



X. SENTENÇA E DENÚNCIA GENÉRICA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

X. GENERAL SENTENCE AND DENUNCIATION IN TAX CRIMES

Luiz Iatagan Cavalcante Rocha¹

Recebido em: 12/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018

RESUMO: O presente trabalho busca analisar no campo da validade as denúncias genéricas do Ministério Público, bem como e as sentenças também genéricas no que concerne aos crimes societários em si, sejam eles praticados por seus sócios ou não. Cabe ao membro do ministério público o papel de acusador, devendo ao mesmo a responsabilidade constitucional de fiscalizar a lei e ingressar com a ação penal cabível, obedecendo sempre pressupostos intrínsecos de validade esculpido no artigo 41 do Código de Processo Penal. Já no que concernem as sentenças do estado-juíz no campo da generalidade, a regra contida no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal determina que ao réu deva ser imputada a conduta criminosa de forma fundamentada sob pena de ferir princípios basilares de nosso ordenamento.

PALAVRAS-CHAVE: Denúncia genérica; Sentença genérica; Crimes tributários; Crimes societários.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze in the field of validity the generic denunciations of the public prosecution, as well as the sentences also generic with regard to corporate crimes per se, be they practiced by its partners or not. The member of the public prosecutor's office has the role of an accuser, and he has the constitutional responsibility to supervise the law and to initiate the appropriate criminal action, always obeying the intrinsic prerogatives of Article 41 of the Code of Criminal Procedure. Regarding the judges' decisions in the field of generality, the rule contained in article 93, section IX of the Federal Constitution, establishes that the defendant should be charged with criminal conduct in a reasoned manner, failing to violate basic principles of our law.

KEYWORDS: General complaint; Generic sentence; Tax crimes; Corporate crimes.

INTRODUÇÃO

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Ensino Superior do Ceará (2011). Foi membro da comissão de defesa do consumidor - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará (2016-2017), é titular da sociedade de advogados denominada CAVALCANTE ADVOGADOS ASSOCIADOS. Tem experiência na área de Direito do Consumidor, Trabalhista e Direito de Família. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal (2013-2014) e Pós Graduando em Direito Processual Civil (2018-...). Link para o lattes: <http://lattes.cnpq.br/8710605319731292>

Como é sabido em todo o mundo jurídico, cabe ao membro do Ministério Público oferecer a sua peça acusatória, denominada Denúncia, a fim de responsabilizar criminalmente o agente infrator, diante do modelo de responsabilidade penal adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

Em virtude da crescente discussão na doutrina e jurisprudência acerca do tema em comento, se faz necessária a abordagem de alguns requisitos sem os quais o Ministério Público estaria impossibilitado de oferecer denúncia sob pena do acusado, estar passível de constrangimento ilegal.

Nesse passo, torna-se imperioso a definição da denúncia no direito penal que é:

[...] o ato no qual o representante do Ministério Público apresenta sua acusação perante a autoridade judicial competente para julgar o crime ou contravenção descrita nessa petição. A denúncia é a peça inicial dos processos criminais que envolvam crimes de ação pública, ou seja, naqueles em que a iniciativa do processo judicial é do Ministério Público.²

Norteiam principalmente nosso ordenamento jurídico os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, bem como os artigos 8º, item 2, letra "b", da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica e art. 41 do Código de Processo Penal:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

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;

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá 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.³

² NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005

³ BRASIL. DECRETO Nº 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 15 de maio 2018

De sorte que compete ao Ministério Público esmiuçar no transcorrer de sua peça acusatória, em qualquer âmbito que seja, inclusive nos crimes societários, todas as ações comportamentais do agente, que subsomem-se aos preceitos legais que por ventura tenham sido vilipendiados.

1 DENÚNCIA GENÉRICA CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA

Porém, se observa que na maior parte das denúncias no que diz respeito aos crimes contra a ordem econômica tributária, não se imputa ao denunciado conduta criminosa. Na quase totalidade dos casos, atribui-se a responsabilidade a determinado agente por figurar na qualidade de administrador da organização empresarial, e não pela prática, quando no exercício da gerência, de algum comportamento que se coadune a um dado tipo penal.

Por conta disto, existe uma lei federal na qual determina que a denúncia ou queixa “conterá” os elementos aí dispostos, ou seja, é imperativo o preceito e indeclinável o mandamento. Uma coisa é expor o fato criminoso, outra é a narração de todas as circunstâncias que envolveram o crime. A narração deve conter os motivos do ato criminoso apontado.

