrevirá após ser ouvido e ter oportunidade de produzir prova e manifestar-se adequadamente. Por isso que se diz que o direito de ação é um direito subjetivo (de cada um) público, que se exerce contra o Estado, do qual se exige uma decisão sobre uma pretensão.⁴

1.1.3 Natureza jurídica da ação e suas teorias

No que tange à questão da natureza jurídica da ação, inúmeras teorias foram formuladas. Atualmente, a ação é concebida doutrinariamente como um direito público abstrato de que dispõe o indivíduo à movimentação do Poder Público Estatal.

³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed., 2. tir. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1. p. 284-285.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 179.

Antigamente, quando havia uma concepção exclusivamente privatística do Direito, a ação era vista como a imanência do próprio direito material. Ou seja, a todo direito material existe uma ação processual. Esta teoria é a chamada teoria imanentista do direito de ação, e sendo assim, não reconhece qualquer autonomia entre o direito material e o processual.

A aceitação da ação com instituto independente do direito material só ocorreu, de forma sistematizada, com a teoria abstrata. Teoria que foi iniciada por Degenkolb e Pólsz na Hungria.

As chamadas teorias abstratas separam nitidamente os dois institutos e, inclusive, aceitam que eles tenham objetos e até sujeitos diferentes.

Outra teoria que merece destaque é a teoria concreta, que segundo Eugênio Pacelli de Oliveira “propugnava, em essência, que o direito de ação somente existiria quando concretamente reconhecido em juízo, ou seja, quando procedente a ação instaurada.”⁵

Por fim, não podemos deixar de registrar a teoria potestativa da ação, formulada por Chiovenda, que “reconhece para o autor de uma ação o poder de provocação da jurisdição e também o poder de submeter quem quer que seja ao processo, pelo simples exercício dessa potestade.”⁶

Não há dúvida acerca da relevância da matéria e, é claro, de sua complexidade, no entanto, não iremos adentrar neste assunto com profundidade.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 93.

⁶ OLIVEIRA, Op.cit. p. 88-89.

1.1.4 Espécies de Ação Penal

A classificação mais comum e que mais influi nos estudos de Processo Penal é aquela que se faz com base na titularidade do direito de ação.⁷ Sendo assim, são três espécies de ação penal: ação penal pública, em que o titular é o Estado; ação penal privada, o ofendido é o titular, e a ação penal popular, em que qualquer pessoa do povo pode ser titular.

No entanto, dentro dessas três espécies de ação penal existem subdivisões. A ação penal privada pode ser exclusivamente privada, privada personalíssima e a privada subsidiária da pública. Enquanto a ação pública pode ser condicionada ou incondicionada.

1.1.5 Condições da Ação Penal

As chamadas condições da ação são requisitos para se exigir “o julgamento da pretensão de direito material”.⁸ Sendo assim, faz-se necessário, o preenchimento dessas condições para que se exerça o direito de ação.

Podemos dividir as condições em genéricas e específicas ou de procedibilidade (exigíveis somente em hipóteses determinadas). As primeiras são genéricas porque são comuns a todo tipo de ação. Com efeito, para que a peça acusatória seja recebida se mostra necessária a presença dos requisitos mínimos indispensáveis para a formação da relação processual.

⁷ CP, art. 100 e seguintes.

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 351.

Importante salientar que não existe no Código de Processo Penal referência expressa as condições genéricas da ação, no entanto, a doutrina trouxe para o Processo Penal as mesmas condições da ação existentes no Processo Civil, com algumas adaptações.

1.1.6 Alterações trazidas pela Lei 11.719/2008

A Lei 11.719 de junho de 2008 trouxe alterações substanciais ao Código de Processo Penal e, inclusive, modificou as causas de não recebimento da denúncia ou queixa, trazendo algumas novidades que serão vistas no momento oportuno.

A nova lei revogou expressamente o artigo 43 do Código de Processo Penal, que indicava as causas de rejeição da inicial. Pela nova redação do artigo 395, a denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Como visto, a decisão sobre o recebimento da denúncia ou da queixa deverá ser fundamentada e a inicial rejeitada quando faltar um dos requisitos enumerados no artigo. 395 do Código de Processo Penal.

Outra modificação importante se deve a inserção da possibilidade jurídica do pedido entre as causas de absolvição sumária⁹, restando, portanto, somente a legitimidade e o interesse de agir enquanto condições para admissibilidade da peça acusatória.

1.1.7 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido significa que para que o Estado possa obter a condenação do réu, a imputação deve versar sobre um fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, um crime.

Em relação a essa condição da ação, existe uma grande discussão acerca de sua utilidade, já que o direito de punir do Estado fundamenta-se no princípio da legalidade.

Entretanto, o ilustre professor Guilherme de Souza Nucci ressalta que não se pode deixar de considerar o caráter prático da existência dessa condição:

Afinal, o pedido formulado pelo órgão acusatório é sempre genérico, baseando-se na condenação do réu, para que justa sanção penal lhe seja aplicada. Somente há possibilidade de se permitir o ajuizamento da ação penal, inicialmente, produzindo-se prova ao longo da instrução, caso o pedido seja juridicamente viável, significando dizer que o fato é, em tese, considerado crime.¹⁰

Alguns autores divergem também em relação às hipóteses de atipicidade dos fatos imputados aos acusados. Com as alterações trazidas pela nova lei (11.719/08), a questão da atipicidade do fato é agora tratada como questão de mérito. O

⁹ Relativo ao rito comum.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. rev., atual e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 298.

professor destaca que “a partir da Lei 11.719/08, a decisão (sentença) será de absolvição sumária e não mais de rejeição da denúncia, como dispunha o revogado art. 43, I, CPP.”¹¹

1.1.8 Interesse de agir

Para que haja interesse para promover a ação penal é necessário que este seja idôneo, ou seja, contenha elementos de convicção quanto à prática do crime.

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover destaca:

E assim, o “*fumus boni iuris*” é identificado com o interesse de agir no processo penal: o legítimo interesse, como justa causa de ação penal, constituiria uma condição legal para a propositura desta; ausente o interesse de agir, por não constatar-se no limiar da ação que o que se pede traz a nota da idoneidade, falta justa causa para a propositura da ação penal.¹²

1.1.9 “Legitimidade ad causam” ou Legitimidade para agir

Para que haja “legitimidade ad causam”, o autor deve estar legitimado para agir em relação ao objeto da demanda, propondo-a contra o outro pólo da relação jurídica discutida. Dessa forma, o réu deve ser aquele que, por força da ordem jurídica material, deve, adequadamente, suportar as conseqüências da demanda.

No processo penal, em regra, o sujeito ativo é o Estado, como titular do direito de punir, cuja função é exercida, privativamente, pelo Ministério Público (CF, art. 129, I). De maneira excepcional, essa atividade pode ser exercida pelo ofendido, na

¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 137.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 68.

condição de legitimado extraordinário ou substituto processual. Por outro lado, o legitimado passivo é o acusado pelo crime.

Sobre o tema, cabe trazermos à baila o respeitado entendimento de José Frederico Marques:

A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalecer na pretensão e contra aquele cujo direito de liberdade possa ser subordinado, no caso em foco, ao interesse punitivo do Estado.

