

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Pós-Graduação em Direito e Processo Penal

ARNALDO QUIRINO DE ALMEIDA

O Direito Penal Econômico e a Autoria nos crimes contra a ordem tributária praticados em nome e no interesse da pessoa jurídica

São Paulo

2011

ARNALDO QUIRINO DE ALMEIDA

O Direito Penal Econômico e a Autoria nos crimes contra a ordem tributária praticados em nome e no interesse da pessoa jurídica

Monografia de conclusão do Curso de Especialização em Direito e Processo Penal, realizado pelo núcleo de Pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo e que teve por finalidade apresentar o resultado do estudo e pesquisa da doutrina nacional e estrangeira sobre a questão da autoria nos delitos praticados pela pessoa física atuando em nome e no interesse da pessoa jurídica, no âmbito dos crimes contra a ordem tributária.

São Paulo

2011

À minha esposa Elisabete e minha filha Karina,
pelo amor e dedicação.

À minha mãe, com profundo respeito.

Ao meu irmão Edson com admiração.

À avó Júlia (in memoriam), com saudades.

A todos meus amigos diletos.

AGRADECIMENTOS

Alargar conhecimento e agregar valores é algo que não se consegue em trabalho solitário.

É imprescindível, necessária, a contribuição daqueles que sabidamente já percorreram o longo e árduo caminho da pesquisa científica.

Sem o apoio e a sabedoria dos mestres que já por horas se debruçaram em estudar o Direito, por certo a realização do presente trabalho seria de redobrada dificuldade.

Agradeço, assim, aos Professores *Alexis Couto de Brito, Evandro Fabiani Capano, Gilberto Passos de Freitas, José Amado de Souza Faria, Marco Antonio de Barros, Ulisses de Oliveira Gonçalves Junior, Susana Mesquita Barbosa.*

A estes mestres minha profunda gratidão por compartilhar de seu tempo e de seus valiosos ensinamentos.

Criar oportunidades requer perseverança e dedicação, comprometimento com firme propósito de êxito profissional e pessoal. Mas de nada vale o esforço empenhado se não encontramos quem nos ofereça alguma oportunidade.

A Desembargadora Federal *Suzana de Camargo Gomes*, portanto, meus mais sinceros agradecimentos pela oportunidade de estar trabalhando esses anos todos no seu Gabinete, colaborando de alguma forma com sua difícil missão de distribuir Justiça e cuja experiência e aprendizado adquiridos nesse período de convívio por certo em muito facilitaram a realização desta monografia.

Agradeço também a Doutora *Mirian Freire Pereira* pela primeira oportunidade de trabalho e por lançar desde muito cedo a boa semente pelo gosto em estudar o Direito. Seu exemplo de dedicação e seriedade por certo rendeu bons frutos.

“Não pode esperar-se que a norma cumpra a sua função motivadora do comportamento da generalidade dos cidadãos – seja na sua vertente ‘negativa’ de intimidação, seja sobretudo na sua vertente positiva de estabilização das expectativas – se aqueles não puderem saber, através de lei anterior, estrita e certa, por onde passa a fronteira que separa os comportamentos criminalmente puníveis dos não puníveis” (Jorge de Figueiredo Dias).

Resumo

A presente monografia de conclusão de curso tem por objetivo analisar uma questão ainda sem resposta clara e definitiva na dogmática penal brasileira, a saber: existem lacunas de punibilidade nos crimes praticados pela pessoa física em nome (no lugar) e no interesse da pessoa jurídica no Direito Penal brasileiro, principalmente em se tratando de criminalidade tributária?

O trabalho foi conduzido a fim de esclarecer a questão à luz da legislação e doutrina pátria, mas também com um olhar voltado para o direito comparado em países nos quais se buscou construir um sistema mais coerente e ajustado às necessidades de uma nova dogmática penal na matéria.

Antes de adentrar ao objeto central desta monografia, para melhor situá-lo, tratamos de tema como o bem jurídico-penal, coletivo ou difuso e como ele tem sido estudado pela doutrina, bem como sua repercussão e igual importância como instrumento nuclear para a construção do tipo penal, logo, na criminalização de condutas ofensivas à ordem tributária, e porque não também de resto em outros crimes cometidos contra a ordem econômica, matérias que estão na pauta mais recente das discussões no Direito Penal.

Outro tema que repercute na análise da imputação jurídico-penal de condutas delituosas praticadas por dirigentes e representantes legais da pessoa jurídica, porque se refere a dogmática que deve ser observada pelo legislador na elaboração do injusto penal, é aquele no

concernente ao princípio da legalidade ou da reserva legal e, ainda, no tocante à classificação do crime, nomeadamente os crimes especiais, que tem particular incidência no âmbito do Direito Penal Económico e, conseqüentemente, nos delitos tributários, cujos seus fundamentos, objeto e finalidade também são explicitados, situando melhor o desenvolvimento desta monografia.

Por derradeiro, o tema proposto para o trabalho é objeto de análise, com a sistematização de pesquisas e entendimento doutrinário acerca do método de imputação da conduta criminosa aos sócios ou representantes legais do ente coletivo, sua repercussão em relação aos princípios constitucionais da reserva legal ou legalidade, no que respeita a estrutura dos tipos penais voltados à criminalidade tributária, que decorre da metodologia de atribuição da autoria e culpa, utilizada pela legislação penal extravagante, principalmente o artigo 11 da Lei nº 8.137/1990 (Crimes contra a ordem tributária e econômica), propondo, ao final, a necessidade de adequação do sistema de responsabilização penal da pessoa física, nessas circunstâncias, apresentando, ainda, a solução encontrada pelo Direito comparado consubstanciada na construção do instituto denominado de “atuação em nome de outrem”.

Resumen

Esta monografía de conclusión de curso tiene como objeto examinar una cuestión que aún no encuentra respuesta clara y definitiva en la dogmática penal brasileña, es decir, ¿existen lagunas de punibilidad en los delitos cometidos por personas físicas en nombre (o lugar) y en el interés de la corporación en Derecho Penal brasileño, en especial cuando se trata de delito tributario?

El estudio se llevó a cabo para aclarar el asunto a la luz de la legislación y la doctrina patria, sino también con un ojo en el derecho comparado en los países en los que se buscaran construir un sistema más coherente y adaptado a las necesidades de una nueva dogmática penal.

Antes de entrar en el objeto principal de esta monografía, mejor en un principio son tratados temas como lo bien jurídico-penal, colectivos o difusos y cómo ha sido estudiada la materia por la doctrina, así como su impacto y de igual importancia como herramienta para la construcción del delito, por lo que la penalización de la conducta ofensiva en el sistema tributario y por qué no también en el resto de otros delitos contra la economía, son asuntos del orden del día en las más recientes discusiones en Derecho Penal.

Otra cuestión que afecta al análisis jurídica de la imputación penal de las actividades delictivas cometidas por funcionarios y representantes legales de la corporación, porque se refiere a la dogmática que debe ser observada por el legislador en la redacción del

injusto penal es la relativa al principio de legalidad o reserva legal, y también respecto a la clasificación de delitos, incluidos los delitos especiales que tiene un enfoque particular en el Derecho Penal Económico, y por lo tanto en los delitos fiscales, cuyos fundamentos, objeto y fin son también explicitados, poniendo lo mejor el desarrollo de esta monografía.

El tema propuesto en la obra é objeto de análisis con la sistematización de la investigación y la comprensión sobre el método de imputación de culpa en la doctrina a los miembros o representantes legales de la entidad colectiva, su impacto con relación a los principios constitucionales de reserva legal o legalidad en cuanto a la estructura de los tipos de delitos penales relacionados a criminalidad tributaria, que se deriva de la metodología de atribución de la autoría y culpabilidad utilizado por la ley penal extravagante, en especial el artículo 11 de la Ley nº 8.137/1990 (Delitos contra la orden fiscal y económica), sugestionando a final la necesidad de un adecuado sistema de responsabilidad penal de las personas físicas en estas circunstancias, presentando también la solución encontrada por el derecho comparado consagrados en la construcción del instituto jurídico-penal conocido como "actuaciones en nombre de otro".

SUMÁRIO

Introdução, 11

- 1** O bem jurídico-penal e criminalidade econômica, 14
 - 1.1 Bem jurídico-penal: definição e fundamentos, 14
 - 1.2 Bem jurídico-penal coletivo ou difuso, 29
 - 1.3 Proteção de interesses difusos e coletivos e crimes econômicos, 36
- 2** O Direito Penal Econômico na atualidade, 42
 - 2.1 Fundamentos do Direito Penal Econômico, 42
 - 2.2 Evolução conceitual do Direito Penal Econômico, 46
 - 2.3 Finalidade do Direito Penal Econômico, 48
- 3** Princípio da reserva legal e criminalidade econômica, 51
 - 3.1 Princípio da reserva legal, 51
 - 3.2 Flexibilização e rigidez da lei penal, 57
 - 3.3 Norma penal em branco, 65
- 4** O crime e sua classificação, 76
 - 4.1 Definição de crime, 76
 - 4.2 Fato típico, 79
 - 4.3 Crime comum e crime especial, 83
- 5** Autoria nos crimes contra a ordem tributária, 91
 - 5.1 Crimes praticados em nome e no interesse da pessoa jurídica, 91
 - 5.2 Crime tributário: conceito, fundamentos, sujeito ativo do delito, 95
 - 5.3 Responsabilidade penal da pessoa física nos crimes tributários e a atuação em nome ou no lugar de outrem, 105

Conclusão, 141

Referência bibliográfica, 145

Introdução

O Direito Penal Econômico no Brasil está em plena construção. Hoje convivemos com inúmeras leis extravagantes que objetivam conferir maior segurança jurídica e higidez aos diversos segmentos da economia, tutelando o mercado e a livre concorrência, o sistema financeiro nacional, a capacidade arrecadatória do Estado, as relações de consumo, a sustentabilidade do meio ambiente em face da necessidade de manutenção da capacidade de produção de bens, para ficar nos exemplos que mais se destacam quando se trata de criminalidade econômica.

Além das diversas questões que têm surgido em torno da tentativa de formulação de uma Teoria Geral do Direito Penal Econômico, aquela que mais tem despertado a atenção dos juristas e vem sendo foco de pesquisas na tentativa de aprimorando da dogmática penal, sobretudo no Direito Penal da Europa, de mesma tradição jurídica que a nossa, é a questão da autoria nos crimes que são praticados em nome e no interesse da pessoa jurídica, problema que, a princípio, para se chegar a uma solução de bom termo, deve ser solucionado em certa medida rompendo-se com categorias penais clássicas ou então com a reformulação do pensamento acerca de institutos consagrados e mesmo incrustados no Direito Penal tradicional.

E pensamos que, o aprimorando do instituto da autoria em se tratando de criminalidade tributária e econômica praticado no âmbito e no interesse do ente coletivo também implica, necessariamente, em outra questão igualmente polêmica: saber da conformação e legitimidade de responsabilizar-se penalmente a pessoa jurídica nos crimes econômicos

nos quais figuram como agente do fato delituoso, do ponto de vista da análise estrutural do tipo penal, ou se preferirmos, a partir do estudo do princípio da reserva legal e os desdobramentos daí decorrentes, em especial no que respeita à verificação da autoria ou à constatação de quem, de um lado, possui a capacidade de realização da conduta típica, segundo os elementos que se extrai do próprio tipo penal, no seu aspecto formal e material, e de outro, daquele que de fato praticou a ação típica, ou, se preferirmos, quem executou materialmente o crime.

E tal questionamento encontra sede mais apropriada em matéria de criminalidade econômica e tributária, posto que os fatos são, em regra, praticados pela pessoa jurídica não pelos sócios ou representantes legais da mesma. É que há crimes que são qualificados por elementos ou circunstâncias especiais, sejam tais elementos relacionados ao sujeito do crime, sejam eles relacionados a certas circunstâncias do fato delituoso.

Nessa ótica, para que seja imputada determinada conduta ao sujeito do crime, é necessário que ele preencha esse elemento “qualificado” do tipo penal, ou, por outro lado, que esse elemento especial possa ser subsumível naquele que pratica o injusto penal. E por vezes não é perfeitamente identificável tais elementos naquele a quem a figura típica é dirigida, o agente que deve se comportar conforme o direito, logo, em certa medida, se conduzir de modo a não violar, ofender ou causar dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal e referenciado a alguma qualidade específica que torna determinados agentes e não outros os destinatários do dever de não contrariar aquela específica norma penal.

Parece-nos que são exemplos do quanto aqui se expôs: os crimes contra a ordem tributária, quando o sujeito passivo ou o devedor do tributo (ou o substituto tributário) é a pessoa jurídica (Lei nº 8.137/1990, artigos 1º e 2º). Também nos crimes contra a ordem econômica, notadamente o crime de abuso do poder econômico com o fim de dominar o mercado ou eliminar a concorrência (Lei nº 8.137/1990, artigos 4º e 5º).

Em tais casos, para ficar só nesses exemplos, o elemento especial ou qualificado exigido pelo tipo penal somente poderá ser subsumido àquele que tem relação fática e jurídica diretamente referenciada pelo bem jurídico ou ao objeto jurídico do delito. Nessas circunstâncias sempre que esse elemento qualificado se apresentar na pessoa jurídica, segundo pensamos, não haveria como se responsabilizar penalmente a pessoa física, já que esta mantém relação distante do delito, considerado que a pessoa física não é detentora daqueles elementos especiais ou qualificados que fazem parte do injusto penal.

Estas são as questões que se pretende tratar no presente trabalho, sem antes deixar de passar por elementos essenciais de Teoria Geral do Direito Penal, tais como a noção de bem jurídico-penal (também os de natureza coletivos ou difusos); os fundamentos e finalidade da tutela penal em matéria de criminalidade econômica; o princípio da legalidade ou reserva legal no contexto desse mesmo fenômeno criminógeno e, por fim, a classificação dos crimes, com ênfase na categoria dos crimes especiais.

1. O bem jurídico-penal e criminalidade econômica

1.1 Bem jurídico-penal: definição e fundamentos

O legislador, para alcançar incriminar comportamentos que possam se enquadrar no conceito de injusto penal, deve se mirar na busca dos valores que são mais caros à sociedade, no seu modo de vida e estar atento aos padrões éticos e culturais de sua comunidade, da sociedade que integra. Por certo que a norma penal não poderá criminalizar meramente desvios de comportamentos éticos, senão que a conduta para muito além de ferir o padrão ético, pela gravidade da transgressão mereça o repúdio da sociedade e seja intolerável a ponto de ensejar o desmantelamento de um modo de vida ou da própria paz social.

Mas o conteúdo do injusto penal não poderá ser expressão de todo e qualquer valor experimentado pela sociedade. A lei penal somente poderá ser expressão última de desvios de comportamentos, visando reprimi-los ou sancioná-los, quando outros mecanismos de correção não logrem êxito como instrumento de prevenção e repressão social e fracassarem no seu desiderato de preservação da ordem e paz social. Daí porque é limitado ou delimitado o alcance da norma penal, devido principalmente ao seu caráter fragmentário e subsidiário para a tutela de valores ou interesses de uma dada comunidade.

O Direito Penal se preocupa, em certa medida, com valores que possuam repercussão na esfera jurídica do cidadão, razão porque são excluídos de seu campo de atuação simples desvios de

comportamento moral. Como bem afirmou Toledo (2002, p. 12) o Direito Penal “não pode colocar-se em oposição aos valores morais dominantes”. E ao eleger valores com repercussão jurídica, o Direito Penal moderno utiliza-se da técnica de proteção de bens jurídicos, que são, por assim dizer, a expressão dos valores tidos por indissociáveis e inseparáveis da sociedade – o objeto de proteção da norma penal.

Devido ao caráter subsidiário e fragmentário da norma penal, o legislador somente eleva à categoria de crime condutas que afrontem a ordem pré-estabelecida e violadoras de bens jurídicos, que possam causar dano ou perigo de lesão a valores preponderantes e fundamentais da sociedade, tais como a vida (homicídio, lesão corporal), o direito de propriedade (roubo, furto, apropriação indébita), a atividade financeira do Estado e a higidez das finanças públicas (sonegação fiscal, apropriação indevida de tributos), a sustentabilidade do meio ambiente (crimes contra a fauna e a flora, patrimônio cultural), o sistema de crédito, consumo, livre comércio e meio de pagamentos (crimes contra a ordem econômica e financeira) etc.

Nessas hipóteses, outros ramos do direito que são dotados de regime de persuasão ou instrumentos de coação menos rigorosos e que não tem na pena restritiva de liberdade seu principal instrumento de repressão, poderiam falhar na tutela de bens jurídicos colocando em risco a paz social.

Essa característica da norma penal como direito de *ultima ratio* foi enfatizado por Toledo (2002, p. 14) para quem o Direito Penal tem esse caráter limitado, destacando seu duplo aspecto: ser norma subsidiária na proteção de bens jurídicos, estando sua atuação condicionada à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial, sem

que com isso seja negada a autonomia do Direito Penal, “reduzindo-o à condição de mero sancionador de ilícitos construídos em outras áreas do direito”.