Atualmente, diante do modelo de responsabilidade penal admitido em nosso ordenamento jurídico, lastreado nos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal e da presunção de inocência, compete ao Ministério Público descrever pormenorizadamente no bojo da denúncia os comportamentos que, atribuídos ao agente, encaixam-se à prescrição dos preceitos legais em tese violados, inclusive nos chamados crimes societários.

No entanto, vem se tornando comum o oferecimento de denúncia em relação a crimes societários, imputando-se conduta criminosa ao denunciado pelo simples fato de o agente figurar no contrato social da organização empresarial, e não pela prática de fato ilícito que se adapte ao tipo penal. Isso dá ensejo à denúncia genérica, que, segundo Hugo de Brito Machado, tem o seguinte conceito: “A *denúncia nos crimes de autoria plural ou*

cometidos por pessoa jurídica, na qual não se pode individualizar a conduta de cada um dos denunciados.⁴

Leciona ainda com grande maestria sobre o tema Hugo de Brito Machado:

Embora dispensável a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado nos crimes de autoria coletiva, é imprescindível que a denúncia estabeleça vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa. O posicionamento é da Quinta Turma do STJ, proferido no HC 214.861-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 28/2/2012 (Info 492).⁵

Concluiu ainda a Quinta Turma do STJ pela inépcia formal de uma inicial acusatória que, em crime de autoria coletiva, deixou de demonstrar o efetivo nexo de causalidade entre a conduta e os crimes imputados.

Não é possível que se faça uma descrição dos fatos mediante a qual não seja possível chegar-se a um mínimo vínculo existente entre o crime e o acusado. Assim é que a jurisprudência vem se posicionando: *“faz-se necessário explicitar-se minimamente o nexo entre a conduta, o acusado e o resultado ilícito”* (HC 88.600/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Levandowski, DJ de 09/03/2007).⁶

Ante o exposto, não é legítima uma denúncia temerária, feita sem um mínimo de investigação processual, de modo que devem ser recusadas, desde logo, do polo passivo da ação penal os agentes que estejam inseridos no contrato social não tenham qualquer poder de decisão. No tocante a este assunto, nossos Tribunais Superiores têm se manifestado:

CRIMINAL. HC. DESCAMINHO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. IMPUTAÇÃO BASEADA NA CONDIÇÃO DE SÓCIO DE EMPRESA. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DO PACIENTE COM OS FATOS DELITUOSOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. Hipótese em que o Ministério Público imputou ao paciente a suposta prática dos crimes previstos no art. 1º, incisos I e II da Lei nº.8.137/90, arts. 334, § 1º, "c" e 288 c/c art. 29 e 69, do Código Penal, pois, na condição de sócio-administrador da empresa, teria importado mercadorias acabadas para a Zona Franca de Manaus, falsamente declaradas como insumos para industrialização, e realizado a distribuição

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002

⁵ STJ - HC 214.861-SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 28/2/2012 (Info 492).

⁶ STJ - HC 88.600-SP, Rel. Ministro RICARDO LEVANDOWSKI, Primeira Turma, DJ de 09/03/2007

de tais mercadorias para o resto do país como se tivessem sido produzidos naquela localidade, como forma de usufruir de regime tributário especial. O entendimento desta Corte de que não se exige, nos crimes societários, a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada. O simples fato de ser sócio, gerente ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia. Precedentes do STF e do STJ. Deve ser declarada a inépcia da denúncia e determinada a anulação da ação penal em relação ao paciente. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 201000840091, GILSON DIPP, STJ QUINTA TURMA, 13/12/2010).

Desta forma, a denúncia deve ser provida de fatos aptos a demonstrar a verossimilhança da conduta imputada ao agente, bem como de elementos esclarecedores de sua autoria.

Note-se que a denúncia vazia fundada em pura presunção viola o artigo 41 do CPP e o princípio da responsabilidade pessoal em matéria criminal, uma vez que não se trata de crime coletivo, sendo necessária a descrição individualizada, ainda que concisa, da conduta típica de cada agente.

Portanto, nosso entendimento é pela impossibilidade do recebimento da denúncia genérica no âmbito dos crimes societários, sem a descrição precisa dos fatos que se vinculem ao evento delituoso narrado na exordial acusatória, o que enseja uma inaceitável suposição de responsabilidade penal objetiva.

Assim, diante da mudança de entendimento jurisprudencial dos nossos Tribunais Superiores conclui-se que apenas o fato de uma pessoa pertencer ao corpo diretivo de uma empresa não habilita o Ministério Público a oferecer denúncia pelo crime ocorrido naquele âmbito.