1.1.10 Condições de procedibilidade ou específicas da Ação Penal

As chamadas condições de procedibilidade são específicas condições exigidas, em determinadas situações, para o exercício da ação penal. Estas condições “podem atuar sobre o mérito, sobre a ação ou sobre o processo, tudo dependendo dos efeitos que a lei lhes der, o momento em que são reconhecidas pelo juiz ou em razão de outras circunstâncias.”¹³

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, parte da doutrina brasileira entende que as condições de procedibilidade seriam condições específicas de exercício da ação penal e que existiriam ao lado das condições da ação. Entretanto, a outra parte da doutrina, essas condições abrangeriam as chamadas condições da ação, sendo as primeiras, o gênero, e as outras, a espécie.¹⁴

1.1.11 A Justa Causa

¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 129.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 66.

A chamada justa causa, que antes era somente uma construção doutrinária, foi positivada com o advento da Lei 11.719/08. Esta lei, ao revogar o art. 43 do CPP, incluiu, expressamente, a justa causa como condição de admissibilidade da acusação.

Essa questão já era amplamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive, o Supremo Tribunal Federal coleciona várias decisões nesse sentido.¹⁵

1.2 Denúncia

A denúncia, petição inicial da ação penal pública, contém o conteúdo da acusação oferecida pelo Ministério Público contra suposto infrator. É por meio dela que se formaliza a acusação e se dá início a persecução penal.

Segundo Helio Tornaghi, a denúncia em seu sentido técnico:

É o ato pelo qual o Ministério Público manifesta a vontade do Estado, ofendido pelo crime, de que se faça justiça. É o pedido, ou, melhor, a exigência de prestação jurisdicional. Havendo prova do fato e suspeita de autoria – e de outra maneira não poderia haver denúncia – está o Ministério Público na suposição de que o denunciado deve ser punido. Daí ter a denúncia a forma de acusação. Mas a afirmativa do Ministério Público na denúncia difere da afirmação do juiz na sentença, não só pelo aspecto jurídico, mas também pelo prisma lógico: o juiz afirma a responsabilidade do réu de maneira apodítica; o Ministério Público o faz de maneira assertória ou mesmo problemática. A conclusão do juiz é categórica, a do Ministério Público é hipotética.¹⁶

¹⁵ Cf., a esse respeito, o decidido pelo STF nos Inq 1926, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2008, DJe-222, divulgado em 20/11/2008 e publicado em 21/11/2008. Igual entendimento no HC 94931, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, julgado em 07/10/2008, DJe-216, divulgado em 13/11/2008 e publicado em 14/11/2008.

¹⁶ TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 115.

Cumprе salientar que a denúncia é um importante instrumento de controle da legalidade dos atos do Estado, sendo imprescindível para que o acusado possa exercitar o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, deve expor com clareza a pretensão punitiva, expondo os seus fundamentos, indicando-se o seu objeto e qualificando todos os autores da infração.

Sobre o tema, cabe trazermos à baila os entendimentos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

A denúncia ou a queixa são peças fundamentais, não só por promoverem o nascimento da relação jurídica processual, como porque são os instrumentos através dos quais é formulada a acusação, imputando-se a alguém o cometimento de infração penal e pedindo-se a sua condenação.¹⁷

1.2.1 Requisitos da Denúncia – Artigo 41 do CPP

O artigo 41 do Código de Processo Penal dispõe que a denúncia ou queixa “[...] conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

As exigências do aludido artigo buscam viabilizar ao acusado, desde logo, o exercício da ampla defesa e do contraditório e permitir a correta aplicação da lei penal.¹⁸

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 47.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 328.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci destaca que a exposição do fato tido como criminoso com todas as circunstâncias e características diz respeito à narrativa fática, que se reporta ao tipo básico (figura fundamental do delito) e ao tipo derivado (qualificadoras ou causas de aumento). Dessa forma, as outras circunstâncias, chamadas de genéricas, não são obrigatórias na imputação, já que serão discutidas ao longo da instrução criminal.¹⁹

A parte mais importante da peça acusatória é a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias e características, afinal, tal informação possibilitará ao réu, no momento oportuno, exercitar sua defesa da maneira mais ampla possível.

Impõe-se, portanto, que, na denúncia criminal, exponha-se o fato delituoso, com todas as suas circunstâncias. Uma das circunstâncias fundamentais é o nexo de causa e efeito, entre o fato e seu agente. Portanto, não se pode admitir que alguém responda por crime qualquer, sem a certeza de que esse alguém deu causa ao fato delituoso, ou, ao menos, contribuiu, de qualquer maneira, para que se realizasse.

Ademais, nos precisos ensinamentos do Ministro Firmino Paz, no julgamento do RHC 59.857-9/SP, “... sabe-se que os fatos jurídicos ilícitos, absolutos ou relativos, tem eficácia jurídica reativa, ou seja, só atinge ou alcança o autor do ilícito.”²⁰

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. rev., atual e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 308.

²⁰ STF RHC 59.857-9/SP, Rel. Ministro Firmino Paz, 2ª Turma, julgado em 14/05/1982. p5.

1.2.2 Elementos do Injusto²¹

Consoante previsão do artigo 41 do CPP, a denúncia deve traduzir os sete elementos do injusto, requisitos indispensáveis à adequação de qualquer fato criminoso, conforme a doutrina, quais sejam:

- a) Quem praticou o delito (*quis*)?
- b) Que meios ou instrumentos empregou (*quibus auxiliis*)?
- c) Que malefício, ou perigo de dano, produziu o injusto (*quid*)?
- d) Que motivos o determinaram à prática (*cur*)?
- e) Por que maneira praticou o injusto (*quomodo*)?
- f) Em que lugar o praticou (*ubi*)?
- g) Em que tempo, ou instante, deu-se a prática do injusto (quando)?²²²³

A exigência de descrição do fato jurídico com todos os seus elementos se torna imprescindível para que seja assegurado ao acusado a ampla defesa. A denúncia deve apresentar um mínimo de causalidade entre a conduta e o crime imputado, para que não seja declarada inepta.

1.3 Recebimento da denúncia

²¹ STJ HC 65.463/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 07/05/2009, DJe 25/05/2009.p. 06

²² HC 65.463/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, julgado em 07/05/2009, DJe 25/05/2009.

²³ De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho, in *Processo Penal*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009. vol. 1, p. 408: São expressões latinas (*Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?*) que correspondem às expressões em alemão: *Wer? Was? Was? Womit? Warum? Wie? Wann?*, expressivamente designada pelos sete W dourados da criminalística”.

O magistrado, quando do recebimento da denúncia, deve verificar a existência das condições da ação (genéricas e específicas), se a peça acusatória está em consonância com o artigo 41 do Código de Processo Penal e as questões referentes à viabilidade do direito de ação (pressupostos processuais, litispendência, coisa julgada, competência, e assim por diante). Se alguma dessas questões estiver ausente, deverá o juiz rejeitá-la para que o Ministério Público possa oferecer outra mais adequada.