Esse mesmo aspecto da norma penal é novamente ressaltado por Toledo (2002, p. 15), quando, aduzindo ser o Direito Penal fragmentário, afirma que existe uma infinidade de fatos ilícitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, todavia somente os mais graves serão objeto de interesse para efeito de criminalização, para depois ressaltar que “na construção do injusto típico penal”, o ordenamento opera de forma autônoma sem qualquer dependência de outros ramos do Direito e explicita tal circunstância afirmando que o Direito Penal utiliza-se de conceitos que podem ser extensos ou cercados de outras especificidades diversas daquelas consideradas pela norma extrapenal e cita o caso do crime de estelionato, no qual o conceito de posse não é o mesmo que lhe empresta o direito civil, lembrando ainda o conceito de coisa móvel no crime de furto, onde sucede situação semelhante.

Mas, por oportuno, não deve a norma penal se descurar de elementos ou conceitos que não lhe são próprios a fim de alterar a natureza das coisas tão-somente para atender a finalidade de política criminal ou conveniência do legislador penal, ou ainda, de adequação da figura típica, a fim de facilitar a persecução penal e a produção de prova em desfavor do réu, até mesmo como técnica de indevida inversão do ônus da prova ou que possa implicar em dificuldade de transpor o artificialismo exagerado do conceito adotado na construção do injusto penal, relegando totalmente a natureza das coisas, embora saibamos que o tipo penal possa ser também formado por meio de elementos normativos.

São exemplos do quanto aqui se afirma os crimes contra a ordem tributária, contra o meio ambiente, contra a ordem econômica e o sistema financeiro, cujos tipos penais se valem em grande medida de elementos informadores que não são típicos do Direito Penal, mas sim de outros ramos do Direito, como de fato acontece com o conceito de devedor do tributo ou de sujeito ativo e passivo da relação jurídico-tributária que é subjacente aos crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita de tributos e porque não dizer mesmo do conceito de “tributo devido”, que não são específicos do Direito Penal, mas sim do Direito Tributário. Também nos casos dos crimes contra as relações de consumo, no tocante ao correto alcance dos conceitos de consumidor, fornecedor, produtor, etc.

De sorte que, ao final, para perquirir se houve violação ou afronta ao bem jurídico-penal, notadamente nos últimos exemplos mencionados, é sempre imperioso fazer um trabalho de hermenêutica que busque o melhor sentido da norma penal também à luz de outros ramos do Direito, se daí for proveniente os elementos e conceitos que compõem o tipo penal, sem que isso signifique a descaracterização da norma penal em si mesma, nem mesmo indevida subordinação do Direito Penal a outras normas não pertencentes à sua esfera própria, ou, como bem esclareceu Toledo (2002, p. 14) que, após ressaltar que tal ordem de idéias não implica na negação da autonomia do Direito Penal e também não representa caracterizá-lo como direito sancionador de ilícitos “construídos em outras áreas do direito”, afirmou:

Ao confiná-lo dentro de certos limites, situando-se harmoniosamente no ordenamento jurídico total, não pretendemos outra coisa senão extrair as conseqüências lógicas da definição de um dos elementos do conceito de

crime – a ilicitude ou antijuridicidade – ou seja, ver no crime a relação de contrariedade entre o fato e o ordenamento jurídico no seu todo. Que quer isso dizer? Quer dizer que se, de um lado, nem todo fato ilícito reúne os elementos necessários para subsumir-se a um fato típico penal, de outro, o crime deve ser sempre um fato ilícito para o todo do direito.

Por isso pode-se afirmar que na análise do bem jurídico que o Direito Penal pretende tutelar, não é equivocado falar-se numa relação de mútua referência em relação aos valores fundamentais consagrados pela sociedade considerada e reconhecidos pelo Direito como tal, seja o valor fundamental tutelado por via direta da norma penal, ou exclusivamente por ela ou, ainda, quando seja objeto de tutela primacialmente por outros ramos do Direito e pela norma penal somente em caráter subsidiário, devido, sobretudo, a natureza de norma de *ultima ratio*, que lhe é inerente.

Toledo (2002, p. 15), a respeito, escreveu que “não se deve afastar a hipótese de ter o Direito Penal, excepcionalmente, que ‘adiantar-se’ na incriminação de fatos danosos para os quais não se haja encontrado solução adequada em outras áreas extrapenais”, advertindo, outrossim, que, embora sejam casos raros e sem negar a regra geral, merecem ser tratados com cautela a fim de que não sejam criminalizadas condutas que, embora reprováveis, tenham duvidosa repercussão para o Direito Penal.

Nesse desiderato, imprescindível ao legislador perquirir sobre quais os valores fundamentais mais caros à sociedade e aos seus indivíduos que efetivamente são merecedores da tutela do Direito Penal

(aspecto material do princípio da reserva legal). Buscará se servir de nortes ofertados não somente pela Política Criminal, mas, sobretudo, deverá se mirar naqueles valores expressamente ou implicitamente grafados na Constituição Federal, podendo-se dar destaque, dentre outros, aos princípios que seguem:

Princípio da ofensividade (lesividade) da conduta: como núcleo fundamental e garantidor do cidadão contra redução excessiva de um direito constitucional (dentre os quais se encontra o direito à manutenção de sua liberdade pessoal e de locomoção), quando em conflito ou em confronto com outro direito dotado também de dignidade constitucional como expressão do Estado Democrático de Direito e dele derivado podemos destacar o princípio da proporcionalidade (e razoabilidade), regra de ponderação de valores constitucionais e instrumento de hermenêutica.

Do princípio da proporcionalidade-razoabilidade decorre o princípio geral em Direito Penal da ofensividade e lesividade – a conduta criminosa deve repercutir no bem jurídico-penal, causando-lhe dano efetivo ou potencial risco de lesão, daí a se afastar o mero juízo de presunção de perigo de dano. A restrição da liberdade pessoal, em qualquer de suas formas de senti-la, não se coaduna com a imputação de “delitos de presunção”. Na ponderação de valores constitucionais, os fins não justificam os meios. O Direito Administrativo, por exemplo, possui instrumentos mais consentâneos com a realidade de determinadas condutas quantitativa e qualitativamente sem relevância penal (produto com data de validade já ultrapassada, mas sem nenhum potencial de dano, porque ainda próprio ao consumo; pequena queimada sem repercussão ao meio ambiente ou à saúde de outrem) .

Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e da fragmentariedade: também em obediência ao postulado do Estado Democrático de Direito, bem como o princípio da dignidade humana, que lhe é correlato, o Direito Penal deve se preocupar com a tutela de valores jurídico-constitucionais essenciais à vida e à dignidade do Homem, reconhecidos e declarados explícita ou implicitamente no texto constitucional.

Assim, o legislador penal deve ater-se somente ao que for estritamente necessário, deve criminalizar tão-somente fatos que duramente atentem contra a paz social e as condições de vida da comunidade. Fatos sem relevância penal, ou, por outro lado, de menor significância, devem ser objeto de preocupação de outras instâncias de controle (Direito Civil, Administrativo), liberando o Direito Penal para controle de condutas verdadeiramente perturbadoras da sociedade.

É de se concluir, portanto, que tais preceitos e valores são decorrência indissociável do princípio da reserva legal, que não poderão ser desprezados pelo legislador penal na construção do tipo incriminador, sob pena de, logo na origem, deslegitimar o injusto penal, violando, em última análise, a própria constituição, razão pela qual não é de todo equivocado falarmos na existência, na verdade, de um *princípio de reserva constitucional de criminalização*.

Feitas essas considerações é imperioso informar, afinal, algumas questões que estão em torno do conceito de bem jurídico-penal, segundo a doutrina, pelo que passamos a lhe dar destaque.

Toledo (2002, p. 15-16), afirma que: “*Bem*, em um sentido muito amplo, é tudo o que se apresenta como digno, útil, necessário,

valioso”. E prosseguindo, arremata: “Os bens são, pois, coisas reais ou objetos imateriais que, além de serem o que são, ‘valem’”. E, por isso mesmo, por todos almejados e disputados, podendo, portanto, ficar “expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões”, razão pela qual, “dentre o imenso número de bens existentes, seleciona o direito aqueles que reputa ‘dignos de proteção’ e os erige em ‘bens jurídicos’”.

Hans Welzel, (1969 apud Toledo, 2002, p. 16), por seu turno, aduz que o bem jurídico é aquele “bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido”, podendo ele se apresentar, segundo o penalista, na forma de objeto psicofísico (a vida) ou objeto espiritual-ideal (a honra), de uma situação real (inviolabilidade do domicílio), ou uma ligação vital (relação de casamento ou parentesco), uma relação jurídica (propriedade, direito de caça), ou mesmo decorrer de um comportamento de terceiro (lealdade do funcionário público, no crime de corrupção). Bem jurídico é, na concepção de Welzel, “toda situação social desejada que o direito quer garantir contra lesões”.

Fragoso (1995, p. 265), ao tratar do bem jurídico-penal, ensinou que

O bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma *realidade* contemplada pelo direito. Bem jurídico é um *bem*

protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica.

Aduziu então Fragoso (1995, p. 265) que o bem jurídico poderá ser um estado (a integridade corporal), um sentimento (a honra ou o respeito aos mortos), um direito subjetivo (a propriedade), e mesmo um bem corpóreo ou incorpóreo e, escrevendo sobre conceitos mais vagos e imprecisos em Direito Penal, tais como a fé pública, moral pública, saúde pública, intimamente relacionados aos ilícitos penais cometidos contra a coletividade, logo são delitos que afrontam interesses difusos e coletivos da sociedade, o mesmo autor (1995, p. 266) assevera que a imprecisão dos conceitos se deve ao fato de que, na verdade, “correspondem a bens ou valores abstratos ou ideativos, representando um sentimento, um estado ou interesse coletivos”, sem que isso signifique que não possam igualmente ser representativos de uma “concreta realidade social”, está sim alcançada pela tutela da norma penal, daí Fragoso (1995, p. 266) também enfatizar que o “interesse” não é o próprio bem protegido, mas sim, em realidade, a coisa ou bem de vida a ele referenciado, sendo o interesse apenas “um aspecto subjetivo ou de um juízo de valor sobre o bem como tal”, e conclui

Não é possível afirmar que existe um interesse, sem um juízo ou uma opinião sobre a capacidade ou idoneidade do bem para satisfazer uma necessidade.

Outro aspecto do bem jurídico que merece ser ressaltado, como demonstra Fragoso (1995, p. 266), é que este também é tomado em conta para a classificação e identificação dos crimes na parte especial do Código Penal, auxiliando o intérprete por ocasião da

aplicação da norma penal, o que de fato é de ser levado em consideração, pois, muitas vezes, não obstante o objeto material do crime que foi expressamente ou implicitamente indicado pelo tipo penal, para o julgador chegar ao entendimento de que no caso concreto há um desvalor no comportamento do agente do suposto fato delituoso, é necessário saber se para além da ocorrência de prejuízo ou perigo de dano ao objeto material, houve também intolerável ou grave afronta ao bem jurídico tutelado pela lei penal.

A importância dessa consideração resta bem evidenciada em texto de Toledo (2002, p. 14), para quem existem ações que causam danos desprezíveis ao bem jurídico tutelado pela norma penal, motivo que autoriza considerar a conduta não abrangida pelo injusto penal, o que é expressão, ademais, do princípio da insignificância.

Fragoso (1995, p. 267) também esteve sensível a este aspecto do bem jurídico, quando afirma que o desvalor da conduta está relacionado a vários fatores “mais importantes do que a simples causação do evento”, escrevendo, ainda, que

Basta considerar que geralmente não se pune toda e qualquer ofensa ao bem jurídico, mas somente aquela que é praticada de certa forma, ou por certos meios, ou por certas pessoas (crimes próprios), e, em qualquer caso, havendo um determinado conteúdo psicológico na ação (culpabilidade).

Como acentuou Eduardo Correia (1968 apud Toledo, 2002, p. 18, nota 30) o bem jurídico não é algo que possa se entender como

sendo “um dado da realidade empírica colocado sob a proteção da ordem jurídica”, e prossegue

Tal concepção dava afinal lugar, no seu positivismo estreito, a confundir o objecto da tutela jurídico-criminal com o objecto da acção, ou seja, a pessoa ou coisa sobre que, no plano causal, a actividade criminosa se exerce.

Como norma de *ultima ratio*, parece ser impensável ao Direito Penal de índole liberal e democrático, comprometido com os valores e fundamentos da ordem constitucional, desvincular-se do critério objetivo e material que é imanente ao conceito de bem jurídico, fornecendo contornos seguros primeiro para a construção do injusto penal, inclusive por razões de política criminal, no que respeita a necessidade de se dar proteção à sociedade através da criminalização de determinada conduta considerada grave ou intolerável e, com isso, dar tutela mais efetiva a determinado “bem da vida”, tornado essencial à coletividade, e, num segundo momento, impedir que o legislador se arvore de ímpeto para a formulação de tipos penais que não são representativos de qualquer ameaça de lesão ou de dano, mesmo potencial a bens jurídicos, posto que, consoante asseverou Toledo (2002, p. 19), não se pode admitir a *punição do ânimo*, ou permitir a existência de um sistema penal “que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar”, citando os *crimes de perigo abstrato* como resquício desse modo de pensar o Direito Penal.

Para Dias (2007, p. 113-114) a noção de bem jurídico envolve a temática da função do Direito Penal relacionada ao conceito material de crime, sob dois aspectos. Um que o autor denomina de

teleológico-funcional, na medida em que entende que o conceito material de crime não pode ser decorrente das idéias emergentes daquilo que o mestre de Coimbra entende por *ordem extra-jurídica e extrapenal*, mas sim da “própria *função* que ao Direito Penal se adscresse no sistema jurídico-social”. Outro que o renomado penalista entende ser *racional*, pois, segundo esta concepção, o conteúdo material do delito resultaria da característica do Direito Penal de *ultima ratio* ou de tutela subsidiária de bens jurídicos revestidos de dignidade penal, que se lesionados, tornam a ação delitiva “*digna e necessitada de pena*”.

Dias (2007, p. 114), ensina também que a noção de bem jurídico até o momento ainda não é dotado de toda precisão e nitidez, capaz de torná-lo seguro e converte-lo então em um conceito fechado capaz de determinar “além de toda dúvida possível”, quais condutas podem e quais não pode ser criminalizadas, muito embora haja consenso na comunidade jurídica acerca do seu “núcleo essencial”, que, na criação do autor, permite definir o bem jurídico como a

expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.

Outro jurista de renome, Bitencourt (2010, p. 306) escreve que “o bem jurídico constitui a base da *estrutura e interpretação* dos tipos penais”. Todavia, não se identifica somente com a *ratio legis*. Para além, é necessário que tenha “um *sentido social próprio*, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetros e limites do preceito penal e de

contrapartida das *causas de justificação* na hipótese de conflito de valorações”. Referido autor, após afirmar que o *conceito de bem jurídico* data do início do século XIX, entende que o mesmo pode ser definido “como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”, estando o injusto penal representado na “lesão ou perigo de lesão do bem juridicamente protegido”.

De sua parte, o insigne jurista por todos nós estudado, Hungria (1958, 10-11), após afirmar que “*Bem* é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade da existência humana”, seja o homem individualmente considerado, seja o homem “em estado de sociedade”, sendo *interesse* a avaliação ou representação subjetiva do bem como tal, deduz que

Bem ou *interesse jurídico-penalmente protegido* é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional etc).

Digno de ser referenciado é o pensamento de Bruno (2005, p. 6-7), que ensinou que o bem jurídico está no centro do preceito que contém a lei penal e da respectiva descrição do fato punível que está implícita no preceito da norma, lembrando, ainda, também, que na parte especial do Código Penal, é o bem jurídico que vai determinar a classificação dos fatos puníveis, acrescentando

Através da proteção de bens jurídicos, o fim do Direito Penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores, pois o que chamamos,

em linguagem técnica, bens jurídicos, são valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura que, na maioria dos casos, fazem objeto de preceitos tanto jurídicos, quanto morais”.

Também em Hassemer (2005, p. 56), verificamos que o conceito de bem jurídico-penal surgiu com o *Iluminismo*, como já destacado e, segundo o penalista alemão, por elaboração de *Paul Johann Anselm Feuerbach*, no século XIX, fundado na contrariedade então existente de um Direito Penal com conotação eminentemente moralista (ou ético), que não satisfazia a necessidade de que a conduta criminosa fosse explicada tendo por fundamento “a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente ‘bens jurídicos’”. O autor segue sua exposição atestando que

A repreensão à violação de uma norma (moral ou ética) não pode ser suficiente ao legislador como fundamento da conduta humana merecedora de pena. Ele precisa antes provar a lesão de um bem jurídico: apresentar uma vítima desta conduta e indicar quanto a esta a lesão de bens, de interesses.