2 DA SENTENÇA PENAL GENÉRICA NOS CRIMES ECONÔMICOS

Como sabido, diante do modelo de responsabilidade penal adotado pelo nosso ordenamento jurídico, e, principalmente, em vista dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, assim como em vista dos artigos 8º, item 2, letra "b", da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica - compete ao Estado-Juiz proferir o provimento jurisdicional, devidamente fundamentado, vinculando o Réu a conduta criminosa que lhe é imputada em consonância com o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal sem a qual não se viabiliza a ampla defesa nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutro falar: garantia processual que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido⁷.

Admitir a possibilidade da sentença penal genérica, redundaria em se admitir a condenação de alguém pelo simples fato de ser gerente, ou diretor, ou até simplesmente sócio ou acionista de uma sociedade, como se tem visto, é admitir não apenas a responsabilidade objetiva, mas a responsabilidade por fato de outrem, o que indiscutivelmente contraria os princípios do Direito Penal de todo o mundo civilizado.

Ser acionista ou membro do conselho consultivo da empresa não é crime. Logo, a simples invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar sua condenação.

É imprescindível que a sentença penal condenatória contenha a individualização das condutas, que seja declarado o vínculo, o nexos de causalidade entre a conduta criminosa do agente e os fatos criminosos, de modo a viabilizar o contraditório e a impedir a famigerada responsabilidade penal objetiva.

O Direito Penal, mais do que instrumento de controle social, demonstra-se como verdadeira garantia individual de limite ao poder punitivo do Estado. Observar o Direito Penal sob esse ângulo faz com que se perceba que suas disposições não podem sofrer flexibilizações ou abrandamentos que ampliem a possibilidade de punição pelo Estado, sob pena de abertura de precedentes que acabem por percorrer o caminho do autoritarismo penal.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 de maio 2018

3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal essencialmente atua sobre a conduta humana. Interessa-lhe, sobretudo, o comportamento, a ação ou omissão dirigida à realização do fato típico. Por isso se diz que a imputação jurídico-penal está alicerçada, fundada na responsabilidade subjetiva, pois é imprescindível a prova da existência do elemento volitivo que levou ao descumprimento do preceito penal.

Assim, será sempre imprescindível a demonstração de que o agente do fato delituoso agiu com capacidade de culpa, ou seja, que era capaz de entender o caráter de sua ação ou omissão – capacidade de culpa -, sendo-lhe exigido comportamento conforme o Direito, ou seja, capacidade para entender a reprovabilidade de sua conduta.

A responsabilidade subjetiva é, portanto, um dos alicerces do moderno direito penal, que para além da configuração material do fato típico, tem por missão investigar o comportamento humano e, logo, o elemento subjetivo que é próprio de cada um dos tipos de injusto penal e inerente à pessoa natural.

De qualquer modo, pode-se afirmar que o fenômeno moderno da responsabilização da pessoa jurídica ou de seus órgãos (e não mais exclusivamente da pessoa natural) é algo recente no Direito de origem germânico-romano, não no Direito anglo-saxão ou nos países da common law que a adotaram já há mais tempo, na metade do século XIX, devido, sobretudo à expansão das corporations e seu poder econômico e a constatação que em seu nome e interesse eram praticados delitos, como bem relata a doutrina, merecendo destaque Fernando Castelo Branco (*A pessoa jurídica no processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 78), que, ainda a propósito do tema escreve que: “*A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e de alguns outros ‘agrupamentos’, portanto, já era considerada como algo possível, porquanto fora criada sem suscitar controvérsias, sendo, de todo modo, uma criação jurisprudencial naqueles países*”.⁸

Porém, no Brasil, como já ocorreu nos países de mesma cultura jurídica que a nossa, a discussão quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica vem ganhando fôlego, em parte pelas mesmas razões que fizeram o Direito anglo-americano reconhecer a

⁸ BRANCO, Fernando Castelo. *A pessoa jurídica no processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

responsabilidade penal do ente moral, mas, entre nós, a discussão se deve, sobretudo devido à globalização da economia e dos mercados e o fácil trânsito e pulverização dos capitais nacionais ao redor do mundo, muitas vezes com destino certo – “os chamados paraísos fiscais”, que nem sempre recebem dinheiro limpo ou capital lícito.

A economia globalizada e a fácil circulação de capitais, grandemente facilitada pela tecnologia da informação – por exemplo, a possibilidade de realização de transações financeiras infundáveis, por meio da rede “internet” fez surgir outro fenômeno, uma chaga da sociedade moderna, que responde pelo nome de “criminalidade organizada” e que aparece impulsionada nos dias atuais pelo grande aparato operacional e tecnológico posto à sua disposição e facilmente encontrado numa economia globalizada. Nesse cenário, não demorou a que as empresas e corporações fossem utilizadas para a prática de crimes ou exclusivamente criadas para essa finalidade pelo crime organizado. É, portanto, nesse contexto que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se apresenta como algo essencial e imprescindível no combate a essa nova criminalidade, a criminalidade econômica, seja como mais novo instrumento de política criminal, seja como mecanismo de defesa social.