Existe uma ampla discussão acerca da necessidade ou não de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia. Segundo se tem entendido, não se verifica necessária a fundamentação do despacho por não se encontrar no conceito de decisão do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Nesse sentido, julgou o Ministro Sepúlveda Pertence, no HC 86.248 – MT, 1ª Turma, no STF:

EMENTA: I. STF: Habeas corpus: competência originária. "É da jurisprudência consolidada no STF que lhe compete conhecer originariamente do habeas corpus, se o Tribunal inferior, em recurso da defesa, manteve a condenação do paciente, ainda que sem decidir explicitamente dos fundamentos da subsequente impetração da ordem: na apelação do réu, salvo limitação explícita quando da interposição, toda a causa se devolve ao conhecimento do Tribunal competente, que não está adstrito às razões aventadas pelo recorrente" (HC 70.497, Pertence, Pleno, 25.8.93, RTJ 152/553). Também a apelação da defesa à Turma Recursal, regra geral, como no caso, possui devolutividade ampla. II. Denúncia: recebimento: assente a jurisprudência do STF em que, regra geral - da qual o caso não constitui exceção -, "o despacho que recebe a denúncia ou a queixa, embora tenha também conteúdo decisório, não se encarta no conceito de "decisão", como previsto no art. 93, IX, da Constituição, não sendo exigida a sua fundamentação - art. 394 do C.P.P.; a fundamentação é exigida, apenas, quando o juiz rejeita a denúncia ou a queixa - art. 516 do C.P.P., aliás, único caso em que cabe recurso - art. 581, do C.P.P." (v.g. HHCC 72.286, 2ª T., Maurício Corrêa, DJ 16.2.96; 70.763, 1ª T., Celso de Mello, DJ 23.9.94). III. Suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89): inadmissibilidade, quando o acusado esteja sendo processado ou já tiver sido condenado por outro crime. IV. Juizado especial criminal: exame de corpo de delito: suprimento. O art. 77, § 1º, da L. 9.099/95 admite, no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, o suprimento do exame de corpo de delito pelo boletim médico ou prova

equivalente. V. Juizado especial criminal: crime de lesões corporais simples: direito de representação exercido tempestivamente.²⁴

1.4 Denúncia nos crimes coletivos e a necessária individualização das condutas

Em se tratando de concurso de pessoas, a peça acusatória deve individualizar a participação de cada um dos co-autores ou partícipes, informando o modo como cada indivíduo concorreu para o evento.²⁵

Nesse sentido, destaca-se o voto da Ministra Laurita Vaz, no RHC 24.183/SP, 5ª T. do STJ:

No caso de crime praticado mediante concurso de agentes, afigura-se dispensável que a denúncia descreva de forma minuciosa e individualizada a conduta de cada Acusado, bastando, para tanto, que a exordial narre o fato principal e as qualificadoras de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa.²⁶

Outra observação pertinente quanto a denúncia que trata de crime coletivo é que quando houver imputação de autoria e de participação, deve-se distinguir uma e outra modalidade pelo critério formal - objetivo, qual seja, somente o autor praticará a conduta típica, enquanto a conduta do partícipe não tem uma conduta típica em si mesma. Com efeito, a denúncia criminal deve delimitar, com exatidão as condutas do autor e dos partícipes.²⁷

²⁴ STF HC 86248, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, julgado em 08/11/2005, publicado no DJ 02/12/2005.

²⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 88.

²⁶ STJ RHC 24.183/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, 5ª Turma, julgado em 17/03/2009, DJe 13/04/2009.

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113.

Assim sendo, deve-se observar a exigência de individualização das condutas de acordo com o artigo 29 do Código Penal, que afirma que os autores e partícipes incidem nas penas de acordo com as respectivas culpabilidades.

Cumprido salientar que nos crimes societários, que são, quase sempre, crimes de autoria coletiva, a jurisprudência dos tribunais superiores tem tolerado que a denúncia se faça sem a necessária descrição pormenorizada dos fatos imputados aos acusados.

Nesse sentido, vejamos o voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima, da 5ª Turma, no HC 62.328/ SP:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INCLUSÃO DA EMPRESA NO REGIME DE PARCELAMENTO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA. TIPICIDADE (FORMAL, NORMATIVA E SUBJETIVA). TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO TIPO. JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INÉPCIA NÃO CONFIGURADA. PROVA PERICIAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO-OCORRÊNCIA. PENA APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Nos crimes tributários, para se tornar possível a suspensão ou a extinção da pretensão punitiva estatal, deve ser demonstrada, a partir de prova inequívoca, a inserção do débito tributário no programa de parcelamento ou o seu integral pagamento. Precedentes do STJ.

2. Não se pode declarar inepta a denúncia que descreve, ainda que se forma genérica, os fatos penalmente típicos e aponta a conduta dos acusados, o resultado, a subsunção, o nexos causal (teorias causalista e finalista) e o nexos de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), oferecendo condições para o pleno exercício do direito de defesa.

3. No caso, a atribuição da conduta típica aos pacientes não decorreu simplesmente de suas condições de sócios-gerentes, mas por terem, em tese, suprimido e reduzido tributo, sendo, portanto, diretamente

responsabilizados pelos fatos descritos.

4. Nos crimes societários, embora não se exija a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, é necessário que haja a narrativa dos fatos delituosos, de sua suposta autoria, do vínculo de causalidade e do nexo de imputação, de maneira a permitir o exercício da ampla defesa, como na espécie.

5. É prescindível exame pericial da prova quando a denúncia descreve a conduta de "utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato", que compõe o núcleo do tipo penal previsto no inciso IV do art. 1º da Lei 8.137/90.

6. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

7. No caso, a pena-base encontra-se devidamente fundamentada em dados concretos, tais como a personalidade delituosa dos pacientes, a conduta social, a culpabilidade e os motivos do delito. Destarte, sua fixação acima do mínimo legal mostra-se proporcional à necessária reprovação e prevenção do crime.²⁸

8. Ordem denegada.

Por outro lado, alguns julgados tem demonstrado a preocupação com a necessidade da descrição circunstanciada dos fatos atribuídos aos denunciados, sob pena de inépcia da peça acusatória, por dificultar o exercício da ampla defesa.

Sendo assim, veja a advertência feita pelo Ministro Celso de Mello, no HC 84.580/SP, no STF:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS

²⁸ STJ HC 62.328/SP, Relatoria Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 04/08/2008.

PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AOS DIRETORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER CONDUTA ESPECÍFICA QUE OS VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. - A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal. - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ("nullum crimen sine culpa"), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do "versari in re illicita", banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIAS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o

acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.²⁹

1.5 Inépcia

A denúncia inepta é aquela que não descreve o fato tido como criminoso, com todas as suas circunstâncias, apresentando-se genérica e em desacordo com o artigo 41 do CPP.

De acordo com o artigo 41 do CPP, impõe-se, que, na denúncia criminal, exponha-se o fato criminoso, com todas as circunstâncias. Sendo assim, uma das circunstâncias fundamentais é o nexo de causa e efeito entre o fato e o seu agente. Não se pode aceitar, em face das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que alguém responda por um crime sem a certeza de que esse alguém deu causa ao fato delituoso, até menos, contribuiu, de qualquer maneira, para que ele se realizasse.

No mesmo sentido, Damásio E. de Jesus destaca os principais pontos que uma denúncia deve conter para não ser declarada inepta :

No estágio atual da legislação criminal brasileira, para processar-se o princípio da subsunção típica, é de indeclinável necessidade apontar-se a realização de uma conduta por parte do acusado, seja ação ou omissão. Significa que a autoridade policial e o Ministério Público

²⁹ STF HC 84580, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176.

devem narrar na portaria ou denúncia, com clareza e exatidão, o comportamento típico e o resultado naturalístico (fato material), com todas as suas circunstâncias (art. 41 do Código de Processo Penal).³⁰

A necessidade de a peça acusatória preencher todos os requisitos legais, com a precisa indicação da conduta imputada ao réu, é tema de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial.