A fim de elucidar um pouco mais a discussão que gira em torno do bem jurídico-penal, como objeto de proteção da tutela penal, expresso no conteúdo material da norma penal representativo de um valor fundamental, logo no bem da vida que visa o Direito Penal tutelar e, por outro lado, no mesmo diapasão, alguma incerteza relativamente ao próprio conceito de bem jurídico-penal, convém trazer à baila o entendimento acerca do tema do Professor Reale Júnior (2009, p. 21-25).

O autor, ao estudar o assunto, escreveu que a norma penal incriminadora tem como limite material “a proteção de valores fundamentais à convivência social”, a ser observado, sobretudo, num contexto de crescente e indevida criminalização de condutas sem aparente ofensividade ou *dignidade penal*, geradora de *inflação legislativa penal*, que, segundo seu entendimento tem sido motivo de uma *administrativização do Direito Penal*, a convertê-lo em mero regulamento, sancionador de condutas que descumprem regras de conveniência da Administração Pública, cuja matéria antes era de natureza disciplinar. Nesse sentido, a norma penal objetiva muito mais *organizar* do que propriamente proteger, o que a destitui de sua finalidade essencial que é “consagrar valores e tutelá-los”.

Reale Júnior (2009, p. 21-25), ainda falando sobre a função do bem jurídico, aduz que “o valor protegido deve alcançar *dignidade penal*, havendo formas de comportamento que atingem esses valores tutelados penalmente de modo significativo” e, indo além, revela predileção pelo termo “valor” ao se reportar ao *bem jurídico*. E explica o ilustre penalista: “O termo ‘bem’ não deixa de fazer uma referência ao que se possui, prevalecendo o aspecto da pertença a alguém, seja o bem material ou imaterial”.

Por esta razão, o autor afirma que mais atende à finalidade do Direito Penal falar-se em *valor*, posto que, segundo entende, a missão maior da norma penal é “impor a positividade de valores”. De acordo com o jurista, o valor é algo que precisa ser apreendido pelo legislador por ocasião da edição da norma penal, enfatizando que esta apreensão deve ser norteado em conformidade com as “circunstâncias e da atmosfera espiritual” num dado período histórico-cultural.

Este é, em síntese, o pensamento do Professor Reale Júnior acerca das nuances do bem jurídico-penal, ou, segundo seu texto, do valor que merece a tutela jurídico-penal.

E por último, convém mencionar que são coisas diversas o *bem jurídico-penal* e o *objeto material do delito*. Novamente, para esclarecer a distinção que deve ser processada entre um e outro, melhor citar os exemplos referidos por Toledo (2002, p. 20). Vale dizer, o crime de homicídio tem no corpo humano seu *objeto material* e o direito à vida como o *bem jurídico* tutelado pelo Direito Penal, enfatizando o autor que tal fato nada mais denota “que o objeto de tutela são valores ético-sociais, não apenas as coisas materiais sobre que recai a ação criminosa”.

1.2 Bem jurídico-penal coletivo ou difuso

Agora, resta ingressarmos na noção do que seja o bem jurídico-penal coletivo ou difuso, pelo que passamos ao tema, sendo digno de relevo e imprescindível, pela lucidez de suas idéias e do magnífico pensamento contemporâneo do Direito Penal, trazer à baila o ensinamento de Dias (2007, p. 133-154) para o esclarecimento de questões que estão na base do fundamento da existência entre nós de *bens jurídicos difusos e coletivos*. Vamos aqui apenas pontuar algumas das ponderações do autor sobre a matéria.

Dias (2005, p. 134) considera que o Direito Penal nas sociedades democráticas atuais está consubstanciado na *função exclusiva de tutela subsidiária de bens jurídico-penais*, cujo paradigma data desde o século XVII e creditado ao “movimento do *Iluminismo*

Penal”, muito embora se constate outro movimento mais recente que esteja discutindo tal função da norma penal à luz de um Direito Penal que se encontre inserido no que se pode denominar de um sistema social, ou dentro da problemática ligada ao que a doutrina, a partir da Alemanha, convencionou chamar da “sociedade de risco”, conectada diretamente aos problemas da “pós-modernidade” e da “globalização”, consoante escreve o Professor de Coimbra.

Segundo ainda, o mestre de Coimbra, tais fenômenos sugerem ao Direito Penal o aparecimento de novos problemas típicos de uma sociedade em transformação, para cuja solução é necessário um pensar diverso daquele modo comum de raciocinar o Direito Penal baseado em ações humanas bem delineadas cuja contenção era satisfeita com a tutela penal conferida “a clássicos bens jurídicos” (por exemplo: vida, saúde, propriedade, propriedade), próprios de um “Direito Penal *liberal* e extremadamente *antropocêntrico*”. Assim, o autor chega a afirmar que estamos a adentrar numa nova fase do Direito Penal, mais voltado a questões típicas de uma sociedade “tecnológica, massificada e global”.

E a elucidação de uma tal dinâmica contemporânea do Direito Penal a lançar um olhar novo sobre o modo como se tem entendido o *bem jurídico*, como fonte legitimadora da tutela penal, se torna imprescindível nesse momento histórico, a par das inúmeras condutas que muito mais do que a lesão dos clássicos valores irrenunciáveis da pessoa humana, tais como a vida, a integridade física, o patrimônio, a liberdade sexual, etc., causam prejuízo ou perigo de dano irremediável a interesses coletivos e, portanto, transindividuais ou difusos, e quem nem sempre encontram referencial ou uma conexão estreita com aqueles valores do indivíduo.

Como já afirmamos, podemos citar como exemplos desses “novos valores ou interesses coletivos ou difusos”, típicos da sociedade moderna ou do “*risco*”, como a denominam alguns doutrinadores, a necessidade de tutela penal da ordem econômica (1), tributária (2) e financeira (3) e, ainda, a proteção de um meio ambiente sustentável (4).

No que respeita aos interesses mencionados objeto da tutela penal, podemos assim explicitá-los:

(1) tutela penal da ordem econômica: sua proteção é de salutar importância para a manutenção da higidez do sistema econômico como um todo considerado, tutelando as relações de consumo, nomeadamente de molde a evitar abusos praticados contra o indivíduo consumidor, o aumento despropositado dos preços dos produtos e serviços; a livre iniciativa e a liberdade de concorrência segundo as regras de mercado, evitando-se a criação de monopólios ou a criação de conglomerados empresariais que de alguma forma pretendam o aumento abusivo de preços ou a manipulação do mercado em prejuízo da cadeia produtiva;

(2) tutela penal da ordem tributária: a capacidade arrecadatória do Estado também é digna de tutela penal, permitindo-lhe a consecução de políticas públicas, fornecendo serviços de saúde, educação, saneamento básico, etc, essenciais à vida e ao bem estar da população;

(3) tutela penal do sistema financeiro: tratando-se da proteção do sistema financeiro, é importante a intervenção da norma penal como *ultima ratio*, a fim de tutelar interesses transindividuais que

tem sua expressão no mercado de capitais, na segurança, organização e confiança da atividade financeira e de suas instituições;

(4) tutela penal do meio ambiente: no tocante ao meio ambiente, é preocupação crescente a necessidade da tutela penal, não somente como condição imprescindível à sobrevivência do homem e preservação das espécies, mas também tendo em conta os danos causados pela atividade econômica sem freios, a demandar a atuação do Direito Penal no firme propósito de coibir atividades que extrapolem para além do risco normal de cada atividade considerada causando danos ou colocando em perigo a sustentabilidade do meio ambiente.

Com o surgimento dessa categoria de bem jurídico-penal, que a doutrina quer qualificar como difusa ou coletiva, dado que eventuais prejuízos ou danos causados aos interesses tutelados pela norma penal no mais das vezes alcançam não o indivíduo somente, mas toda uma coletividade, a quebrar um paradigma do Direito Penal “clássico”, todo ele estruturado nas raízes do Iluminismo, não é incomum encontrar entendimentos de que nos encontramos em meio a uma crise do *bem jurídico-penal* e da própria legitimidade e do modelo de intervenção penal, posto que, segundo entendimento de uma corrente doutrinária, não seria função da norma penal a tutela de interesses que só indiretamente tocam ao indivíduo como é a hipótese dos chamados bens jurídicos supra-individuais, por natureza imateriais e marcados por uma profunda imprecisão quanto a sua determinabilidade e conceito.

Daí que, parte das críticas reside no fato de que com o advento da *sociedade do risco* e a intervenção da norma penal nesta seara, todas as iniciativas político-criminais têm como fundamento estabelecer a tutela de garantias e de bens cujo conteúdo é por demais

amplo e invariavelmente abstrato, sempre em contraposição e em prejuízo de uma intervenção somente quando se vislumbra a ocorrência de lesões concretas e individuais.

Nesse diapasão, o Professor de Coimbra, Dias (2005, p. 135), escreve que a superação da controvérsia somente pode ter-se com o reconhecimento de que

A adequação do Direito Penal à “sociedade do risco” implica por isso uma nova política criminal, que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientadores da acção humana na vida comunitária.

Ainda, em Dias (2005, p. 136), é de se destacar em complemento seu pensamento acerca do estágio atual da discussão.

O mestre de Coimbra aduz, em síntese, que o Direito Penal está reagindo a um tal estado de coisas e as dificuldades de adaptação a esta “nova ordem jurídica”, principalmente por reconhecer que não pode mais ficar preso a antigos paradigmas centrados na tutela de bens jurídicos somente quando se “verifiquem resultados lesivos das condições de vida da humanidade”, nomeadamente quando se está a falar de danos ao meio ambiente, relacionados à genética, a atividade económico-financeira, terrorismo, ao que acrescentamos a instabilidade social gerada pela criminalidade organizada. O Direito Penal tem admitido, em algum grau, que seu “arsenal punitivo” deve intervir em momento que antecede a causação do dano, impedindo-o ou prevenindo a sua ocorrência, focando, portanto, a tutela penal, desde logo, na

potencialidade lesiva da conduta ou no perigo de dano que representa para o bem jurídico-penal.

Dias (2005, p. 136) lembra que, inserida no contexto da controvérsia ora estabelecida, que propugna, de um lado, pela adoção de uma nova dogmática jurídico-penal que relega a um segundo plano ou mesmo o abandono de princípios nucleares do Direito Penal (tais como o princípio da individualização da responsabilidade penal, da imputação objetiva e subjetiva e demais princípios que estão na base da teoria do crime e da autoria) e, de outro lado, pelo respeito aos pressupostos já largamente sedimentados pelo Direito Penal que tem no “*modelo de imputação objectiva e subjectiva*” seu principal núcleo formador e base necessária para eventual condenação em juízo, está também o

Problema que se agrava extraordinariamente quando as condutas perigosas têm lugar no seio de empresas, de grupos ou de equipas com complexa divisão de tarefas e a suspeita da sua prática recai sobre um grande e indeterminável número de pessoas, cuja interacção, coordenada ou casual, é fonte do perigo que, por sua vez, contribui para a verificação de um risco global.

E tal sede de discussão é de vital importância quando o tema são os problemas jurídico-penais decorrentes da *sociedade do risco*, notadamente se levando em conta que os grandes riscos e os danos deles decorrentes são potencializados pelos grandes conglomerados empresariais, na consecução de seus negócios, sem que seja necessário mencionar os casos em que a empresa, ou a pessoa jurídica que a tem por representação formal, é criada para o fim precípua de exercer atividades ilícitas, a serviço, portanto, do crime organizado.

Nesse passo, se encontra outra discussão que mais adiante será tratada no presente trabalho, a saber: o problema da imputação jurídico-penal da culpa ou da responsabilidade penal, quando o crime é praticado no seio da pessoa jurídica, em seu nome e exclusivo interesse, por seus administradores e representantes legais (tema que padece de melhor aprofundamento no Direito Penal brasileiro e que, ao que parece, encontra-se em franca evolução se tivermos em conta o Direito comparado).

O Professor Figueiredo Dias (2005, p. 136) afirma que, no panorama atual da responsabilidade penal pelos crimes praticados no seio ou no interesse da pessoa jurídica, a doutrina tem concluído que estamos experimentando o que se pode caracterizar como o “fenômeno da irresponsabilidade organizada”, fragilizando, em última análise, a finalidade essencial da norma penal tornando-a ineficaz para a tutela do bem jurídico-penal que é afrontado em larga escala quando o ilícito é perpetrado no âmbito da atividade empresarial, decorrendo de tal aspecto a urgência para a sistematização mais adequada da matéria. Escreve o Professor Dias, ademais, em arremate sobre tais questões, que

[...] o modelo tradicional da imputação jurídico-penal parece falhar rotundamente; como também quando se persista em manter um modelo puramente *individual* de responsabilidade penal, que empresta nova e mais forte razão à alegação de que o sistema penal está de há muito pensado em termos de atingir preferencialmente os estratos e os membros socialmente mais desfavorecidos ou excluídos da população.

1.3 Proteção de interesses difusos e coletivos e crimes econômicos

Em face da dicotomia estabelecida entre *Direito Penal do bem jurídico* e *Direito Penal da sociedade do risco*, o mestre de Coimbra propõe a subsistência do primeiro, ainda que no contexto de uma norma penal adaptada à realidade dos problemas emergentes deste “novo modelo de sociedade”, pelo que, na esteira do entendimento de Dias (2005, p. 144), realmente, o fato de o Direito Penal estar adstrito à tutela subsidiária de bens jurídicos, não significa admitir a sua intervenção tão somente nas hipóteses em que haja efetiva lesão a valores fundamentais da vida, lembrando o renomado jurista a legitimidade da punição da *tentativa*, situação em que não se pode afirmar pela existência de efetiva lesão ao bem jurídico, todavia, por opção político-criminal, pode-se concluir que se trata de técnica normativa que visa, em reforço, prevenir, ou inibir, por antecipação da tutela penal, que a conduta delituosa, em concreto, possa de algum modo, causar prejuízos aos mais relevantes interesses ou valores da comunidade, “que em nada contradiz a função penal de tutela de bens jurídicos”.

Menciona, outrossim, Dias, que é mesmo comum ao legislador penal “antecipar a tutela penal”, através dos delitos de perigo, para os quais não é relevante ao tipo penal saber se se concretizou dano ao bem jurídico, importando, sim, aos elementos do injusto penal a “mera colocação em perigo do bem jurídico protegido”.

E, segundo ainda o autor, não deve prosperar as críticas ao modelo antecipatório de superação de riscos ou perigo de dano ao bem jurídico-penal, que considera legítimo, desde que encontre seu limite na

função por excelência da norma penal que é a proteção de bens jurídicos. De sorte que, como exposto nas lições do Professor de Coimbra, no âmbito desse novo modo de pensar o Direito Penal e o bem jurídico que lhe é subjacente como objeto de proteção, é mesmo necessária a utilização da técnica de formulação de tipos penais de perigo, com maior ênfase do que ocorre regularmente, dado as peculiaridades e projeção das condutas danosas que são levadas a cabo quando se esta a falar de crimes na sociedade do risco.

E, nesse ponto do tema, parece razoável então outra afirmativa, a de que, realmente, é legítima a categoria jurídico-penal dos “bens jurídicos coletivos”, ou difusos, caminhando em paralelo ao bem jurídico individual, ou, como ensina Dias (2005, p. 149), ao lado dos bens jurídicos que possuem algum “referente individual”, pois do quanto foi exposto é inegável que com o advento da sociedade do risco o Direito Penal passou a reconhecer a existência de “autênticos bens jurídicos sociais, comunitários, universais, colectivos”, merecedores da tutela penal devido à relevância dos valores sociais postos em risco, que igualmente podem desestabilizar a paz social, a segurança e bem estar dos indivíduos, em última análise, ainda que somente reflexamente, como é o caso de algumas condutas lesivas ao meio ambiente, à ordem tributária e ao sistema financeiro, por exemplo.

Para além dessa assertiva, é forçoso reconhecer nessa categoria de valores, verdadeiros bens jurídicos “coletivos”, que terão por certo sempre alguma conectividade com interesses individuais, numa relação de convergência mútua, como no caso citado pelo Professor Dias (2005, p. 150), pensado para condutas criminosas contra o meio ambiente, em que, na atividade poluidora praticada em detrimento da saúde humana, além da um interesse da coletividade, também é

perfeitamente destacável um interesse individual “na preservação das condições vitais” para a subsistência.

Lembra, ainda, o Professor de Coimbra, que, mesmo numa situação peculiar como é a hipótese de descarga de petróleo no mar, provocando a mortandade de espécies marinha, sem que se tenha, *a priori*, a nota definida de um possível interesse individual, ainda assim se encontra a marca do interesse coletivo que deve ser tutelado pela norma penal, posto que estaremos em alguma medida frete a “um patrimônio de todos e *como tal* devem ser tutelados”. Referido interesse coletivo é bem definido pelo Professor Dias (2005, p. 150), ao afirmar que

A verdadeira característica do bem jurídico colectivo ou universal reside pois em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo: nesta possibilidade de gozo reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico colectivo”, existindo nele, ainda, “uma relação difusa com os usuários, o que porém não significa o carácter difuso do bem jurídico universal como tal [...].