Moisés Naím, jornalista e editor americano, em obra sobre o crime organizado (Ilícito, o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global, tradução Sérgio Lopes, Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR Editor, 2006, p. 155), dentre outras coisas escreve que:

Colecionadores europeus procuram plantas incomuns, como espécies raras de cactos mexicanos. Madeiras sob proteção aparecem em catálogos de móveis de grandes lojas. A demanda por animais de estimação exóticos é cada vez maior, não apenas nos Estados Unidos, que são o principal mercado para extravagâncias como píttons, jiboias, macacos, capivaras, pavões e afins – muitos dos quais deixaram o cativeiro e aproveitam alegremente o clima tropical do sul da Flórida⁹.

Em outra obra sobre o crime organizado, o sociólogo Jean Ziegler afirma que:

Há mais de dois séculos, sociedades democráticas convivem em nosso continente sob a égide de normas livremente aceitas. Hoje elas veem-se ameaçadas de ruína pelos senhores do crime organizado. Os cartéis do crime constituem o estágio supremo e a própria essência do modo de

⁹ Moisés Naím apud ZAHAR Jorge, Ilícito, o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global, tradução Sérgio Lopes, 2006, p. 155.

produção capitalista. Eles se prevalecem grandemente da deficiência imunológica dos dirigentes da sociedade capitalista contemporânea. A globalização dos mercados financeiros debilita o Estado de direito, sua soberania, sua capacidade de reagir. A ideologia neoliberal que legitima – pio: ‘naturaliza’ – os mercados unificados difamam a lei, enfraquece a vontade coletiva e priva os homens da livre disposição de seu destino¹⁰.

É neste cenário histórico que ganhou força a discussão quanto à necessidade de serem criados instrumentos mais eficazes de combate à criminalidade que está “por traz da pessoa jurídica” ou que é praticada sob o seu “escudo protetor”, utilizando-a como meio facilitador para o cometimento de crimes, mudando o paradigma existente nos sistemas jurídicos de cultura germânico-romano que reconhece impedimento à responsabilização penal da pessoa jurídica na premissa de que “o ente moral não pode delinquir porque lhe falta capacidade de conduta”, à ausência, ainda, de vontade própria que lhe permita ter o entendimento dos atos criminosos praticados em seu nome e no seu interesse. Surgiram, nesse contexto, dentre outras, a teoria de que a pessoa jurídica pode delinquir, pois sendo capaz de realizar negócios e praticar atos jurídicos, ainda que por representação de seus diretores, gerentes ou sócios, também pode ter capacidade penal (culpa como “responsabilidade social”), todavia, com a aplicação de reprimenda adaptação à realidade do ente moral.

CONCLUSÃO

Por fim, entendemos que a prevalecer a convalidação da sentença genérica no âmbito dos delitos societários, sem a fundamentação circunstanciada do comportamento do agente, bem como sem a tipificação dos fatos e do direito que o vinculem ao evento delituoso, estar-se-ia a consagrar a inaceitável hipótese da responsabilidade penal objetiva.

Conforme abordado ao longo do presente, a admissão da sentença genérica implica direta violação à segurança jurídica, uma vez incerta; aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, assim como em vista dos artigos 8º, item 2, letra "b", da

¹⁰(Senhores do crime, Tradução Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Editora Record, 2003, p. 15.

Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, bem como, afronta o regramento contido no art. 93.

Reputa-se justa e razoável a preocupação da sociedade e do Poder Judiciário em relação à efetiva repressão à criminalidade econômica, mas os caminhos a serem trilhados para perseguir tal objetivo não devem passar pelo menoscabo a garantias processuais que encontram fundamento na própria Constituição e que representam, em última análise, a salvaguarda da liberdade e da segurança de todos e de cada um dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 15 de maio 2018

BRANCO, Fernando Castelo. A pessoa jurídica no processo penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BRASIL. DECRETO Nº 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm> Acesso em: 15 de maio 2018

BRASIL. STJ - HC 214.861-SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 28/2/2012 (Info 492).

BRASIL. STJ - HC 88.600-SP, Rel. Ministro RICARDO LEVANDOWSKI, Primeira Turma, DJ de 09/03/2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de direito penal tributário**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos tribunais. 2005.

Senhores do crime. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.

ZAHAR, Jorge. **Ilícito, o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global**. tradução Sérgio Lopes, 2006.