A narração deficiente do fato criminoso é, por si só, considerada uma ofensa ao contraditório. Nesse sentido, Pedro Henrique Demercian e Jorge Maluly lecionam:

O acusado não pode exercer na sua amplitude o seu direito de defesa se a própria acusação não é clara e bem definida. A ação penal iniciada nesses moldes é nula de pleno direito e o defeito insanável e improrrogável da peça acusatória pode ser reconhecido, a qualquer tempo, através do pedido de ordem de habeas corpus, acarretando a nulidade de todos os atos subsequentes que com ela guardem relação. (artigo 573, §§1º e 2º, do Código de Processo Penal).³¹

No Habeas Corpus 114.789, relatora a Ministra Jane Silva, ficou decidido que “se a denúncia não contém a correta descrição dos fatos pelos quais o denunciado está sendo responsabilizado, ela é inepta e provoca a nulidade do processo desde o seu início, inclusive a partir de seu oferecimento. (SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 27/04/2009)”.

A jurisprudência dos tribunais superiores também é firme no sentido de que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da definição jurídico-

³⁰ JESUS, Damásio E. de. *Novíssimas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 46.

³¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique, Maluly, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 69.

penal dada aos fatos. Dessa forma, não ocorre a inépcia quando há indícios suficientes para embasar a peça acusatória.³²

É certo que estamos diante de uma ordem constitucional que consagra os princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, sendo assim, não pode uma denúncia descrever um fato delituoso sem que encontre-se apoiada em um mínimo de substrato probatório.

Na respeitada opinião de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “a narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício de defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais.”³³

Nesse sentido, destacam-se as reflexões desenvolvidas pelo Ministro Celso de Mello, no HC 89.427 – BA:

PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO – OBRIGAÇÃO DE O
MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA
JURIDICAMENTE APTA.

O sistema jurídico vigente no Brasil – tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura forma, de caráter essencialmente democrático – impõe, ao Ministério Público, a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do “due process of law”, ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face

³² Nesse sentido: STJ Inq 231/SP, Relatoria Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relatoria para Acórdão Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2001, DJ 17/06/2002 p. 181.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance; Filho, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 79.

dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. O ordenamento positivo brasileiro repudia as acusações genéricas e repele as sentenças indeterminadas.

A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA.

A denúncia – enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, antes de tudo, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria “*res in judicio deducta*”.

A peça acusatória, por isso mesmo, deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve, adequadamente, o fato criminoso e que também deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente ao evento delituoso qualifica-se como inepta. Precedentes.³⁴

1.6 O exercício do direito de defesa diante da imputação que deve ser certa e determinada

A Constituição Federal de 1988 garante expressamente o direito de defesa no inciso LV do artigo 5º, quando diz que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”.

Sendo assim, no momento em que se atribui a uma pessoa a prática de atos que a ordem jurídica considera delituosos, se torna imprescindível que se fixe, com exatidão, a conduta do acusado, detalhando-a de forma precisa, certa e extremamente individualizada.³⁵

³⁴ STF HC 89.427, Relator Ministro CELSO DE MELLO, 2ª Turma, julgado em 12/09/2006, DJe-055.

³⁵ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 3. atual: Eduardo Reale. Guilherme Madeira Dezem. Campinas: Millenium, 2009. vol.2. p.150.

Para que o acusado possa exercer plenamente o seu direito de defesa, ele deve ter conhecimento claro da imputação, portanto, esta deve ser certa e determinada.

2. CRIME SOCIETÁRIO

2.1 Dos crimes contra a ordem tributária

Para que o Estado possa realizar suas finalidades e atingir o bem comum, é imprescindível que toda sociedade contribua com o pagamento de tributos. Não obstante, a sociedade também tem interesse na existência e devido funcionamento do Estado. Dessa forma, pode-se questionar a conveniência, a justiça ou não de determinado tributo e se sua aplicação será destinada da forma correta, mas não a dispensabilidade de um sistema de contribuições para a satisfação das necessidades do Estado.³⁶

Deste modo, segundo José Mauricio Conti e Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo:

[...] como é da contraditória natureza humana, ainda que a maior parte dos integrantes concorde, por vontade própria, em aderir aos ditames da liderança, sempre existirão focos de resistência. Nasce a sanção para conferir eficácia às leis.[...] Quaisquer que sejam os motivos, é impossível ao Poder Público conviver com a sonegação, sob pena de comprometer, com tal convivência, os pilares de sua própria existência. Assim, para coagir seus cidadãos, ao recolhimento dos tributos estabelecidos, o Estado utiliza de sanções que, no Direito Público Interno, podem ser de natureza penal, civil ou meramente administrativa.³⁷

A proteção penal da ordem tributária se justifica pela natureza supra-individual do bem jurídico. Ou seja, são os recursos auferidos pelas receitas tributárias, que irão viabilizar economicamente a realização e atendimento das atividades sociais.

³⁶ CONTI, José Mauricio; DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Crimes contra a ordem tributária*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. Relatório do XIX simpósio Fátima Fernandes de Souza Garcia e Vittorio Cassone. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1995. p. 66.

³⁷ CONTI, Op.cit. p. 68.

Tal afirmação é confirmada pela proteção constitucional da ordem econômica, que se verifica no artigo 170 da Carta Magna. Afinal, todos os recursos arrecadados serão utilizados para propiciar melhores condições de vida a todos. Esta finalidade é inerente a qualquer Estado democrático e social de direito, que tem como característica promover e garantir a assistência e solidariedade social.³⁸

De tal modo, facilmente perceptível a preocupação do legislador em reprimir de forma adequada as condutas desviantes daqueles que buscam eximir-se do pagamento de tributos por meios fraudulentos e ilícitos.

2.2 Conceito de crime societário

O crime societário é aquele praticado pelo indivíduo, isolada ou coletivamente, operando em nome da pessoa jurídica, como seu mandatário ou representante.

Os chamados crimes societários são, portanto, praticados sempre por pessoas que agem em nome e no proveito dessas pessoas jurídicas. Dessa forma, é facilmente perceptível a dificuldade de se penetrar na intimidade da empresa para se identificar com precisão a origem dos atos criminosos e individualizar as condutas que dão origem ao delito.

Tais crimes, não esbarram na questão polêmica da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois o próprio conceito de crime societário não se refere aos

³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 52.

delitos praticados pela sociedade, e sim aos delitos dos indivíduos que agem em seu nome.

Outra questão importante, é que não se pode definir esse crime, necessariamente, como plurissubjetivo. Aponta Renato Prates que:

O concurso de agentes não é imprescindível, porque, embora para se constituir a sociedade haja, necessariamente, a convergência da vontade de várias pessoas, somente o indivíduo, de forma isolada, pode praticar atos criminosos em seu nome.³⁹

Embora os crimes societários aqui estudados sejam delitos praticados contra a ordem econômica, também existem crimes societários praticados contra outros bens jurídicos, como a saúde pública, meio ambiente, dentre outros.

2.3 Responsabilidade Penal (nos crimes societários)– objetiva ou pessoal?

É constatada uma grande dificuldade pelo Ministério Público em se atribuir a responsabilidade individual nos crimes societários, por serem crimes cometidos no âmbito das organizações empresariais e contarem com ampla invisibilidade.