É, portanto, necessária e legítima a criminalização de condutas violadoras daqueles interesses coletivos, até mesmo à ausência de outro aparato jurídico sancionatório que possa dar resposta firme a comportamentos ou atividades econômicas que, por somente visar capital e lucro, vejam com menoscabo as restrições e limites de segurança que são regularmente impostos pelos poderes constituídos.

Sobre a necessidade e legitimidade da atuação do Direito Penal no âmbito dos chamados bens jurídicos coletivos, o Professor Dias (2005, p. 149), à luz do Direito português aduz que

Legítima, porque tais bens – como se torna em particular visível numa lei fundamental como a CRP – encontram refração legitimadora expressa na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos. *Necessária*, de um ponto de vista de prevenção geral *negativa*, porque será razoável esperar que a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo de modo a promover a obediência à norma. Mas também e sobretudo de um ponto de vista de prevenção geral *positiva*, de modo a reforçar a disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao direito.

De nossa parte, já tivemos a oportunidade de nos manifestar acerca da legitimidade da ingerência do Direito Penal para tutelar bens e interesses difusos e coletivos, na oportunidade, mais especificamente no âmbito de sua maior incidência que é o Direito Penal Econômico. Naquela ocasião foi afirmado que, como vem sendo asseverado pela doutrina, é a Constituição Federal a fonte de onde emana a autorização para criminalização de condutas que causam dano ou perigo de dano aos bens jurídicos que se inserem no conteúdo normativo do Direito Penal Econômico, tais como sistema financeiro nacional, ordem econômica e tributária, meio ambiente.

A norma constitucional, portanto, expressa ou implicitamente, reconhecendo a legitimidade de criminalização de condutas nestas matérias, por óbvio, reconhece também, da mesma

forma, a existência entre nós da categoria dos bens jurídicos penais coletivos ou difusos. Após nos valermos dos ensinamentos do Professor Dias (1999, p. 67), que fala na existência de “uma qualquer *relação de mútua referência*” entre a norma constitucional e a ordem legal, a determinar que o bem jurídico seja a concretização de valores constitucionais relacionados a direitos e deveres fundamentais, escrevemos que

E de fato, por este prisma, uma investigação da Constituição Federal nos conduzirá indubitavelmente pelo caminho que nos levará ao encontro daquela “ordem axiológica jurídico-constitucional”. É só atentar para o que vem expresso nos artigos 170 a 193, a evidenciar a presença de um tratamento específico à matéria ora em estudo, como pode ser observado do Título VII, denominado “Da ordem Econômica e Financeira”, elencando, inclusive, os princípios fundamentais da atividade econômica (artigo 170), destacando-se daquele conjunto de preceitos fundamentais o seguinte texto: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados os demais princípios que devem nortear a atividade econômica (incisos I a IX) (Almeida, 2008, p. 120).

Corroborando tais assertivas novamente a Constituição Federal, que tem nos §§ 4º e 5º do artigo 173 a autorização constitucional para a criminalização de atividades e comportamentos que causem prejuízo ou perigo de dano a ordem econômica. Destaca-se da norma constitucional a autorização para reprimir o abuso do poder econômico que tenha em

mira dominar o mercado, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Interessante notar, ainda, que também a Constituição Federal, agora no § 5º do artigo 173, além de reafirmar a autorização para a repressão de atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, veicula a regra matriz no que respeita a possibilidade da imputação jurídico-penal da pessoa jurídica no âmbito da criminalidade econômica, sem que isso implique, desde logo, na exclusão de responsabilidade de seus dirigentes pelos mesmos atos, como será melhor analisado na sequência deste trabalho.

2. O Direito Penal Econômico na atualidade

2.1 Fundamentos do Direito Penal Econômico

O Direito Penal contemporâneo está atravessando período de transformação. Suas fórmulas, conceitos dogmáticos e núcleo principiológico têm sido “revisitados” com frequência incomum, tal como nos lembra Dias (1999, passim). Em parte tal fenômeno se dá não somente em razão da evolução natural da consciência sócio-cultural de uma sociedade em constante mutação, com o surgimento de novos valores morais, por um lado, e a ruptura do tecido social, de outro, pelo surgimento de novas facetas da criminalidade, infelizmente fruto dessa mesma pseudo evolução e transformação social.

Mas inegável que, notadamente após a revolução industrial seguindo-se nos dias atuais a revolução praticada pelos avanços no campo da tecnologia da informação através dos meios eletrônicos de circulação de dados, pagamentos e, conseqüentemente, incremento da atividade negocial e bancária, e porque não dizer, também um incremento da própria atividade do Estado, agilizando e democratizando o acesso a uma gama cada vez maior de serviços públicos, facilitando, por outro turno, sua atividade financeira, permitindo aos gestores públicos, dentre outras coisas, um melhor gerenciamento da arrecadação e meios de pagamento.

Todavia, tudo isto, vale dizer novamente, revolução industrial antes e a tecnologia da informação nos dias atuais, e mais recentemente a globalização da economia e dos mercados, acabaram por despertar, ao revés, o interesse de uma nova espécie de delinqüência, mais

sofisticada, melhor aparelhada e organizada, ou se preferirmos, de uma criminalidade de massa, em que, por óbvio, nem sempre é possível individualizar o objeto do fato delituoso, o próprio criminoso e, ainda, sua respectiva vítima, daí sendo normal e corrente se falar no aparecimento de uma criminalidade praticada contra interesses difusos, supra-individuais e da necessidade de criminalização de uma série de condutas e comportamentos que antes não eram objeto de preocupação do Direito Penal.

Nesse desiderato, se acompanha nas últimas décadas em todos os recantos do Direito Comparado uma crescente de criminalização de condutas no âmbito do que se convencionou denominar de Direito Penal secundário, em oposição à criminalidade clássica. Portanto, o Direito Penal vem assumindo para dentro de seus domínios a responsabilidade de um atuar como norma de reforço num domínio característico do Direito Administrativo, com a implementação de tipos penais de conteúdo econômico, social, tributário, financeiro e de proteção do meio ambiente, inflacionando, por assim dizer, o campo de incidência do Direito Penal, daí ser freqüente dizer-se que a expansão do Direito Penal é uma consequência ou efeito da criminalidade econômica.

Logo, assim considerado, o que importa saber então é como instrumentalizar novas categorias de delitos que se apresentam com uma característica diversa daquela para a qual sempre foi estruturado e pensado o Direito Penal, de maneira a não desestabilizá-lo como instrumento de *ultima ratio*, somente sendo chamado a atuar quando as outras instâncias de controle social falharem nesse desiderato, ao mesmo tempo impedindo que sirva de mero instrumento de cumprimento de metas administrativas, de políticas sociais e econômicas.

De modo que, é de se concluir que há fundamentos para a criminalização de condutas violadoras de interesses difusos e danosas ao sistema financeiro nacional, a ordem tributária, ao meio ambiente etc.

Por outro lado, também não é menos razoável se concluir que, não obstante parecer ser imprescindível o avanço do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos representativos daqueles diversos valores ou novos valores ético-sociais, fato é que, de qualquer modo não nos parece correto o abandono dos movimentos político criminais contemporâneos focados num Direito Penal mínimo, garantista, comprometidos com o princípios da legalidade estrita, da presunção de inocência, do devido processo legal, da responsabilidade penal subjetiva pela persecução da efetiva culpabilidade do agente delituoso, princípios estes que, tal como a imensa maioria dos direitos fundamentais e garantias individuais, se colocam como obstáculo ao poder e ao arbítrio do Estado, mesmo a pretexto de combater a sempre crescente criminalidade, seja ela clássica ou econômico-financeira.

A expansão do Direito Penal, notadamente em matéria de criminalidade econômica, nos termos acima considerado tem apresentado, dentre outros, os seguintes obstáculos ao pleno exercício das garantias constitucionais de que é detentor qualquer indivíduo envolvido numa investigação criminal ou na persecução penal:

a) mitigação do princípio da legalidade, devido a criação de tipos penais abertos em demasia (por exemplo: o crime de gestão fraudulenta);

b) o uso excessivo das chamadas normas penais em branco, com especial gravidade quando o legislador penal confere a

administração pública a possibilidade de complementar o núcleo do tipo penal, por meio da edição de normas e regulamentos infra-legais ou administrativos;

c) criação de crimes de perigo abstrato, sem que seja levada em consideração a relevância penal do fato em concreto, ou a efetiva lesividade ou danosidade do fato praticado, editando o legislador penal verdadeiros crimes de mera presunção de lesão ao bem jurídico que se busca tutelar;

d) descon sideração, em situações de fato, no curso da persecução penal, do princípio da culpabilidade, notadamente quando as supostas ações delituosas são praticadas no âmbito e no interesse de pessoas jurídicas, adotando-se técnica de imputação jurídico-penal que visa responsabilizar os dirigentes, sócios e representantes legais da pessoa jurídica, sem tomar em conta, que, na hipótese, há verdadeira cisão ou dispersão dos elementos do injusto penal, em que, o ente coletivo que é detentor de uma especial qualidade referenciada expressa ou implicitamente pelo tipo penal não executa materialmente o crime, ao passo que a pessoa física, o dirigente, representante legal ou voluntário (e mesmo terceiro que detenha algum poder de representação “de fato”, ainda que fora dos quadros societários) que de fato praticam a ação típica, não são identificados no elemento qualificado, a determinar aqui um problema de tipicidade, ou, por outro lado, de violação do princípio da estrita legalidade penal, se considerarmos que aqui se apresenta uma questão de “atuação em nome e no lugar de outrem (pessoa jurídica)”, para cujo modelo de imputação jurídico-penal se faz necessário o devido acertamento pelo legislador penal, a fim de adequar corretamente os problemas emergentes da casuística.

2.2 Evolução conceitual do Direito Penal Econômico

É neste contexto da evolução do Direito Penal que já de algum tempo vem ganhando destaque o Direito Penal Econômico, senão como ramo dotado de autonomia própria, mas pelo menos como área específica de estudos e aprimoramento de técnicas de persecução, onde se pode destacar a presença marcante de um elo conceitual existente entre os diversos tipos de delitos econômicos.

O elo conceitual aqui preconizado em matéria de crimes econômicos surge, ainda de que modo embrionário, nos primeiros estudos acerca da criminalidade econômica, podendo-se destacar como marco a obra de Edwin Sutherland (*White Collar Crime*, 1939), ainda que, naquela oportunidade, tivesse em mira o homem, “pessoa que detinha no meio social posição profissional de realce e destaque, seja pela sua atividade profissional, seja pelo seu elevado status social”, fato mencionado no estudo realizado pela Professora de Coimbra, Santos (2001, *passim*). Todavia, como bem lembra essa última autora, atualmente objeto de estudo quando se fala em crime econômico, não é mais somente o agente do fato delituoso, na verdade tem maior relevância a forma, o modo, as circunstâncias como são praticados tais delitos, tanto quanto o bem jurídico lesado ou colocado em perigo, com relevância na vida econômico-social, por isso merecedor de proteção do Direito Penal.

É característica do Direito Penal Econômico, portanto, e o elo conceitual existente na criminalização das condutas que são objeto de sua atuação, a tutela de interesses coletivos e difusos pela seara do Direito Penal: proteção contra lesões ou riscos à necessária relação de

confiança na ordem econômica; à atividade financeira do Estado ou à Fazenda Pública; ao sistema financeiro nacional; ao meio ambiente sustentável, etc.; valores que, ademais, são constitucionalmente reconhecidos.

Os crimes que lhe são afetos podem ser praticados através ou no interesse de empresas e corporações, por ações orquestradas pelos seus representantes legais e dirigentes (razão da discussão quanto à responsabilidade da pessoa jurídica), mas existem delitos outros que, não obstante praticados por qualquer pessoa, também podem afetar, lesar ou colocar em perigo o normal funcionamento do sistema econômico-financeiro ou de outros interesses coletivos e difusos: evasão de divisas, sonegação fiscal, omissão de recolhimento de tributos, a poluição do meio-ambiente causada em larga proporção por queimadas irresponsáveis, o desmatamento de áreas submetidas a regime especial de proteção, etc.

Pode-se afirmar, seguramente, que o elo conceitual existente entre os diversos tipos penais pode ser representado, principalmente, pela natureza do bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Estamos, portando, uma vez mais, a falar em tutela penal de interesses coletivos e difusos, de modo direto, e somente eventualmente ou de modo indireto, na tutela penal de interesses individuais.

Logo, diferentemente do que normalmente ocorre na construção dos tipos penais clássicos, vale dizer, homicídio, furto, roubo, estelionato, etc., não se está a imaginar a tutela penal a partir de um objeto material desde logo individualizável e, de conseqüência, da existência de um bem jurídico bem definido passível de ser lesionado, donde se concluir, ainda, que, quando da construção do tipo de delito, o

legislador possa perfeitamente utilizar-se de elementos do mundo fático-concreto, bem definindo o comportamento típico e deixando elencados na norma penal, com precisão, todos os elementos configuradores do crime, com especial atenção para a ação ou omissão típica e o resultado de dano ou perigo de dano ao bem jurídico difuso ou coletivo, que se busca tutelar através da norma de incidência.

Além de que, necessária é a adequação das atuais técnicas de imputação jurídico-penais a esta nova realidade da criminalidade econômica, de modo que o sujeito ativo do delito sendo a pessoa física que atua por representação ou em nome da pessoa jurídica, seja também alcançado pelo injusto penal, quando o tipo de crime econômico exigir um sujeito ou elemento qualificado que somente poderá ser constatado no ente coletivo.

2.3 Finalidade do Direito Penal Econômico

Tratando-se de criminalidade econômica, a ilicitude que se busca coibir é uma ilicitude complexa e difusa, cuja ofensa ao bem jurídico que se pretende tutelar, não se dá, efetivamente, por um comportamento comissivo/omisso com causa exclusiva, sendo possível se pensar na concretude da lesão ou dano, tão somente se uma série de ofensas fossem praticadas ao referido bem jurídico, dito coletivo ou difuso, não sendo natural seja detectado resultado material ou dano efetivo num único comportamento delitivo, motivo pelo qual Tiedemann (2010, p. 59) ao conceituar o Direito Penal Econômico, numa perspectiva jurídico-dogmática, tem o entendimento de que:

En un sentido dogmático-penal se aprecia hoy en día la peculiaridad de los delitos económicos y del Derecho penal económico, principalmente, en la protección de *bienes jurídicos supraindividuales* (sociales o colectivos, intereses de la comunidad).

Conforme, ainda, o mesmo autor, é possível fundamentar satisfatoriamente a conceituação da maioria dos crimes econômicos utilizando-se do critério dos delitos especiais em conexão com os bens jurídicos supraindividuais ou coletivos.

Também, sobre o fundamento e conteúdo desta criminalidade econômica a que temos nos referido e seu caráter supraindividual ou coletivo, é digno de nota os comentários de Bajo Fernández e Bacigalupo Saggese (2010, p. 18-19), para quem é a Constituição Econômica o ponto de partida de onde emanam os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico, que podem ser categorizados como interesses coletivos difusos, ainda que sua proteção decorra da necessidade de tutela da função social que é atribuída a interesses individuais, tais como o direito à propriedade, afirmando os autores que

[...] El Derecho Penal Económico debe tener como único norte la protección de los intereses de los protagonistas del sistema económico, es decir, del acreedor comerciante, del inventor, del trabajador o los intereses económicos generales o colectivos.

Assim, resta claro que, característica comum aos diversos tipos penais não é, diretamente, a tutela penal do indivíduo ou de seus mais diversos interesses, vida, patrimônio, integridade física, etc, valores

que somente reflexamente poderão ser atingidos pela prática daqueles chamados delitos econômicos, interessando, portanto, diretamente aos crimes econômicos, a proteção da higidez das diversas facetas do sistema econômico, financeiro, tributário e ambiental.

Levado em conta as anotações anteriores, pode-se afirmar que o Direito Penal Econômico, nos dias atuais e com a conotação que lhe tem sido emprestada pelos doutrinadores, como área de especialidade, ainda que a disciplina não seja dotada de total autonomia, tem por finalidade a tutela da política socioeconômica do Estado, ou, se preferirmos, a proteção da ordem econômica contra os abusos e excessos do mercado, violadores da livre iniciativa e da livre concorrência, incorporando também em seu rol de proteção outros valores do sistema econômico que lhe são correlatos, tais como a tutela do meio ambiente, contra atividades econômicas predatórias que possam de algum modo colocar em risco a sustentabilidade de seu uso e a existência digna da humanidade, valores estes todos elevados à categoria de direitos fundamentais de todos os indivíduos e, portanto, com características de interesse coletivo e difuso, assegurados pela Constituição Federal (artigos 170, 192 e 225).

É de se destacar, outrossim, como extensão também do objeto e finalidade do Direito Penal Econômico, a tutela das finanças públicas, da higidez dos mecanismos de arrecadação do Estado, que por certo, colocados em risco, terão grave reflexo nessa mesma ordem econômica que se busca tutelar mediante a intervenção do Direito Penal (artigo 163 da Constituição Federal).