Dessa forma, frente a crescente criminalidade econômica (onde se verifica haver, na maioria das vezes, uma complexa estrutura organizacional em que varias pessoas estão envolvidas), o Ministério Público passou a se valer de uma denúncia genérica pautada na responsabilidade objetiva, que não promove a descrição

³⁹ PRATES Renato Martins. *Acusação genérica em crimes societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 44.

dos comportamentos dos agentes nem estabelece vínculos entre as condutas e os atos ilícitos.

A responsabilidade penal objetiva considera que o agente deve responder pelo resultado independente de restar comprovado dolo ou culpa. Pode se dizer, portanto, que seria uma responsabilidade atribuída a um indivíduo simplesmente em virtude de um nexo de causalidade material, entre ação e o resultado, excluindo qualquer elemento subjetivo de conhecimento ou de vontade.

Tal entendimento, obviamente contraria a doutrina do Direito Penal, fundado na responsabilidade pessoal e na culpabilidade. Cabe salientar, que a Constituição Federal estabelece expressamente, em seu artigo 5º, LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Dessa forma, seria inconstitucional qualquer dispositivo legal que adote o princípio da responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, ensina Magalhães Noronha:

[...]no estado presente do direito penal, é ela incompreensível. Representa um retrocesso a tempos primitivos, em que o homem pagava pelo que fizera, sem quaisquer preocupações com o elemento subjetivo. Era o resultado, o dano causado, a clamar sempre por uma pena, que nada mais era que vingança. A responsabilidade só pode ter por fundamento a vontade humana.⁴⁰

Em relação à responsabilidade penal nos crimes societários, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no sentido de que o agente somente deve responder pelo fato delituoso se a ele tiver dado causa.

⁴⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, vol. 1. p. 71.

O Ministro Celso de Mello em seu voto no HC 84.580, adverte para o cuidado que se deve ter ao determinar a responsabilidade de cada sócio denunciado:

Alias, **a necessidade de se definir a participação de cada um** resulta da própria Constituição, **porque a responsabilidade criminal é pessoal, não transcende** da pessoa do delinqüente(...). **É preciso**, portanto, **que se comprove** que alguém concorreu **com ato seu** para o crime.”

“**Não existe**, no ordenamento positivo brasileiro, **ainda** que se trate de práticas **configuradoras** de macrodelinqüência **ou caracterizadoras** de delinqüência econômica, **a possibilidade constitucional de incidência** da responsabilidade penal **objetiva. Prevalece, sempre**, em sede criminal, **como princípio dominante** do sistema normativo, **o dogma** da responsabilidade **com culpa** (“*nullum crimen sine culpa*”), **absolutamente incompatível** com a velha concepção medieval do “*versari in re illicita*”, **banida** do domínio **do direito penal da culpa. Precedentes.** ⁴¹

⁴¹ STF HC 84.580/SP, Relator Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176.

3. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E TRATADOS INTERNACIONAIS

3.1 Introdução

O crescente aumento da criminalidade leva a população como um todo a clamar por um recrudescimento do sistema repressivo penal. Porém, não será negando ao acusado suas garantias constitucionais que se verificará qualquer mudança nos problemas da violência e criminalidade organizada.

Nesse sentido, já adverte Ada Pellegrini Grinover:

O Estado de direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinqüentes e de perder toda autoridade e credibilidade. E as garantias que a constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias do justo processo, assegurando o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões.⁴²

3.2. Devido Processo Legal

A Constituição Federal consagra o princípio do devido legal em seu artigo 5º, inciso LIV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Tal princípio origina-se da cláusula do *due process of law* do Direito anglo-americano, que em sentido genérico, visa à tutela do trinômio “vida, liberdade e propriedade.” A ordem jurídica inglesa reconhece tal princípio desde

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo Constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda, 1985. p. 49.

meados de 1.215⁴³, no entanto, somente foi reconhecido expressamente pelo direito positivo brasileiro com a Constituição Federal de 1988.

O devido processo legal é um princípio fundamental, ou seja, sobre ele repousam todos os demais princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Sua dimensão ultrapassa os limites dos fenômenos do processo pois alcança atos e atividades políticas em geral. Desse modo, visa proporcionar a realização e o acesso a um processo justo, segurança jurídica e efetividade.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, entende-se como garantias do devido processo legal:

O conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salva-guarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.⁴⁴

O princípio do devido processo legal pressupõe uma imputação criminal certa e determinada, para que o réu possa, conhecendo perfeita e detalhadamente a sua acusação, exercitar a sua defesa de forma plena.

3.3 Ampla Defesa

A ampla defesa é uma garantia constitucional expressamente consagrada no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Tal princípio assegura ao

⁴³ Introduzido pela Magna Carta do Rei John Lackland.

⁴⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 89.

cidadão o direito pleno de se defender utilizando-se de todos os meios e recursos existentes no ordenamento jurídico.

Para José Frederico Marques, o direito de defesa, em seu significado mais genérico, é:

[...]direito latente de todos os preceitos emanados do Estado, como *subtractum* da ordem legal, porque constitui o fundamento primário e básico da segurança jurídica estabelecida pela vida social e organizada. [...] Em seu significado estrito, a palavra defesa exprime o direito de opor-se alguém a uma pretensão, a fim de garantir um direito ou interesse que afirma existir e de que entende ser o titular.⁴⁵

A ampla defesa é composta pela defesa técnica e pela autodefesa, existindo entre ambas uma relação de complementariedade. O defensor exerce a defesa técnica, específica, profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória do profissional devidamente habilitado para o exercício da advocacia. O acusado, por outro lado, exerce, ao longo do processo, a chamada autodefesa.

Na justiça penal, para que exista um equilíbrio processual entre a acusação e a defesa, se mostra necessário um órgão técnico para opor-se ao Ministério Público. Assim, a defesa técnica não é meramente uma faculdade, se torna, como se verifica na Exposição de Motivos (n ° II) – “uma indeclinável injunção legal, antes, durante e depois da instrução criminal”.⁴⁶

A autodefesa consiste, por sua vez, na participação do réu em praticamente todos os atos processuais, sendo-lhe possível, assim, apresentar motivos e razões para contestar a acusação e criar perspectivas favoráveis ao reconhecimento de sua inocência.

⁴⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed., 2. tir. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1. p. 321.

⁴⁶ Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941 – Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

Como se verá adiante, a infringência à norma constitucional que possua conteúdo de garantia devera acarretar, como sanção, a nulidade absoluta. Entretanto, deve-se analisar se o vício ou ausência do ato processual lesa o princípio da ampla defesa.

Dessa forma, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães e Antonio Scarance destacam que haverá:

[...]nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo, nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência – é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.⁴⁷

Sendo assim, existem vários julgados que reconhecem a nulidade absoluta em casos de inépcia da denúncia ou queixa.⁴⁸

3.4 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é um dos pilares do Estado democrático de direito e uma das vigas fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Infere-se dele que qualquer comando estatal para que seja juridicamente válido, deve emanar de lei em sentido formal.

Tal princípio vem consagrado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, dispondo que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Determina, dessa forma, que todos serão submetidos à lei, ou seja, tudo que não estiver proibido por lei, estará juridicamente permitido.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no Processo Penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 67.

⁴⁸ Ver capítulo 4.

Neste sentido, André Ramos Tavares ensina:

Significa a garantia da legalidade que apenas nos termos das leis, editadas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que se pode validamente conceder direito ou impor obrigação ao indivíduo. [...] Traduz-se, pois, a garantia da legalidade no primado da vontade geral, consubstanciada na lei. Nestes termos, representa uma conquista histórica no combate à vontade individual e caprichosa do déspota ou eventual detentor do poder.⁴⁹

A prevalência do princípio da legalidade conduz a uma segurança jurídica, principalmente em virtude da aplicação precisa e obrigatória da lei preestabelecida.

Segundo José Frederico Marques:

O princípio da legalidade tem significado político e jurídico: no primeiro caso, é garantia constitucional dos direitos do homem, e, no segundo, fixa conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente sem definição prévia da conduta punível e determinação da *sanctio juris* aplicável.⁵⁰

Assim, é assegurado ao cidadão a prerrogativa de repelir qualquer imposição feita por outro meio que não a lei.

Ao se tratar da atuação do Estado como único titular do *jus puniendi*, para que não hajam abusos ou arbitrariedades, este deverá ser exercido sempre em consonância com o princípio da legalidade. Portanto, tal princípio nada mais é que uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, adequando os comportamentos individuais e estatais às normas jurídicas legais.

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59.

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal. rev e atual*. Campinas: Millennium, 2002. Vol. 1. p. 153.

3.5 Princípio do Contraditório

O contraditório juntamente com a ampla defesa, são princípios fundamentais em qualquer processo, principalmente no processo penal.

Como assevera o Professor Eugênio Pacelli, o contraditório é:

[...]cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, e encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.⁵¹

Não podemos deixar de registrar a definição clássica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que afirma ser o contraditório “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.”⁵²

Sendo assim, dois elementos constituem o contraditório: a) necessidade de informação; b) possibilidade de reação. Somente quando estão presentes os dois elementos é que será possível o desenvolvimento de um processo dotado de contraditório pleno e efetivo.

Sobre os atos das partes, o contraditório pressupõe que lhes possibilitem meios proporcionais de contrariar, não bastando somente poder se pronunciar sobre os atos. Dessa forma, há uma ligação entre o princípio do contraditório

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 76.

⁵² ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973. p. 81.

e o princípio da paridade de armas, sendo essencial que ambas as partes estejam munidas de forças similares.⁵³

O princípio do contraditório foi incluído na Constituição Federal pela primeira vez em 1937 e, atualmente, está consagrado no artigo 5º, LV, que declara:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

Ao assegurar a plena defesa, a Constituição Federal adotou o procedimento contraditório, que decorre da isonomia processual e é inerente a qualquer solução processual de litígios.

Sobre o tema, já ensinava Frederico Marques que:

Sem o contraditório não pode haver devido processo legal. Uma vez que a lide tem sentido bilateral, porque a sua parte nuclear é constituída por interesses conflitantes, o processo adquire caráter verdadeiramente dialético, enquanto que a ação, como diz CARNELUTTI, se desenvolve como contradição recíproca.⁵⁴

No que tange a aplicação do princípio do contraditório, a atual redação encerrou toda discussão ao deixar bem claro que tal princípio se aplica a qualquer processo (judicial ou administrativo).

⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 63.

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed., 2. tir. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1. p. 65.

A Constituição Federal, ao consagrar o contraditório, impõe que este seja efetivo para possibilitar que ambas as partes tenham ciência de todos os atos praticados e possam contraria-los.

Nesse sentido, Antonio Scarance Fernandes destaca que:

Assim, em face da garantia do contraditório no processo penal, onde deve ser ele efetivo, integral, não se admite que uma parte fique sem ciência dos atos da parte contraria sem oportunidade de contrariá-los. A Constituição, ao consagrar o contraditório no art. 5º, LV, garante-o no processo criminal não somente ao acusado, mas também ao Ministério Público.⁵⁵

Grande parte da doutrina entende que o contraditório decorre do principio da igualdade das partes em face do juiz. Dessa forma, uma parte não pode fazer afirmações, alegações ou juntar qualquer prova sem que seja ouvida oportunamente a outra parte.

No entanto, cabe salientar que o principio da igualdade é mais amplo que o do contraditório, pois o último pode existir mesmo onde não há igualdade.⁵⁶

3.6 Presunção de Inocência

O principio da presunção de inocência está consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LVII, quando estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A Constituição Federal, ao dispor sobre o principio da presunção de

⁵⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 57.

⁵⁶ FERNANDES, op. cit. p. 58.

inocência, traz uma das mais importantes garantias constitucionais, pois é em razão dela que o cidadão que se encontra na condição de réu assumirá uma posição de sujeito de direitos na relação processual. Dessa forma, mesmo que pese sob este uma imputação qualquer, só poderá ser considerado culpado quando a decisão judicial condenatória transitar em julgado.

No âmbito processual penal, o princípio regula o conflito existente entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do cidadão, considerado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana.

O princípio da presunção de inocência surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (artigo 9º), resultado da Revolução Francesa, vindo a ser reiterado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo XI). Mais recentemente, tal princípio foi consolidado no *Pacto de San José da Costa Rica*, em seu artigo 8º, inciso I, do qual o Brasil é signatário e que traz a presente redação:

ARTIGO 8 Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O referido princípio tem como objetivo evitar que o réu sofra uma antecipação da pena que só tem cabimento após a sentença de condenação transitada em julgado, e, conseqüentemente, que a sua liberdade individual não seja restringida com base em um rótulo de culpado que lhe é cunhado ao longo do processo, bem antes da existência daquela.

Neste sentido, Alexandra Vilela aponta que:

Não surpreende, de resto, que qualquer Estado de direito eleja a presunção de inocência como uma das linhas orientadoras do processo penal, pois, como se depreende do que já se disse, o caminho que traça para o processo penal é, sem sombra de dúvidas, aquele que melhor realiza os objectivos de justiça e protecção dos direitos fundamentais de alguém que pode vir a ser declarado inocente por sentença irrecurável.⁵⁷

O principal desdobramento do referido princípio pode ser observado no momento da acusação, tendo em vista que ônus de provar cada um dos fatos que integram o tipo penal e a participação de cada acusado no delito caberá sempre a acusação.

3.7 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)

A convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi aprovada em São José da Costa em novembro de 1969 e, posteriormente, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 1992. Tal decreto teve sua ratificação por meio da Carta de Adesão de 25 de novembro de 1992, sendo incorporada ao direito interno pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.

As garantias processuais penais da Convenção integram o sistema constitucional brasileiro e tem o mesmo nível hierárquico das normas presentes na Constituição Federal.

Ada Pellegrini, Antonio Magalhães e Antonio Scarance entendem que [...] as garantias constitucionais e as da Convenção Americana interagem e se

⁵⁷ VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Castelo Branco: Coimbra editora, 2000. p. 56.

completam; e, na hipótese de uma ser mais ampla que outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais.⁵⁸

Assim, o artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos trata das garantias processuais penais e consolida a aplicação de um regime de liberdade pessoais e justiça social:

Art. 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

[...]

3.8 Os efeitos da inobservância das garantias constitucionais

O descumprimento ou a inobservância das normas constitucionais geram uma desigualdade com o modelo imposto pela Constituição Federal, levando fatalmente ao fenômeno da atipicidade constitucional.⁵⁹

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no Processo Penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p.21.

Os preceitos constitucionais dotados de relevância processual possuem a natureza de normas de garantia, aquelas que a Constituição Federal consagra como garantia das partes e do processo.⁶⁰

Vale salientar que, os preceitos inseridos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos também são normas de garantia com mesmo nível hierárquico das constitucionais.