3. Princípio da reserva legal e criminalidade econômica

3.1 Princípio da reserva legal

A doutrina de modo geral não estabelece clara separação entre o princípio da reserva legal e o princípio da legalidade, tratando-os normalmente como endereçados a mesma finalidade no sistema jurídico-penal. Todavia, parece-nos que o princípio da *reserva legal* agrega em si preceitos e valores ético-jurídicos que extrapolam os limites da mera legalidade, exigindo, para a plena validade da norma penal, além da observância de todos os requisitos que são regulares no processo de elaboração das leis, também que a lei penal seja dotada de conteúdo material relevante inerente ao *Estado Democrático de Direito* e aos *valores da dignidade e do respeito ao ser humano*, com estrita observância de outros princípios constitucionais daí decorrentes, como veremos adiante.

Para Capez (2008, p. 38), que escreve sobre o tema:

o “princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal”, expressos no inciso XXXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal e no artigo 1º do Código Penal – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da reserva legal – ou da legalidade (ou da estrita legalidade), nos ordenamentos jurídicos contemporâneos de mesma

tradição histórica que o brasileiro, tem status de princípio constitucional penal, verdadeira garantia do cidadão contra os abusos e excessos intervencionistas do Estado no *status libertatis* do indivíduo. A Constituição Federal reconhece expressamente o princípio da reserva legal no artigo 5º, inciso XXXIX, assim escrito: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da reserva legal impõe, portanto, que o indivíduo somente poderá figurar como sujeito da persecução penal desde que o fato que lhe é imputado esteja tipificado em lei anterior (lei certa, escrita e taxativa) devidamente discutida e aprovada pelo legislativo - *lex populi* - (aspecto formal do princípio da reserva legal), observados todos os procedimentos e trâmites que lhe são próprios até a sua publicação na imprensa oficial.

Hassemer (2005, p. 335), sobre esse importante preceito do Direito Penal material, escreveu que:

Em sua configuração atual o princípio da legalidade mantém ao todo quatro exigências tanto frente ao legislador como também frente ao juiz. Ele exige do legislador que formule do modo mais preciso possível as suas descrições do delito (*nullum crimen sine lege certa*) e que as leis não possuam efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Ele exige do juiz que fundamente as condenações somente na lei escrita e não no Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*) e que não amplie a lei escrita em prejuízo do

acusado (*nullum crimen sine lege stricta*, a chamada “proibição da analogia”).

Podemos mesmo afirmar que a Constituição Federal incorporando expressamente o princípio da reserva legal/legalidade, exige do legislador infraconstitucional cega obediência ao *mandato de certeza*, donde se concluir que, no concernente à lei penal, somente estará de conformidade com o texto constitucional o tipo penal que decorra de preceito normativo preciso (lei certa) quanto aos contornos e previsão dos elementos do injusto penal, evitando-se a malfada prática da utilização de conceitos abertos ou fluidos em demasia, indeterminados, ou com apego exagerado à técnica do reenvio a textos normativos pertencentes a outros ramos do Direito.

Hassemer (2005, p. 335), ainda a propósito do *mandato de certeza*, afirma que ele é decorrência lógica da necessidade de um sistema jurídico estruturado em codificações e, portanto, fundado na lei escrita (*lex certa*, segura, precisa). Reside neste entendimento, pois, o motivo pelo qual deve o legislador penal evitar a construção de tipos penais que somente se completam quando seus elementos são agregados àqueles outros elementos pertencentes à norma extrapenal, trate-se de lei, regulamento, portaria ou mesmo um ato administrativo em concreto.

Todavia, não é de se desconsiderar que, notadamente quando se está a falar de criminalidade econômica ou sócio-econômica, da tutela penal de interesses difusos e coletivos, não há como se afastar por completo do emprego da técnica da norma penal em branco, na

construção de tipos penais. Primeiro em decorrência da fluidez e dinamismo como tudo acontece na atividade sócio-econômica. Segundo, em razão da função regulatória dos diversos entes estatais nos mais variados setores do mercado e da economia.

Tudo a dificultar, por que não dizer, a tornar impossível que o legislador, ao elaborar o tipo de injusto penal, preveja todas as situações e circunstâncias de fato possíveis de ocorrer, que possam causar dano ou risco de dano ao bem jurídico difuso ou coletivo, emoldurando a conduta proibida, desde logo, com todos os seus elementos normativos e valorativos. Não há, pois, como prescindir da utilização de normas penais em branco nessa área específica do Direito Penal, através da técnica do reenvio a normas extrapenais.

Figueiredo (2008, p. 194-195), ao tratar da tutela penal dos interesses difusos aduz que:

A construção de figuras dogmáticas excessivamente dependentes de disciplinas extrapenais, segundo o modelo da normação penal em branco, deve-se à existência de uma extensa teia normativa e ao fato de o Direito Penal estar obrigado a intervir num domínio em que há atividades potencialmente perigosas para o bem jurídico em questão, mas que são consentidas pelo modelo institucional em vigor.

Esse também é o pensamento de Baldan (2009, p. 201), que já teve a oportunidade de assim se manifestar sobre o tema:

Nota característica do Direito Penal Econômico é o recurso às normas penais em branco. Nessa espécie de

normas penais, enquanto a sanção (preceito secundário – perinorma) vem determinada, o preceito primário (descrição da conduta proibida – endonorma) apresenta um caráter genérico que deve ser completado com um elemento futuro encontrável noutra dispositivo legal (lei ou diploma administrativo etc).

Admitindo-se, pois, a legitimidade das normas penais em branco, alguns limites devem ser impostos ao legislador quando da construção da conduta proibida, para que o tipo penal esteja em perfeita consonância com o princípio da legalidade, merecendo destaque acerca do tema, por esclarecedora, a análise de Greco (2006, p. 165-171), ao afirmar que a opinião dominante somente admite o reenvio ou remissão quando o *núcleo fundamental* da proibição seja previsto previamente pelo legislador penal e que tais remissões devem se limitar a concretizar o que é o risco permitido em face de determinado tipo penal, “sendo necessário refletir melhor a respeito da existência ou não de outras hipóteses de remissões legítimas”.

Merece relevo, ainda, sobre o princípio da reserva legal - ou da legalidade, como preferem alguns doutrinadores -, o fato de que o preceito é essencialmente dirigido ao legislador que, em sua decisão de criminalizar condutas, atento as condicionantes históricas e aos anseios sociais de proteção e segurança pública, deverá percorrer longo caminho em busca de um consenso, não somente acerca das condutas desvirtuadas dos valores da comunidade, como também sobre o modo como tutelar os valores ético-sociais fundamentais da sociedade.

Daí porque o legislador deve sempre procurar se pautar pela elaboração de tipos penais desapegados de conceitos abertos ou

indeterminados, demasiadamente fluídos com possibilidade de valoração casuísta que desvirtuem a verdadeira finalidade da norma penal, ou mesmo a utilização sem qualquer critério daquilo que se convencionou chamar de *técnica de reenvio* à normatização que transcendem os limites do próprio Direito Penal, buscando complementos normativos somente encontráveis em outras áreas do Direito (civil, administrativo, tributário, etc), por demais comum nos dias atuais quando se está a falar de criminalidade sócio-econômica, transindividual ou difusa, que se diz mesmo imprescindível em razão da fluidez e dinamismo como se dão as coisas na economia ou nos negócios e mesmo no âmbito da atividade de governança do Estado, a dificultar, por meio da previsão de lei certa, taxativa, que o Direito Penal possa se ocupar das constantes transformações nessas respectivas áreas da atividade humana.

Não destoia desse raciocínio o quanto já evidenciava Bruno (1978, p. 339) quando escreveu que:

Quando a consciência jurídica impôs ao Direito Penal, com o fim de segurança, a exigência de uma definição clara e precisa dos fatos em razão dos quais a sanção se aplicaria, o meio criado pelos juristas para resolver este problema capital foi o tipo, isto é, a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível [...].

As circunstâncias elementares do injusto penal são imprescindíveis à verificação posterior da necessária tipicidade, que nada mais é do que a subsunção do fato, em concreto considerado, àqueles elementos previamente descritos no modelo de crime formulado pelo legislador, acepção que também se encontra nas lições deixadas por Bruno.

Hungria (1977, p. 22) em sua obra clássica, também escrevendo sobre a matéria, afirmou que

segundo inclusive *Ernst Beling*, “antes de ser *antijurídica* e *imputável a título de culpa ‘sensu lato’*, uma ação reconhecível como punível deve ser *típica*, isto é, corresponder a um dos ‘esquemas’ ou ‘delitos-tipos’ objetivamente descritos pela lei penal”.

Há, pois, inegavelmente, uma aparente contradição entre o princípio da legalidade e o conteúdo determinante da reserva legal na construção do tipo penal que contém conceitos abertos ou indeterminados e também na técnica do reenvio às normas extrapenais.

3.2 Flexibilização e rigidez da lei penal

Hassemer (2005, p. 338-339), a propósito do tema, dissertando sobre a difícil decisão entre *flexibilizar* ou *tornar a lei precisa*, assim escreveu:

Qualquer decisão na escala entre flexibilização e a precisão é problemática. Quanto à isso se relaciona o fato de que a decisão pela *flexibilização* logicamente sempre alcança o seu fim: uma norma formulada de modo vago amplia as margens de decisão e desenvolvimento das normas. A decisão pela *precisão*, ao contrário, pode ser um estorvo: ela pode ser ‘excessivamente precisa’ e por isso pode excluir casos que certamente não deveria excluir, por exemplo, tornar a

subtração de uma máquina fotográfica de dentro do automóvel em um furto qualificado, mas a subtração do automóvel junto com a máquina fotográfica em um furto simples”, para em seguida afirmar que, portanto, o legislador não tem como garantir a certeza dos tipos, no que fica na dependência da *lealdade da jurisprudência*.

Assim, a harmonia do sistema jurídico-penal estaria a depender, segundo o autor, numa relação leal e sem transtornos entre legislador e jurisprudência resultante do mandato de certeza.

A doutrina tem se ocupado do debate. Saber se é razoável flexibilizar o texto legal ou se melhor torná-lo preciso é tema que sempre mereceu a devida atenção de diversos juristas. Daí que nos escritos doutrinários encontramos a classificação que faz distinção entre tipo penal aberto (de conteúdo mais fluído, portanto) e fechado (este, por excelência, dotado de maior rigidez e precisão).

Acerca dos tipos penais abertos, Reale Júnior (2009, p. 141) tem entendido que:

O legislador recorre aos elementos normativos também por força da linguagem, a fim de não cair em casuísmos exagerados, preferindo deixar em aberto, através de uma generalidade, a descrição de uma circunstância concreta variável.

Dias (2007, p. 290-292), analisando tais questões, nos ensina que se deve a Welzel o despertar o interesse para os tipos penais abertos, que segundo escreve, são aqueles “a partir de cujo teor se não lograria deduzir por forma completa, mas apenas parcial, os elementos

constitutivos do ilícito respectivo” ou, por outra forma, também em seu texto, seriam aqueles tipos em que a definição da espécie de crime teria de ser *completado* para que seja determinado o conteúdo da proibição, posicionando-se mais adiante no sentido de que a existência dos tipos ‘abertos’ “representa uma *contraditio in adjecto*” já que o tipo penal deve supor uma “indicação esgotante, através de elementos descritivos ou normativos, da matéria proibida”.

Roxim (1979, p. 6), em notável estudo a respeito do tema, assim escreveu:

Em muchos casos la materia de la prohibición no ‘está descrita em forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos’. Em estos supuestos el tipo resulta ‘abierto’, es decir, la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva y, por tanto, la realización del tipo no podría indicar la antijuricidad.

Em seguida conclui que, a consequência disto seria então que o juiz, ao invés de um procedimento negativo habitual, próprio dos delitos fechados, se tratando de tipos abertos somente poderia comprovar a antijuridicidade de forma positiva, ou seja, após determinar a realização do tipo ‘aberto’, investigaria a antijuridicidade mediante a comprovação dos chamados “elementos do dever jurídico”, portanto, ao que parece, recorrendo a elementos normativos postos à sua disposição pelo ordenamento jurídico.

Falando também a respeito dos tipos abertos, Fragoso (1995, p. 183-184) afirma que são “aqueles em que não aparece

expressa, por completo, a norma que o agente transgride com seu comportamento”, faltando no tipo a descrição completa da conduta delituosa, fazendo este pressupor a necessidade de normas especiais que o complementa, fazendo desaparecer o efeito indiciário inerente à tipicidade, aduzindo, igualmente, o autor, que nos tipos abertos “a ilicitude deve ser estabelecida pelo juiz, verificando se houve a transgressão das normas que a incriminação pressupõe”.

Este autor cita como exemplo de tipos abertos: a) os crimes culposos, nos quais é imprescindível que sejam “completados pela ação ou omissão contrária ao dever objetivo de cuidado”, assim conduta impregnada pela negligência, imprudência ou imperícia; b) os crimes comissivos por omissão, em que “a conduta típica depende da transgressão do dever jurídico de impedir o resultado”; c) os crimes nos quais são encontradas expressões tais como: *indevidamente, sem justa causa, sem permissão legal*, e, portanto, conduta que transgride normas referenciadas pelo tipo penal. Ao contrário, o mesmo autor diz que em se tratando de *tipos fechados*, o tipo penal “contêm, por completo, a descrição da conduta incriminada”, como ocorre no crime de homicídio previsto pelo artigo 121, do Código Penal.

De modo que, voltando a Hassemer, a intrincada questão sobre flexibilizar a lei ou torná-la precisa, passa por outra discussão inerente à formulação do tipo penal. É saber. Qual a melhor técnica legislativa a ser empregada em face da necessidade de criminalização de uma conduta que se mostra danosa ou que possa implicar risco de dano a algum valor ético-social de suma importância para a sociedade. É perquirir da conveniência ou não de utilizar-se de conceitos vagos ou abertos ou, se por outro lado, somente estará preservado o princípio da reserva legal caso o tipo penal seja taxativo, fechado e, assim, com

restritas possibilidades de interpretação da norma penal pelo juiz para condicioná-la à realidade social, mutante por natureza ou até mesmo, sendo o caso, de socorrer-se de elementos normativos ou da técnica do reenvio a outras leis e atos normativos não pertencentes ao Direito Penal, como forma de integração do tipo penal.

Mas parece correta a afirmação de que, se por um lado não é aconselhável uma ampla flexibilidade com o risco de se criar tipos penais extremamente vagos e imprecisos ou abertos, o que poderia levar ao arbítrio do julgador e a conseqüente insegurança para o indivíduo, de outra forma, desaconselha-se também o apego exagerado a mais absoluta e excessiva rigidez na descrição do fato típico, mormente em face dos avanços sociais e tecnológicos que a todo tempo se tem verificado nos mais diversos campos da atividade humana, tais como no âmbito da economia, meio ambiente, sistema financeiro, em matéria de tributos, saúde pública, etc, onde se podem encontrar interesses de alta relevância e em constante evolução, merecedores da tutela penal, logo, possibilitando-se ao juiz amplo recurso aos elementos normativos como forma de integração do tipo penal, seja pela apreensão da realidade sócio-econômica e cultural, seja através do recurso ao reenvio para outros textos normativos correlacionados à norma incriminadora.

Assim, para não gerar certa incongruência do sistema jurídico-penal, pelos excessos ou de flexibilidade ou de rigidez da norma penal, razoável, na verdade, é ter-se em mira a conduta que merece ser criminalizada, qual o bem jurídico que busca o legislador tutelar e qual a melhor técnica a ser empregada na construção do tipo penal. No caso do homicídio e da lesão corporal, por exemplo, a norma de proibição por si só já é suficiente à conduzir a sua observância e, caso cometido o delito

que a lei visa coibir, o comando contido no tipo penal não oferece maiores dificuldade para sua aplicação pelo julgador.

Diferente é o caso de delitos tais como: gestão fraudulenta, gestão temerária, omissão de recolhimento de contribuição previdenciário, assim como diversos crimes ambientais, cuja norma penal, quando não observada, obriga ao juiz, para sua aplicação, que recorra a análise de circunstâncias não pertencentes ao Direito Penal, sendo imprescindível, em tais casos, a utilização de elementos normativos de outros ramos do Direito (tributário, ambiental, econômico, etc), como forma de integrar a lei penal, para só assim dar-lhe plena eficácia e validade, daí a importância, também, do emprego da técnica do reenvio à leis extrapenais ou infralegais e mesmo dos tipos penais abertos, embora tal afirmativa nem sempre encontre ressonância na doutrina.