Conforme demonstrado, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães e Antonio Scarance ressaltam que:

Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal” como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. [...] constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.⁶¹

Perceptível, portanto, que a violação aos preceitos maiores, quando vista de uma dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, importa sempre em nulidades absolutas, por se tratar de inobservância de direitos fundamentais e normas de ordem pública.

Nestes termos, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães e Antonio Scarance destacam que [...] as garantias constitucionais-processuais mesmo quando

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no Processo Penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 23.

⁶⁰ GRINOVER; FERNANDES; FILHO. *Op.cit.* p.21.

⁶¹ GRINOVER; FERNANDES; FILHO. *Ibidem*, p. 22.

aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal.⁶²

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no Processo Penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 23.

4 ANÁLISE DA INTELIGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Vistas as questões principais, passaremos a analisar as questões mais interessantes do tema e verificar como os tribunais superiores têm decidido a respeito.

Cumprе salientar que, quando da análise jurisprudencial a respeito do tema abordado no presente trabalho, verificou-se que os tribunais superiores não alcançaram entendimento pacífico. A falta de unicidade se verifica, tendo em vista que, impreterivelmente, a análise da questão se dará de forma casuística. Assim, para melhor entendimento, iremos analisar cada ponto pertinente ao tema e trazer as especificidades de cada caso com a fundamentação formulada individualmente, por Ministro.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça a primeira questão que nos propomos a comentar é a possibilidade ou não de denúncia, tratando-se de crimes societários, que não individualize ou descreva as diversas condutas dos agentes, ou seja, nos casos em que a denúncia não especifica a contribuição pessoal de cada denunciado para a prática do fato criminoso que narra.

Em se tratando desta primeira questão, há uma grande tendência jurisprudencial em se acatar a tese de denúncia inepta formulada pela defesa. O Ministro Nilson Naves, por exemplo, em Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 16.135 – AM, entendeu que mesmo existindo um entendimento de que a denúncia não precisa individualizar a conduta de cada agente, o denunciante, Ministério Público, tem o dever

de expor ou apresentar uma proposta de acusação de modo a permitir que o acusado possa se defender. Além disso, o Ministro afirma que a denúncia formal deve se referir à maneira como os agentes praticaram a ação, ou se omitiram, e dessa forma não incorrer em omissão e afronta à lei processual (artigo 41 CPP).⁶³

Em idêntico caso, o Ministro Nilson Naves também já decidiu que:

[...]exige-se de tal peça – narrativa e demonstrativa – informações precisas sobre as pessoas que praticaram o fato (quis) bem como informações relativas aos meios empregados (quibus auxiliis), donde se constata, aqui, deficiências que comprometem a ordem formal.⁶⁴

No mesmo sentido, o Ministro Hamilton Carvalhido já se pronunciou, atentando para o fato de que, mesmo tratando-se de crimes societários em que há um contrato social indicando quem exerce a gestão da empresa, a denúncia não pode ser omissa no momento de descrever as condutas dos acusados. O relator, em seu voto, sustenta que:

Atribuir responsabilidade penal à pessoa física que não tenha praticado a ação típica ou concorrido, de qualquer modo, objetiva ou subjetivamente, para a sua prática ou, no caso de ação típica em que o sujeito ativo seja pessoa jurídica, pela só qualidade que nela tenha a pessoa física, independentemente da existência de qualquer vínculo, objetivo ou subjetivo, com a conduta criminosa, é recolher, no mais primitivo, a responsabilidade penal objetiva que transigia até mesmo com o fato de terceiro e que, em qualquer das suas expressões penais, se mostra inconciliável com o Estado de Direito e com o Direito Penal, cujas essências recolhem, como elemento próprio, a democracia.

In casu, o juízo da autoria dos delitos, que determinou a definição dos destinatários da acusação, encontra fundamento, não, na prova da prática ou da participação da ou na ação criminosa, mas apenas na posição dos pacientes na pessoa jurídica, fazendo-se definitiva a ofensa ao estatuto da validade da denúncia (Código de Processo Penal,

⁶³ STJ RHC 16.135/AM, Relatoria Ministro NILSON NAVES, 6ª Turma, julgado em 24/06/2004, publicado no DJ de 23/08/2004.

⁶⁴ STJ AgRg no RESP 1.094.768/PR, Relatoria Ministro NILSON NAVES, 6ª Turma, julgado em 16/06/2009, publicado no DJ de 28/09/2009.

artigo 41), consistente na ausência da obrigatória descrição da conduta de autor ou de partícipe dos imputados.

Assim decididas — e de modo definitivo — as posições dos imputados na denúncia só e só pelas suas condições ostentadas estatutariamente na pessoa jurídica, não têm aplicação na espécie os suplementos do Excelso Supremo Tribunal Federal no sentido de que *"(...) nos crimes societários, não se faz indispensável a individualização da conduta de cada indiciado, discriminação essa que será objeto da prova a produzir-se na ação penal."*

Pelo exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É O VOTO. ⁶⁵

Cabe trazer à análise, entendimento da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, diverso do acima exposto, que conclui pela possibilidade de denúncia que genericamente expõe as condutas dos acusados nos casos de crimes societários ou de autoria coletiva. Entende a Ministra que, a denúncia deve apresentar “um mínimo de causalidade entre a conduta do paciente e o crime imputado” e que as demais particularidades devem ser apuradas de forma oportuna no decorrer da instrução criminal. ⁶⁶

Outra questão que merece destaque ao analisarmos a presente matéria é a possibilidade de se dispensar da denúncia a descrição das condutas do agentes nos casos em que todos os sócios denunciados façam parte do contrato social da empresa, sem que se incorra em incidência de responsabilidade penal objetiva.

Sobre tal questão, a Ministra Maria Thereza afirma que quando a denúncia se pauta em contrato social da empresa que indica expressamente que a gestão

⁶⁵ STJ RESP 175. 548/GO, Relatoria Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, julgado em 13/03/2001, publicado no DJ em 13/08/2001.

⁶⁶ STJ RHC 20.109/MG, Relatoria Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, julgado em 01/09/2009, publicado no DJe em 19/10/2009.

é exercida por todos os sócios, não se pode acolher a alegação de que a imputação resvalaria o princípio da responsabilidade penal.⁶⁷

Importante ressaltar que tal entendimento leva à errônea conclusão de que uma pessoa, pelo simples fato de pertencer à diretoria de uma empresa, possa ser responsabilizada pelo crime praticado no âmbito desta.

No mesmo processo, o Ministro Celso Limongi suscitou uma questão deverás importante, a sua preocupação com a aceitação, pela jurisprudência dos tribunais superiores, da modalidade de denúncia que não individualiza a conduta de cada sócio. Acredita o magistrado que com tal entendimento, o Judiciário está sendo complacente em relação às imputações genéricas e dando seu consentimento quanto as falhas do Estado-Administração. Entretanto, para o Ministro, permitir este entendimento seria desconsiderar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, impedindo a defesa do réu.⁶⁸⁶⁹

Nesse sentido, em RHC 24. 515 – DF, o Ministro Celso Limongi já afirmou em seu voto:

Sabemos que um mesmo crime pode ser desdobrado em várias ações diversas e, se não for feita a correta delimitação de cada uma delas, impossível se torna não só a defesa dos envolvidos como a apuração do fato criminoso e a consequente e correta responsabilização de cada um dos autores e (ou) partícipes, pois o artigo 29 do Código Penal estabelece que ambos incidem nas penas cominadas aos crimes, **mas na exata medida de suas culpabilidades.**

Não há dúvida de que, em se tratando de crimes societários, muitos

⁶⁷ STJ RHC 20.109/MG, Relatoria Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, julgado em 01/09/2009, publicado no DJe em 19/10/2009.