Nesse ponto, na obra de Reale Júnior (2009, p. 141), encontramos o entendimento de que os elementos normativos do tipo se caracterizam por dependerem do “recurso às normas jurídicas de outros ramos ou às normas morais e sociais”, e que tais elementos são de “conteúdo variável” somente verificáveis no confronto com as demais normas jurídicas e extrajurídicas em alguns casos, “quando da aplicação do tipo ao fato concreto”, somente aí se perfazendo a ação delituosa, sendo, na visão daquele jurista, juntamente com os elementos objetivos e subjetivos, “um índice revelador do valor tutelado” e da “antijuridicidade pelo desvalor jurídico que refletem” e que pode ser, referido elemento normativo, encontrado nas seguintes expressões: “sem justa causa”; “indevidamente”, “sem autorização”.

Marques (1997, p. 184-186) escreveu sobre o tema, quando afirmou que, no que respeita a admissibilidade de preceitos genéricos e amplos, não obstante o princípio da reserva legal, não é vedado “a inclusão no conteúdo descritivo de expressões de amplo alcance que aumentem o campo da norma incriminadora”. De acordo com o autor, de todo modo o relevante está em que se mantenha incólume a “parte nuclear do ‘tipo”, que não poderá dar ensejo a dúvidas, podendo, portanto, as expressões constantes da norma penal, sofrer o incremento de interpretação ou valoração, sem que, com isso, perca seu caráter incriminatório.

Segundo Bruno (2005, p. 343/346): “O tipo penal é por definição a formula descritiva das circunstâncias objetivas do crime”. De acordo com o jurista, portanto, o tipo penal é composto por elementos descritivos e objetivos (percebidos através de simples atividade cognitiva e sem necessidade de recorrer a regra de julgamento), a estes podendo ser acrescidos os chamados elementos normativos, embora não preponderantes na formulação do tipo de injusto penal, elementos que, na lição de Bruno, já não estão a depender do “simples emprego da capacidade cognoscitiva, mas cujo sentindo tem de ser apreendido através de particular apreciação por parte do juiz”, ora utilizando-se de termos ou expressões jurídicas comumente empregados pela lei penal –, tais como *documento, funcionário público, coisa alheia móvel*, etc, ora utilizando-se de termos ou expressões extrajurídicas e assim, pertencentes à cultura, às idéias, e porque não dizer, aos ideais e tradições de um determinado povo, tais como: *mulher honesta, dignidade, decoro*, e assim por diante.

Por outro lado, dessas assertivas pode-se concluir que na formulação do tipo penal, não é equivocada a afirmação de que, mesmo quando o legislador utiliza-se de forma preponderante de elementos

descritivos, só por isso, não estará vedada a atividade de julgamento, ou a valoração casuística das circunstâncias objetivas previstas no tipo penal, talvez com menor largueza relativamente aos elementos normativos, mais ainda assim o juízo de valor acerca do alcance de determinado elemento descritivo-objetivo ocorrerá. De sorte que, seja o tipo penal formado por elementos descritivos e objetivos e somente estes, ou, ainda, por elementos normativos, tanto numa situação como noutra nos parece que o verdadeiro alcance da lei penal somente poderá ser constatado através da comunhão das atividades cognoscitiva e valorativa, com recurso as regras de julgamento, consoante ensinamento de Bruno (2005, p. 343-346).

Portanto, na construção do tipo penal, como é de conhecimento, o legislador utiliza-se de elementos descritivos e normativos e, em algumas situações, dando maior realce somente a um deles em detrimento do outro, que pode levar a dificuldades para a efetiva aplicação da lei penal e maior esforço cognitivo do julgador em sua tarefa de perquirir o real alcance da norma.

Vale dizer, quanto menor a incidência de elementos descritivos, tanto maior será a atividade valorativa a ser desenvolvida pelo juiz, notadamente se, para a integração da norma penal estiver em face de elementos que denotam a necessidade da apreensão de valores ético-sociais, culturais, ou de determinada atividade sócio-econômica que em muitos casos estão representadas e constam de expressões contidas em lei ou ato normativo outros, estranhos ao Direito Penal, preferindo o legislador em matéria de criminalidade econômica se valer dos tipos penais abertos ou da lei penal em branco, para possibilitar, por assim dizer, melhor tráfego ao juiz pelo sistema jurídico como um todo ao

apreciar o caso concreto, sem os inconvenientes da rigidez da norma penal, muito comum quando se estar a falar de tipo penal fechado.

3.3 Norma penal em branco

Quando se trata da formulação do tipo penal, o legislador não raro faz opção pela construção da norma incriminadora que contenha não somente elementos descritivos, utilizando correntemente de elementos normativos os mais diversos e também fazendo uso das chamadas normas penais em branco que Prado (2009, p. 82) assim tem conceituado:

A norma penal em branco é aquela em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando da complementação de outro dispositivo legal.

A norma penal em branco, como elemento que adere ao modelo de incriminação pretendido pelo legislador penal, que podemos denominar de tipo nuclear, ou principal, sempre que este contenha comando expresso remetendo a complementação da descrição da conduta delituosa para outro texto de lei ou ato administrativo, que integrarão, então, o preceito principal. Figueiredo (2008, p. 204), analisando este aspecto da norma penal em branco, assim se manifestou:

[...] opções legislativas por tipos normativos abertos são objeto de severas críticas do ponto de vista da legitimidade constitucional, porque, com o uso excessivo da normação penal em branco, o legislador estaria a abrir mão de suas prerrogativas, infringindo assim o *princípio*

da separação de poderes. Ademais, o abuso freqüente de elementos normativos indeterminados e da remissão a 'autorizações' ou 'obrigações' determinadas pela autoridade administrativa competente entraria em contradição com os princípios da *taxatividade* e *igualdade*, ambos com refração constitucional.

Em circunstâncias assim, por vezes se diz que o tipo penal é genérico. Mas na verdade, ao que tudo indica, somente seria genérico o tipo penal, caso o preceito genérico nele contido se esgotasse em si mesmo, o que não parece ser verdadeiro, já que, pelo que é dado observar dos textos doutrinários, diferentemente dos chamados tipos abertos, estes sim passíveis de eventualmente conter preceitos genéricos, nos denominados tipos penais em branco, o preceito principal ou nuclear deverá necessariamente ser complementado por outra disposição de lei ou preceito normativo extrapenal, cuja ausência inviabilizará a aplicação da lei penal, ou seja, sem o complemento normativo, o próprio tipo penal em seu conteúdo criminalizador é inexistente.

A doutrina também faz distinção quanto à espécie de norma penal em branco, conforme a fonte normativa extrapenal de onde o complemento emana, podendo ser destaca a seguinte classificação: a) complemento normativo homogêneo – norma extrapenal tem origem no mesmo órgão legislativo – artigo 327 (conceito de funcionário público) do Código Penal; artigos 168-A e 334, também do Código Penal (conceito de imposto devido, contribuição previdenciária – norma tributária de mesma hierarquia: Código Tributário Nacional, Lei n° 8.212/91); b) complemento normativo heterogêneo –

norma extrapenal tem origem em órgão legislativo diverso (estadual, municipal, ou mesmo oriunda no Poder Executivo: resoluções, portarias).

Outro aspecto que merece ser ressaltado é que, o complemento normativo que exige o tipo penal em branco, não pode extrapolar o próprio campo de incidência do preceito principal (que prescreverá sempre o núcleo essencial da incriminação ou da conduta proibida e, obrigatoriamente, a sanção imposta pela sua não observância). Não pode a lei extrapenal ou a norma infralegal, seja ato administrativo, resolução, portaria, etc, ir além do quanto previsto ou autorizado pela lei penal em branco e deve observar, quando de sua edição, as regras inerentes ao processo legislativo próprio, bem como questões outras relacionadas à competência e hierarquia do órgão ou entidade responsável de onde emana a norma administrativa requisitada pelo preceito incriminador, sob pena de violação, da mesma forma, do princípio da legalidade.

Portanto, dessas premissas podemos destacar, como limites impostos ao legislador penal, na construção dos tipos penais em branco, as seguintes assertivas: a) o tipo penal incriminador deve conter necessariamente a descrição do núcleo fundamental da proibição; b) a norma de remissão deve se limitar a descrever o que é risco permitido, ou quais os termos e limites do ato autorizativo a ser conferido pelo poder público; c) quanto maior a gravidade da sanção, maior deve ser a precisão do tipo penal ou de seu núcleo fundamental e menor o reenvio, de modo a evitar abusos e excessos por parte do complemento normativo extrapenal e até mesmo do juiz ao aplicá-lo no caso concreto; d) proibição da delegação de competência, expressa ou implícita, aos

diversos órgãos e entidades do Poder Público, para a formulação integral da conduta criminosa.

De acordo com Dias (2007, p. 184-185), de se perguntar se a exigência de legalidade deve abranger também a lei extrapenal, quando houver necessidade de fundamentação ou agravação da responsabilidade criminal, afirmando, a propósito da indagação que: “Para esta fundamentação ou agravação serve-se muitas vezes a lei penal, com efeito, de *procedimentos de reenvio* para ordenamentos jurídicos não penais, v.g., o civil, o administrativo, o fiscal, etc...”. E o autor prossegue afirmando que tal técnica de subsunção é comum às normas penais em branco, principalmente numa específica área do Direito Penal Secundário e que, segundo ele, tais normas são aquelas que “cominam uma pena para comportamentos *que não descrevem*, mas se alcançam através de uma remissão da norma penal para leis, regulamentos ou inclusivamente actos administrativos autonomamente promulgados em outro tempo ou lugar”, definição com a qual não divergem nossos doutrinadores, inclusive quanto a legalidade dessa técnica de construção do tipo penal.

Na doutrina, quanto a norma penal em branco, em Fragoso (1995, p. 75-76), encontramos a seguinte definição: “Chamam-se *normas penais em branco* aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminada, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura”, assinalando, ademais, que nessa espécie de lei não falta o preceito; o que ocorre é que a norma é apenas formulada de maneira genérica, sendo completada pela disposição integradora, chegando a afirmar esse mesmo autor que o fundamento de sua existência é a necessidade de tutela penal de “categorias de prescrições administrativas”. Todavia, aduz que a integração somente é de ser autorizada nos precisos limites do

preceito primário, de sorte que o complemento normativo extrapenal - no texto do referido autor, um ato administrativo -, não poderá ultrapassar os limites daquela norma, sob pena de violar o princípio da estrita legalidade.

Garcia (1977, p. 156), aduz que ao conceituar a infração a lei reporta-se a textos normativos extra-penais, atuais e futuros, o que faz a figura delituosa ficar a depender do referido complemento, nisso consistindo a *lei penal em branco*, pontuando que sua adoção pode cercear o princípio *nullum crimen*, devido ao fato de que a complementação da norma penal surgir difusa e imprecisa, exigindo, no mais das ocasiões, *“intrincadas averiguações para positivar-se a existência ou não do crime, que aquele dogma fundamental decai do seu valor como garantia contra imputações especiosas ou arbitrárias”*. Porém, concorda o autor que são razoáveis os argumentos que militam a favor e contra tal técnica de remissão.

Hungria (1977, p. 103-104), em sua tradicional obra de comentários ao Código Penal, tratando das leis penais em branco, ensinava que existem leis penais que dependem, para serem plenamente exeqüíveis, de algum complemento proveniente de outras normas jurídicas ou mesmo de atos administrativos: regulamentos, portarias, editais, a serem oportunamente expedidos pelos entes responsáveis. Segundo o magistério do autor: “A pena é cominada à transgressão (desobediência, inobservância) de uma norma (legal ou administrativa) a emitir-se *in futuro*”, e cita as regras infra-legais que tratam de tabelamentos de preços, mencionando mais especificamente o regime da Lei nº 1.521/51, não se esquecendo de dar destaque a necessidade de que a norma infra-legal, para “fazer corpo ou unidade lógica com a *lei penal*”, seja precedida de publicação no órgão oficial e

observada sua *vacatio*, sem o que, afirma Hungria, tais normas “serão inteiramente anódinas”. E, assim, denominava tal regramento de “leis penais em branco, cegas ou abertas”.

Hungria (1977, p. 137-138), também em outra precisa lição, desta feita acerca do problema que envolve a revogação do complemento normativo, legal ou infralegal, entendia que a lei penal em branco não se considera revogada em consequência da revogação de seus complementos. Cessando a eficácia da lei extrapenal e de regulamentos ou atos administrativos, a lei penal em branco ainda assim continua em vigor.

O que lhe falta são os elementos ocasionais de que necessita para posterior aplicação, afirmava o sempre festejado penalista e, mais uma vez nos traz o exemplo do tabelamento de preços que, segundo o autor, pode ser analisada sob o seguinte aspecto: se posteriormente (ou ao tempo do julgamento) a mercadoria pela qual se cobrou preço abusivo, deixou de constar entre aquelas que estão sendo mantida sob controle de preço, nem por isso a conduta anterior deixará de ser considerada criminosa, pela falta do elemento ocasional – “Não pode ser suscitada, aqui, questão de direito transitório, pois que não há sucessão de leis, isto é, a norma penal não é revogada, mas apenas vem a faltar, temporariamente, ou não, para o futuro, a eventualidade condicionante da aplicação da pena”.

Bruno (2005, p. 204), após asseverar que é exigência da norma penal contenha ela definição precisa de suas circunstâncias elementares, que denominados *tipo penal*, aduz que “normas penais em branco são normas de tipo incompleto, normas em que a descrição das circunstâncias elementares do fato tem de ser completada por outra

disposição legal, já existente ou futura”. Ensina, também, que, em tais normas é deliberada a presença de uma lacuna, que deverá ser integrada por outro dispositivo legal e que o comando ou proibição contidos na norma são enunciados de maneira genérica cuja configuração específica somente surgirá com a norma integradora, todavia, somente a lei penal será fonte do preceito principal.

A fonte extrapenal ou complementar, embora integrando os elementos do tipo penal, somente “resulta uma fonte subsidiária do Direito Penal”. Bruno (2005, p. 204) faz destaque, ainda, para a “quantidade do preceito ausente”, que, segundo o autor, poderá variar desde o máximo até o mínimo. De modo que, quando a lei penal impõe a “proibição de infringir determinado dispositivo de outra lei ou regulamento”, somente neles será encontrado o conteúdo da infração proibida, então a quantidade do preceito ausente estará no máximo. Por outro lado, quando somente um dos elementos do tipo penal necessita de explicitação do dispositivo complementar, então a quantidade do preceito ausente estará no mínimo.

Para Marques (1997, p. 188) leis penais em branco “são disposições penais cujo preceito é indeterminado quanto a seu conteúdo e nas quais só se fixa com precisão a parte sancionadora”, em que, de qualquer modo, subsiste um preceito representado pela ordem de observância das disposições contidas no preceito complementar.

Toledo (2002, p. 42-43), de sua parte, escreveu que: “Denominam-se normas penais em branco aquelas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas”, citando como exemplo o

artigo 269 do Código Penal, assim redigido: “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

O autor, ainda sobre a norma penal em branco, nos lembra de uma peculiaridade dessa técnica legislativa, no que menciona o caráter controvertido acerca de eventual retroatividade benéfica do complemento normativo que deixa de considerar determinada circunstância elementar ou quando a alteração da norma extrapenal implicar “na cessação da exigência cuja inobservância caracterizava o crime”.

Menciona Toledo que a modificação poderá implicar em “redução da área de incidência do tipo, o que, evidentemente, diz respeito ao ‘crime e à pena””. Em esclarecimento da controvérsia, interessante é o exemplo emblemático do “tabelamento de preços de mercadorias” em tempos de crise econômica ou de abastecimento, surgindo então discussão quanto à retroatividade, ou não, de lista geral que baixe o preço de determinado produto em relação à lista anterior, ou mesmo exclua do tabelamento um dado produto ou mercadoria.

Mas no caso, segundo pensamos, a solução da controvérsia tem também de passar necessariamente pelo que dispõe o artigo 3º, do Código Penal, ou seja, é importante saber se a norma extrapenal tem caráter excepcional ou temporário, se foi editada tendo em conta, como escreveu uma vez mais Toledo (2002, p. 105), “situação anormal ou de convulsão social ou de calamidade pública”, o que justificaria a ultra-atividade da lei mais severa em face de modificação posterior, mais benéfica e que pode ter particular campo de incidência nas chamadas normas penais em branco. Ainda, no caso de alteração posterior de

tabelamento de preços, Fragoso chegou a afirmar que uma qualquer alteração, por não representar uma *nova valoração jurídica dos fatos*, não poderia retroagir em benefício do réu, pelo seu “caráter de excepcionalidade”.

Relativamente à atividade de integração da lei, por meio de elementos normativos ou através da norma extrapenal, dois exemplos se apresentam elucidadores, um deles diz respeito ao crime de gestão temerária de instituição financeira (artigo 4º, parágrafo único da Lei nº 7.492/1986), cuja redação está assim expressa: “Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

A doutrina, com alguma divergência, entende que se trata de delito que necessita de complementação valorativa do juiz, ou seja, precisa de integração segundo as regras de experiência e hermenêutica, a fim de que seja encontrado o sentido da norma penal. É perquirir sobre o alcance do elemento normativo “gestão temerária”. Nesse desiderato, por primeiro é de se ter em mente não estarmos em face de norma penal em branco, propriamente dita, mas sim de tipo penal aberto, na acepção como antes analisado no texto e segundo a conceituação dos insígnias penalistas que mencionamos.

Todavia, quer nos parecer que, tratando-se de tipo penal aberto, mesmo não havendo no referido texto legal qualquer remissão ou reenvio exposto, nem por isso deixará o julgador de se valer de textos normativos outros próprios que regulamentam o sistema financeiro nacional, tais como os diversos atos e resoluções do Banco Central ou do mercado de capitais, de maneira a buscar o real alcance da norma de

proibição. Constatase pois, que, mesmo em face do tipo penal aberto, em algumas situações o juiz terá, necessariamente, que recorrer à lei extrapenal ou ao ato administrativo, sem o que restará inviabilizada a perfeita integração do tipo penal.

Diferentemente ocorre no caso do delito atualmente previsto no artigo 168-A do Código Penal, consubstanciado na omissão de recolhimento de contribuição previdenciária, cujo “caput” tem a seguinte redação: “Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

De notar-se aqui, que o tipo penal, para sua integração necessita da presença de elemento normativo, vale afirmar, é preciso se socorrer das normas de Direito Tributário que indicará qual é a hipótese de incidência tributária, o conceito de contribuição previdenciária e, ainda, segundo também a norma tributária, quando a contribuição tornou-se exigível e devida ou, por outro lado, se o imputado está sendo beneficiado por algum regime de parcelamento do tributo devido; se é beneficiário de regime especial de tributação; ou se efetuou o pagamento dentro de limite temporal, a autorizar a extinção da punibilidade. Aqui não há a necessidade de qualquer atividade valorativa do magistrado de molde a constatar a subsunção do fato ao tipo de injusto penal. O complemento normativo advindo da Lei nº 8.212/1991 e outras pertinentes à matéria lhe dão as diretrizes necessárias a esse desiderato.

Outro campo fértil para as normas penais em branco e a integração do tipo penal através de elementos normativos, tem sido a criminalização de condutas praticadas contra o meio ambiente, posto que é imprescindível recorrer a uma infinidade de leis, regulamentos e

decretos emanados de autoridades e órgãos ambientais que fixam limites e regramentos às diversas atividades econômicas e mesmo limites possíveis de “degradação” ao meio ambiente e em que termos podem se dar alguma compensação ambiental como condição à exploração de determinado negócio ou atividade empresarial. O Direito ambiental, assim, tem no CONAMA a autoridade encarregada por editar as diversas resoluções e demais atos que lhe darão a perfeita conformação à norma penal incriminadora.

Merece destaque também a Lei de Drogas – Lei nº 11.343/06 – que, para a verificação de tratar-se de substância entorpecente, logo, de uso, posse, circulação, etc, vedados pela norma, remete seu complemento normativo à autoridade administrativa do Estado responsável, atualmente o Ministério da Saúde, mais especificamente a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), órgão competente para eventual inscrição de substâncias no rol daquelas proscritas ou de uso restrito.

4. O crime e sua classificação

4.1 Definição de crime

É de se revelar, inicialmente, que não se deve buscar a definição legal de crime na norma penal, embora esta nos forneça elementos que por certo irão compor o seu conceito sob os mais diferentes prismas.

Tal tarefa ao longo dos tempos foi destinada aos doutrinadores que se dedicam ao estudo e aprimoramento da ciência penal. Todavia, como escreveu Bitencourt (2010, p. 252), em consonância com o pensamento de Fragoso (1995, p. 144), houve momento na história em que se encontrava a definição legal para o crime na lei penal, tal como se deu nos Códigos Penais de 1830 (art. 2º, § 1º) e 1890 (art. 7º). Porém tal técnica não é adotada pelo Código Penal atual, que data de 1940. Bitencourt (2010, p. 252), sobre esta assertiva ensina que: “As experiências anteriores, além de serem puramente formais, eram incompletas e defeituosas, recomendando o bom senso o abandono daquela prática”.

A esse respeito, Fragoso (1995, p. 144), por seu turno, escreveu que

Em doutrina, cogita-se de conceito formal e material, bem como de conceito analítico de crime. O primeiro corresponde a *definição nominal* (relação de um termo àquilo que o designa); o segundo, a *definição real*, que procura estabelecer o conteúdo do fato punível. O

conceito *analítico*, de grande importância técnica, indica as características ou elementos constitutivos do crime.

De fato, como verificaremos, na tentativa de alcançar a correta definição de crime, é imprescindível o aperfeiçoamento e a conjunção dos seus mais diversos elementos, sejam eles objetivos, subjetivos, meramente formais ou materiais, além da perquirição de circunstâncias que são específicas de cada delito considerado e que dizem respeito à conduta delituosa, ao modo de agir e de se comportar do criminoso, passando, inclusive pela avaliação do quanto houve de dano ou de perigo de dano para o bem jurídico tutelado pela norma penal, labor que somente se pretende possa ser realizado satisfatoriamente em face do caso concreto, nunca como decorrência de imposição formal ou de conceitos previamente formulados na lei criminal.

E, muito embora saibamos que doutrinariamente o crime pode ser definido sob aspectos diferentes, não sendo equivocado falar-se na existência de um conceito formal, material e analítico de crime - como bem foi mencionado por Bruno (2005, p. 172-178), Fragoso (1995, p. 144-148), Toledo (2002, p. 79-82) e Bitencourt (2010, p. 245-252) -, para a melhor compreensão do tema ora proposto pensamos que seja relevante dar destaque ao conceito analítico do crime, pelo que passamos a fazer algumas considerações.

Em Fragoso (1995, p. 146) encontramos o núcleo essencial do conceito analítico de crime, na medida em que, conforme assinala, em sua composição podemos encontrar “um *elemento objetivo* e um *elemento subjetivo*”, que, segundo entendia, embora insuficientes para esclarecer e definir o crime, foi amplamente difundido, ao que acrescentamos que, ainda hoje toda a evolução do Direito Penal nesses

elementos se sustenta, bastando, para sua confirmação, a comparação dos estudos levados a cabo acerca da Teoria do Crime e da ampla casuística que pode ser verificada nos Tribunais. Para sustentar tal assertiva, Fragoso aduz que

O elemento objetivo do crime seria a ação ou omissão típica, ou seja, a conduta e o resultado correspondente ao modelo legal do fato punível. O elemento subjetivo seria a culpabilidade, concebida como vontade criminosa (dolo) ou negligência.

E, para esclarecer as origens de tal modo de pensar o conceito analítico de crime, afirma o autor que foi a doutrina penal desenvolvida na Alemanha que mais se destacou no aprofundamento de tais elementos, com a introdução, inclusive, de outros elementos tais como a *tipicidade* (Beling, 1906) e *antijuridicidade* (Beling), chegando-se aos dias atuais com a definição encontrada em todos os manuais e compêndios que versam sobre o tema que tem no crime uma “ação ou omissão típica, antijurídica e culpável”.

A respeito deste conceito analítico de crime, correntemente propagado pela doutrina, também já tivemos a oportunidade de nos manifestar, quando afirmamos que o crime, para sua existência e caracterização, depende da presença daqueles elementos acima referidos por Fragoso, nos seguintes termos:

Fato típico, porque o crime deve conformar-se a um modelo legal de fato considerado punível pela norma penal. Antijurídico, porque o fato ilícito descrito na norma deve ser contrário ao direito, à ausência de qualquer norma permissiva para a prática da conduta, de que são

exemplos a legítima defesa e o estado de necessidade. Culpável, porque deve se revelar da conduta criminosa o necessário juízo de reprovação, por ter o agente cometido o crime com consciência da ilicitude, em situação na qual era exigido comportamento conforme o direito (Almeida, 2008, p. 125).

4.2 Fato típico

Dessas características que definem o crime, nos deteremos ao fato típico, por entendermos que o desdobramento do tema enseja uma breve síntese desse elemento que é inerente e indissociável ao injusto penal, posto que deverá integrar a estrutura essencial da conduta delituosa e todas circunstâncias elementares à sua configuração (Bruno, 2005, p. 213).

O fato típico revela a identidade do crime, apresentando, através do tipo que nele se incorpora e por meio de técnica descritiva, quais são os elementos do fato incriminador e, como corolário do princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, delimita a incidência da norma penal sobre a conduta humana, de sorte a individualizar os contornos do comportamento humano que à norma penal interessa reprimir, por afrontar de maneira mais gravosa e intolerável bens jurídicos considerados relevantes para o indivíduo e para a comunidade, logo, contribuindo o comando proibitivo que se insere no tipo penal à manutenção da segurança e da paz social.

Bruno (2005, p. 214), analisando o tipo e o fato delituoso que nele se encerra, escreveu que

Quando a consciência jurídica impôs ao Direito Penal, com o fim de segurança, a exigência de uma definição clara e precisa dos fatos em razão dos quais a sanção se aplicaria, o meio criado pelos juristas para resolver este problema capital foi o tipo, isto é, a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível.

De modo que, o tipo é que se encarregará de fornecer a exata descrição do fato que tem repercussão na órbita penal, precisando o modelo abstrato de comportamento que pretende proibir, informando, desde logo, seus elementos indissociáveis, sejam eles objetivos ou subjetivos, daí porque ser corrente em doutrina a afirmação de que o “tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal”, escrevendo Bruno (2005, p. 214), em arremate, que: “Tipicidade e essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal”.

Toledo (2002, p. 127), afirmando que “o *tipo penal* é um modelo abstrato de comportamento proibido”, diz também que se trata de “descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”.

Não obstante o tipo penal estar representado normalmente pelo verbo que determina a ação ou o “modelo abstrato do comportamento proibido” - “matar” alguém; “ofender” a integridade corporal ou a saúde de outrem; “subtrair”, para si ou para outrem, coisa alheia móvel; figuras típicas que correspondem, respectivamente, aos artigos 121, 129 e 155, do Código Penal -, logo, com a indicação clara e

precisa do comportamento do agente e o objeto material ofendido, podendo ser acrescentado à construção típica elementos que à juízo do legislador são necessários para incrementar a figura delituosa, seja relativamente ao “modo de cometer o delito” ou, ainda, no que respeita ao “animo” ou fim especial perseguido pelo criminoso, incorporando ao tipo descrições representativas de tais elementos ou circunstâncias específicas, tais como nos seguintes exemplos: a) obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, “em prejuízo alheio”, “induzindo ou mantendo alguém em erro”, mediante artifício, ardil, ou “qualquer outro meio fraudulento” – artigo 171, *caput*, do Código Penal; b) retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa da lei, “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” – artigo 319, do Código Penal.

Devido ao comando proibitivo abstrato e geral que se contém na fórmula prevista pelo legislador, é normal que o tipo não mencione expressamente, em regra, a figura do sujeito ativo passível de sujeitar-se ao à norma repressiva, porque a ele dirigido especificamente a regra de proibição. Esta é dirigida indistintamente a todos os membros da comunidade. Todavia, em razão de determinados crimes, não há como o tipo penal alcançar a todos os indivíduos, pois, naturalmente, são regras de proibição que somente tocam a uma condição pessoal ou particular, que é específica do agente delituoso e que a norma penal pretende alcançar.

E para dar destaque a algumas especificidades, como de resto no geral, quando se trata de construir a fórmula pretendida pelo legislador, não há como se descurar da análise do bem jurídico-penal que a norma penal quer estender a sua proteção, daí ser razoável se pensar em incrementar o tipo com algumas circunstâncias ligadas a uma

condição particular ou pessoal do sujeito ativo do delito ou fazer inserir o campo de incidência da norma penal somente quando praticado o crime no âmbito de determinadas atividades, negócios jurídicos ou por agente que detenha uma qualidade especial, distinguindo o tipo penal, pela inserção de tais elementos, uma determinada conduta daqueles outros crimes “comuns”, estes, passíveis de serem cometidos por qualquer pessoa ao contrário daqueles.

Tal afirmação encontra supedâneo no pensamento Bruno (2005, p. 215) que nos deixou lição lapidar onde afirmava que, quanto ao sujeito ativo do delito, geralmente o tipo penal não o especifica expressamente, embora haja ocasião em que é indicado por meio de uma condição particular, sem a qual o crime não se aperfeiçoa, exemplificando o ilustre penalista com a condição ou qualidade de funcionário público que é necessário à prática do delito previsto no artigo 312, §§ 1º e 2º, e de estrangeiro, na situação do artigo 309, ambos do Código Penal, e prossegue o autor

Muitas vezes se juntam também, para integrar o tipo, certos atributos do objeto, ou circunstâncias do fato, circunstância de tempo ou lugar, de modo ou instrumento de execução, de fim visado pelo agente: “matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”; “privar alguém da sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado”; “expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria”. E concluí ainda, que: “O tipo é por definição a fórmula descritiva das circunstâncias objetivas do crime. Os seus elementos são essencialmente descritivos e objetivos. Essencialmente, mas não exclusivamente”.

Tais apontamentos das características que cercam o tipo penal denotam, pois, que, de rigor, deve contemplar “modelo de conduta proibida” que se destina a ser observado por todo e qualquer indivíduo. Todavia, como dito, não é desarrazoado que, para a tutela de certos bens jurídicos, o tipo preveja elementos ou circunstâncias que somente podem ser subsumidos em fatos praticados por determinada categoria de indivíduos ou detentores de uma qualidade que não é identificada na generalidade dos casos.

4.3 Crime comum e crime especial

De modo que, em que pese a existência de uma extensa classificação dos crimes, que leva em conta essas diversas especificidades do tipo, ora dando destaque para o elemento subjetivo, ora para o elemento objetivo do delito e por vezes tendo em conta qualidade somente presente em alguns indivíduos, para o fim a que se presta o presente trabalho nos deteremos na classificação que separa o crime em delitos comuns e delitos especiais, de conformidade com a proposta que segue.

O sistema de normas penais, por assim dizer, é composto pelas regras gerais e tipos penais inseridos no Código Penal e também pelas regras específicas e tipos penais especiais ou previstos pela lei penal especial, daí, ainda, a denominação de crime comum, crime especial e lei penal comum e lei penal especial.

Novamente é de se dizer que, a fim de distinguir uma categoria de crime da outra, pode-se conceituar o crime comum como

aquele que poderá ser cometido por qualquer pessoa. Não exige o tipo elemento ou circunstância que o torne um delito próprio de ser cometido somente por uma classe ou categoria de indivíduos. Mire-se, por exemplo, nos crimes de homicídio, furto e roubo, previstos nos artigos 121, 155 e 157, todos do Código Penal, para os quais a lei penal não informa dado que determine o seu cometimento somente por uma classe de pessoa e não por outras.

A *contrario sensu*, o crime especial, ou dotado de uma característica ou elemento específico, poderá estar inscrito na parte especial do próprio Código Penal ou em texto de lei penal extravagante. Tem como elemento que o diferencia dos demais, certas qualidades ou características que são próprias de determinados agentes ou atividades, como a condição de ser funcionário público (artigo 299, parágrafo único e artigo 312, do Código Penal e nos crimes funcionais de modo geral); ou diretor, gerente ou representante legal de pessoa jurídica (Lei nº 7.492/1986, artigo 25); condômino, co-herdeiro, sócio (artigo 156, do Código Penal); médico (art. 269, do Código Penal).

Em relação a determinadas atividades: meio ambiente, sistema financeiro, ordem econômica e tributária, etc, o tipo penal, dito comum, sofre um incremento com o acréscimo de elementos específicos, que pode ser assim exemplificado:

a) a importação ou exportação de produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências legais; o funcionário público que tem o dever legal de cumprir obrigação de interesse ambiental (Lei nº 9.605/1998, artigo 56 e 68);

b) a falsidade de documentos fiscais ou a fraude contra a fiscalização como forma de iludir a fazenda tributária e suprimir ou não recolher o tributo devido (Lei n° 8.137/1990, artigos 1° e 2°);

c) a fraude praticada contra a fiscalização de valores mobiliários, com o fim de iludir o investidor ou o mercado de valores mobiliários; a obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira; a falsidade de identidade para o fim de realização de operação de câmbio (Lei n° 7.492/1986, artigos 9°, 19, 21).

De modo geral, a doutrina pátria não destoa do quanto foi afirmado até aqui, como podemos verificar pelo entendimento de alguns dos mais renomados juristas e estudiosos do Direito Penal, que agora transcrevermos.

Hungria (1958, p. 53-54), como de resto toda a doutrina, apresentava igualmente extensa classificação para o crime e denominava os crimes especiais também de crimes próprios, ensinando que

“comuns são os que podem ser praticados por qualquer pessoa; *especiais* os que pressupõem no agente uma particular qualidade ou condição pessoal, que pode ser de cunho social (ex.: funcionário público militar, comerciante, empregador, empregado, médico) ou *natural* (mulher, mãe, ascendente, descendente). E arremata aduzindo que *“são crimes especiais os funcionais, ou puramente militares, o crime falimentar próprio, a parede*

(greve), o auto-abôrto, o infanticídio, o crime do art, 302, o abandono de família”.