⁶⁸ STJ RHC 20.109/MG, Relatoria Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, voto-vista do Min. Celso Limongi, 6ª Turma, julgado em 01/09/2009, publicado no DJe em 19/10/2009.

⁶⁹ No mesmo sentido: HC 53.305/SP; HC 134.044; HC 63.753/PA; HC 23.819/SP.

são os julgados que vêm dispensando o autor da peça vestibular de individualizar a conduta de cada um dos diretores. Mas, descrição assim vaga é forma de cerceamento de defesa e, pois, de nulidade *ab initio* da ação penal.

Cumprе salientar que, nos casos em que se decide pela inépcia formal da denúncia, o magistrado sempre deixa registrado que outra denúncia poderá ser novamente oferecida, desde que preenchidos os requisitos legais do artigo 41 do Código de Processo Penal.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência sobre a questão da peça acusatória genérica nos crimes societários têm sido no sentido de que seria inadmissível haver o prosseguimento de uma ação penal que se funde em denúncia que não especifica o nexo de causalidade imputável aos agentes.

Nesse sentido, o Ministro Eros Grau, em HC 93.683 – ES, já alertou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de entender que a descrição genérica da conduta dos agentes em crimes societários viola o princípio da ampla defesa. A denúncia, no entender do Ministro, não deve fundar-se tão-somente na circunstância do réu constar no quadro societário da empresa, ou seja, deve a acusação individualizar a conduta e indicar o nexo de causalidade entre esta e o delito de que se trata.⁷⁰

Sobre a violação de princípios constitucionais ao se admitir uma denúncia genérica nos crimes societários, o Ministro Celso de Mello já se manifestou, no HC 84.580 – SP, no sentido de que:

⁷⁰ STF HC 93.683/ES, Relatoria Ministro EROS GRAU, 2ª Turma, julgado em 26/02/2008, publicado no DJe de 25/04/2008.

Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.⁷¹

Entretanto, verifica-se que a jurisprudência no referido tribunal tem se dividido bastante quanto ao tema. Inclusive, os Ministros Menezes de Direito e Dias Toffoli já se pronunciaram no sentido de que tratando-se de crimes societários, quando a denúncia traz condições efetivas de defesa pelo acusado, não deverá ser considerada inepta.⁷²

Dessa forma, resta evidente que o atendimento, ou não, do artigo 41 do Código de Processo Penal, há de ser analisado caso a caso e verifica-se, portanto, a não existência de um entendimento pacífico sobre o tema.

⁷¹ STF HC 84.580/SP, Relatoria Ministro CELSO DE MELLHO, 2ª Turma, julgado em 25/08/2009, publicado no DJe em 18/09/2009.

⁷² STF HC 90.326/RS, Relatoria Ministro MENEZES DE DIREITO, 1ª Turma, julgado em 11/12/2007, publicado no DJe em 29/02/2007 e HC 96.608/PE, Relatoria Ministro DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, julgado em 03/11/2009, publicado no DJe em 04/12/2009.

CONCLUSÃO

A questão da admissibilidade da denúncia genérica nos crimes societários sempre foi alvo de calorosos debates. De um lado temos a dificuldade com que se defrontam os órgãos de investigação e o Ministério Público em adentrar o íntimo das empresas e constatar as deliberações que levaram ao cometimento do crime, e do outro lado temos a violação direta à várias garantias constitucionais.

Dessa forma, para melhor entendermos a questão, iniciamos o trabalho analisando a denúncia criminal, peça que traz o conteúdo da acusação e que delimita a pretensão punitiva do Estado. O artigo 41 do CPP é extremamente claro ao estipular os elementos que devem estar contidos na denúncia para que esta seja recebida pelo Magistrado.

Há que se salientar que a imputação decorre, obrigatoriamente, da narração feita pelo Ministério Público na inicial acusatória. Sendo o Ministério Público também *custos legis*, não pode este, em hipótese alguma, desrespeitar o texto da lei. Assim, o Ministério Público, ao elaborar uma denúncia sem indicação específica das condutas dos agentes e sem as circunstâncias necessárias contraria fatalmente o artigo 41 do CPP e viola diversas garantias colocadas à disposição do acusado.

Afinal, a denúncia decorre da necessidade de levar ao conhecimento do acusado que existe uma ação penal em curso, para que, sabendo a acusação que lhe é feita, possa realizar sua ampla defesa. Trata-se, portanto, de uma correta exigência correlacionada diretamente com o princípio garantista.

Torna-se perceptível, então, que ao não individualizar as condutas, o acusado fica impossibilitado de tomar conhecimento da extensão da acusação, o que cria uma insegurança jurídica ao se constatar a existência de acusações baseadas, muitas vezes, em meras presunções. Vale frisar que tal prática seria admitir, em nosso ordenamento, a presunção de culpa, completamente incabível no Direito Penal brasileiro, que adota a responsabilidade subjetiva.

Além disso, a denúncia genérica pressupõe uma falha do Estado-administração no procedimento investigatório e a aceitação de uma imputação vaga e imprecisa seria agir com complacência e incentivar a violação de garantias constitucionais.

Cabe frisar que a principal consequência da imputação genérica se verifica no âmbito constitucional. Ante a falta de descrição pormenorizada da participação de cada acusado no ato ilícito e suas características, não há como o acusado defender-se, violando, assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório, resultando em um verdadeiro desrespeito ao devido processo legal.

Sendo assim, a aceitação da acusação deficiente fere ainda o princípio da presunção de inocência. Ao não obrigar o denunciante a comprovar a culpabilidade dos acusados há, conseqüentemente, uma inversão do ônus da prova ao passo que a defesa terá de comprovar ainda, a sua própria inocência.

Perceba-se assim, que inicialmente pode parecer de suma importância a repressão à criminalidade econômica, mas o que não se pode olvidar é que tal admissão resultaria na violação de diversos princípios e direitos fundamentais.

Diante do exposto, conclui-se que a aceitação da denúncia genérica, que não descreve os fatos na sua devida conformação, conduz fatalmente a insegurança jurídica, pois admite a acusação baseada em mera presunção de culpa por serem os acusados sócios, e nos afasta claramente de um modelo processual democrático e baseado nas garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

Código Penal

Código de Processo Penal

CONTI, José Mauricio; DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Crimes contra a ordem tributaria*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. *Relatório do XIX simpósio Fátima Fernandes de Souza Garcia e Vittorio Cassone*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Constituição Federal de 1988.

Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da Ação Penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo Constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda, 1985.

JESUS, Damásio E. de. *Novíssimas questões criminais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed., 2. tir. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 3. atual: Eduardo Reale. Guilherme Madeira Dezem. Campinas: Millenium, 2009. vol.2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed., 2. tir. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, vol. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. rev., atual e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de*

capitais, crime organizado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRATES, Renato Martins. *Acusação genérica em crimes societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. in *Processo Penal*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009. vol. 1.

TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Castelo Branco: Coimbra, 2000.