Fragoso (1995, p. 158), por sua vez, sem falar em crime comum e crime especial, todavia, afirmando a existência de tipos simples e tipos mistos, os primeiros descrevendo “uma única espécie de conduta punível”; os segundos descrevendo “mais de uma espécie de conduta”, que também podem ser tipos mistos *alternativos* e *cumulativos*; quanto aos tipos mistos alternativos, dentre vários exemplos invoca o caso do artigo 177, § 1º, nº I, do Código Penal, em que figura como sujeito ativo do delito “o diretor, o gerente ou o fiscal”, a evidenciar que o tipo penal exige uma qualidade ou condição especial, sem a qual não se pode dizer tenha ocorrido o crime.

Bitencourt (2010, p. 255-256), por seu turno, no que respeita a tais crimes, menciona a existência de crimes comum, próprio e de mão própria. O crime comum podendo ser praticado por qualquer pessoa. Em contrapartida, o crime próprio ou “especial” somente podendo ser praticado por quem seja possuidor de uma qualidade ou condição pessoal, que, segundo o autor, poderá ser uma “*condição jurídica* (acionista); *profissional ou social* (comerciante); *natural* (gestante, mãe); *parentesco* (descendente) etc”, o que se coaduna com o pensamento de Hungria (1958, p. 53-54), já exposto.

Ademais, Bitencourt (2010, p. 255-256) faz interessante distinção entre o que ele denomina de *crime de mão própria* e o *crime próprio*, nos seguintes termos:

Crime de *mão própria* é aquele que só pode ser praticado pelo agente pessoalmente, não podendo utilizar-se de

interposta pessoa (falso testemunho, adultério, prevaricação). A distinção entre crime próprio e crime de mão própria, segundo Damásio, consiste no fato de que, 'nos crimes próprios, o sujeito ativo pode determinar a outrem a sua execução (autor), embora possam ser cometidos apenas por um número limitado de pessoas; nos crimes de mão própria, embora possa ser praticados por qualquer pessoa, ninguém os comete por intermédio de outrem'.

Toledo (2002, p. 141-142) escrevendo sobre o tema aduz que, nos crimes gerais ou crimes comuns o agente é indeterminado, pelo que qualquer pessoa pode cometê-lo, diversamente do que ocorre com os crimes especiais, em que “o círculo de agente possíveis fica reduzido àquelas pessoas designadas pelo legislador”. E, ainda, escreveu o autor: “Nestes últimos – os especiais – quem não possuir a característica prevista no tipo só pode ser considerado coautor ou partícipe, jamais autor do crime”.

Por vezes, a semelhança existente no confronto entre a descrição do conteúdo normativo do tipo penal “comum” e do tipo penal “especial” e a incidência de um ou outro no caso concreto cede espaço para divergências e dúvidas quanto a saber qual a norma que melhor é adequada para atender aos fins do Direito Penal, nomeadamente quando a previsão do crime decorre de lei extravagante e no Código Penal se verifica a criminalização de conduta que incorpora na construção do tipo elementos e circunstâncias que também são previstos pela lei especial. Todavia, como sabemos, o artigo 12 do Código Penal inicia por resolver a questão, ao afirmar que se aplicam aos fatos incriminados por lei especial as regras gerais nele previstas, salvo se a lei especial não dispuser de modo diferente.

Segundo Carvalho Filho (2009, p. 54-56): “O Código Penal faz a ressalva, exatamente porque a lei especial encerra, em relação ao mesmo crime, elementos mais específicos: um *plus* ou um *minus* com capacidade de afastar o elemento genérico da lei codificada”. Evita-se com esse critério, de acordo ainda com o autor, a dupla apenação (*bis in idem*) e também a manutenção da coerência do sistema da lei penal e, mencionando Norberto Bobbio, afirma a necessidade de que sejam afastadas antinomias do ordenamento jurídico.

Deixado à margem a questão do aparente conflito entre a lei penal comum e a especial, ou que pode ocorrer entre o tipo comum em relação ao especial, que não é objeto do presente do trabalho, vamos nos deter a tratar de algumas generalidade do crime especial, que mais proximamente interessa ao desenvolvimento do problema relacionado aos crimes praticados em nome e no interesse da pessoa jurídica.

Na doutrina encontramos trabalho de fôlego que analisou com profundidade o crime especial. Estamos falando do estudo realizado pelo Professor Victor Gomes Martín, de cujos ensinamentos tomamos a liberdade de nos socorrer para o esclarecimento daquela espécie de delito.

Para Martín (2006, p. 59-60), em tradução livre de seu texto em espanhol, podemos conceituar os delitos especiais como aqueles pelos quais não pode responder como autor qualquer pessoa, mas unicamente certos sujeitos, o que se procede restringindo o círculo dos prováveis autores do delito, o que está em perfeita conformidade com o entendimento dos tratadistas do Direito Penal no Brasil.

Mas não é somente isto. O autor acrescenta que a restrição para que determinados crimes somente possam ser cometidos por um círculo restrito de pessoas, não são sempre expressamente previstos pelo tipo penal. A exigência de que concorram no autor do delito certas qualidades, propriedades ou características pessoais, no mais das vezes vem implicitamente marcada na descrição do fato típico, escrevendo o autor que: “En algunos delitos especiales, la restricción del círculo de autores se producirá *tácitamente* a través de la redacción de la conducta típica o del objeto material del delito”.

Assim, segundo esse entendimento, afirma Martín (2006, p. 59-60) que não é correto deduzir-se que tão-somente porque o tipo penal é redigido de forma a que aparentemente seja dirigido indistintamente a todos, que se trataria de delito comum e não de delito especial. O autor assim escreveu a esse respeito, portanto:

En suma: de lo anteriormente expuesto podría deducirse que no resulta correcto partir del principio de que todos los delitos en los que este previsto como sujeto activo el famoso “el que” anónimo deban ser considerados delitos comunes, mereciendo aquéllos en los que ello no ocurra, en cambio, la calificación de “especiales”.

Conforme, ainda, o mesmo autor, mais prudente seria partir de um conceito de delito especial amplo, entendendo-se como tais todos aqueles em que o tipo teria restringido, de qualquer modo, a esfera de possíveis autores a um determinado “círculo de sujeitos”, posto que não seria equivocado afirmar-se que, “la esfera de posibles autores parecería estar ‘fácticamente delimitada’”, propondo a seguinte fórmula para saber

se um determinado tipo penal veicula um crime especial e não um crime comum, consoante segue:

a) primeiro, a constatação de que, pela análise do teor literal dos termos empregados pelo legislador, não pode o crime ser praticado por qualquer sujeito;

b) segundo, saber se encontra justificada a restrição do círculo de possíveis autores do delito, com o fim de proteção efetiva de um determinado bem jurídico. Martín (2006, p. 60) conclui que: “Desde mi punto de vista, si la respuesta fuera, en ambos casos, afirmativa, entonces nos encontraríamos ante un delito especial. En caso contrario, ante un delito común”.

Portanto, o estudo levado a cabo pelo Professor da Universidade de Barcelona bem nos dá um norte seguro quando houver dúvida se um determinado “modelo de conduta proibida” trata-se de crime comum ou de crime especial, fornecendo parâmetros objetivos de técnica legislativa e de interpretação, para o fim de eleger um tipo penal dotando-o de elementos especiais ou exigindo sujeito qualificado para a prática do crime.

Pensamos, assim como Martín (2006, p. 60), que um critério razoável para chegarmos à conclusão de que estamos em face de um delito especial está a depender necessariamente de saber qual é o “objeto material” do crime e também, em maior escala, qual o “bem jurídico” que a norma penal pretende tutelar e se, em razão destes objetos de proteção, somente um círculo restrito de sujeitos estão adstritos ao cumprimento ou a obediência da norma de proibição.

5. Autoria nos crimes contra a ordem tributária

5.1 Crimes praticados em nome e no interesse da pessoa jurídica

Até aqui este trabalho pretendeu estabelecer e apresentar alguns fundamentos da dogmática penal, alguns dos quais tem sido revisitados constantemente, nomeadamente em razão de uma crescente criminalidade econômica e porque não dizer também devido ao vulto que a criminalidade organizada vem tomando nos dias atuais.

É nesse quadro da evolução do Direito Penal que vem ganhando cada vez mais destaque o Direito Penal Econômico, senão como ramo autônomo, que no Brasil ainda não podemos assim caracterizá-lo à ausência de um núcleo principiológico próprio, mas ao menos como disciplina que se pode separar das demais para objeto de estudo e aprimoramento de alguns institutos.

Daí a importância de se falar do bem jurídico coletivo ou difuso e sua repercussão em matéria de criminalidade econômica; dos fundamentos dessa modalidade criminosa; do princípio da reserva legal; e, notadamente ao destaque que se fez da categoria dos crimes especiais, pois é grande a incidência de condutas delituosas que compõem o universo do Direito Penal Econômico que reclamam sujeito ativo qualificado ou detentor de condição especial.

De outra parte, o objeto material do delito, assim como o bem jurídico que se busca proteger, são cercados de uma especificidade tal que o tipo penal não pode ser pensando pelo legislador ou construído sem que se tenha em conta essa nuance da disciplina, o que

seguramente impõe contornos ao modelo de conduta proibida que por certo não alcançam a generalidade das pessoas, mas sim uma parcela específica da população, normalmente envolvida em atividades econômico-financeiras, tributária, de exploração dos recursos naturais e demais atividades empresarias que de um modo ou de outro podem facilitar a prática de delitos ou podem tê-las como pretexto para o seu cometimento.

De sorte que, não é de maneira alguma equivocado referirmos, novamente, que a criminalidade econômica, em grande parte tem sido praticada em nome e no interesse da pessoa jurídica, trazendo à baila questões relativas a autoria e a necessidade de serem evidenciados elementos e circunstâncias especiais, possivelmente descritos pelo tipo penal, o harmonizando com o princípio da estrita legalidade dotando o sistema penal e o indivíduo que figurar na persecução penal de maiores garantias contra o arbítrio do legislador e iniquidades no julgamento decorrente de impropriedades na descrição do fato típico.

É importante mencionar que nos interessa ao desenvolvimento do tema mais a criminalidade que é cometida pela pessoa física, representante legal, voluntário ou mesmo de fato, e praticada a pretexto da efetivação da atividade empresarial regular e como consequência desta, importando, ainda, delimitar as discussões no atinente aos delitos contra a ordem tributária existentes no ordenamento penal e a forma de imputação jurídico-penal àqueles dirigentes do ente coletivo ou empresarial, tendo sempre como foco, ainda, a natureza específica do bem jurídico tutelado e sua relação com os negócios empresariais.

Embora seja indissociável nos dias atuais falar-se na responsabilidade penal das pessoas físicas nessas circunstâncias sem referência à correspondente responsabilidade penal da pessoa jurídica, em nome e no interesse de quem a pessoa natural atua, porém, tal matéria não será a preocupação maior deste trabalho, embora, ainda que marginalmente, alguns aspectos da responsabilidade penal do ente coletivo poderão ser aqui tratados.

De modo que, nos interessa a abordagem do aspecto criminoso que está no cerne do exercício das atividades empresariais, sua organização, produção de bens, serviços e sua comercialização e porque não também na atividade de serviços. Importa-nos, portanto, uma aproximação da responsabilidade penal das pessoas físicas quando, atuando como representantes do ente coletivo, incidirem em norma de proibição penal em matéria econômico-financeira, tributária, meio ambiente, relação de consumo, dentre outras matérias objeto da norma penal que possivelmente estejam relacionadas a esfera da atividade empresarial.

Nesse sentido, é característico no Direito Penal Econômico, que crimes praticados pelo ente coletivo - porque a este são dirigidas algumas figuras penais típicas em razão da relação que guardam com o objeto material que se busca evitar lesão ou perigo de lesão e relacionado ao bem jurídico que lhe fundamenta a tutela penal -, sejam imputados, a título de responsabilidade penal, aos seus sócios, dirigentes e representantes legais, com supedâneo, invariavelmente, numa condição ou vínculo meramente formal extraído da forma como foi constituída a pessoa jurídica ou de seus instrumentos societários, e muito menos com fulcro numa relação de fato, decorrendo dessa circunstância algumas distorções que a casuística apresenta na

imputação de culpa a quem, embora formalmente figure nos quadros societários, por razões de interesse do ente coletivo e da forma como foi constituída, não possui, em concreto, poder de direção, comando ou gerenciamento sobre a atividade negocial, havendo, ainda, questões outras que merecem enfoque marginal relativamente à responsabilização da pessoa física.

Estamos a falar do problema que não é raro de ocorrer na casuística, da dificuldade quanto à determinação ou individualização de condutas quando o crime é praticado não somente por um indivíduo, mas sim pela somatória da cadeia de várias ações identificáveis em pessoas diferentes, por ser muitas vezes da natureza da atividade empresarial a ampla divisão de atribuições, a dificultar sobremaneira a imputação do fato típico, assim como a atividade probatória, tanto por parte da acusação como da defesa.

Em se tratando de criminalidade econômica, esses fatores têm levado a que se dê mais importância a condição jurídico-formal da participação do titular da empresa na sua administração e, se e como figurou no contrato ou instrumento social, do que perquirir sobre sua efetiva participação no evento criminoso, levando em muitos casos a uma inversão probatória inadmissível no atual estágio de evolução da dogmática penal e, ainda, em situações extremadas, no reconhecimento, na prática, da culpa da pessoa física fundada na responsabilidade objetiva, o que não é de se admitir em matéria penal.

Assim, na sequência, vamos confrontar algumas disposições do texto da normal penal tributária, a fim de aferir qual o seu alcance, no confronto com o bem jurídico tutelado e se, em razão da descrição da conduta típica, estamos em face de delito especial a exigir sujeito ativo

qualificado ou elemento de integração somente subsumível na pessoa jurídica e em que medida a conduta poderá, ou não, ser imputada à pessoa física, seu dirigente ou representante legal, tomando como pressuposto elementar, como afirma Silva (2009, p. 17), que

as infracções sejam cometidas no exercício da actividade social por pessoa que, agindo funcionalmente ao seu serviço, nela ocupe uma posição que a lei considere adequada para manifestar a vontade colectiva, seja em razão dos seus poderes de representação, seja pela sua autoridade para tomar decisões em nome da pessoa jurídica, ou seja, por pessoa a quem a lei reconheça o poder de actuar em nome e no interesse da sociedade ou o dever de cumprir os deveres que sobre a sociedade impendem.

5.2 Crime tributário: conceito, fundamentos, sujeito ativo do delito

Segundo o conceito de Direito Penal Econômico adotado, tem-se o crime contra a ordem tributária como matéria integrante daquela disciplina jurídica, pois, abrangendo e estabelecendo normas de proibição que visam a tutela da higidez da arrecadação de tributos regulados desde a Constituição Federal (artigos 145 até 169), bem como, segundo pensamos, em última análise, a atividade financeira do Estado e a promoção do bem estar da comunidade e a implementação e manutenção das mais diversas políticas públicas, dentre outras, que buscam a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (artigo 170, *caput* e incisos VII e VIII, da Constituição Federal), é natural que uma queda brutal da arrecadação de tributos influenciará negativamente a ordem econômica, já que o Estado para a

manutenção das mais diversas ações de infra-estrutura sob sua responsabilidade, se utilizará de mecanismos financeiros compensatórios com reflexos negativos na economia, tal como o aumento do seu nível de endividamento junto as instituições financeiras, o que de regra poderá acontecer em face de um quadro de déficit de arrecadação.

Prado (2004, p. 399), nesse mesmo sentido, aduz que a ordem tributária ou fiscal é matéria consagrada pela Constituição Federal e que, integrando o que se pode denominar de *Constituição Econômica*, está autorizado constitucionalmente a tutela penal de tais bens jurídicos. Ainda, segundo o mesmo autor, relativamente aos crimes que são praticados contra a regular atividade arrecadatória do Estado, está também justificada a proteção pelo Direito Penal. Segundo o autor

A tutela penal da ordem tributária se encontra justificada pela natureza supra-individual, de cariz institucional, do bem jurídico, em razão de que são os recursos auferidos das receitas tributárias que darão o respaldo econômico necessário para a realização das atividades destinadas a atender às necessidades sociais. Afirmando, ainda, o autor, que, a Constituição Federal, no artigo 170, confere, em maior dimensão, referida tutela à ordem econômica.

A respeito, Fuller (2010, p. 451-452) escreve que os crimes tributários visam a tutela penal do “bem jurídico arrecadação tributária”. Afirma, outrossim, que o legislador fez opção por tipificar os crimes de acordo com a espécie de tributo, cujo desvio, omissão em recolher ou fraudar é visado pelo sujeito ativo e que, segundo seu entendimento, o objeto material do delito é também o tributo sobre o qual recai a conduta do agente, que “representa a pedra de toque do sistema de tutela penal

da arrecadação e, por isso, constitui a premissa para a compreensão do Direito Penal Tributário”.

Sousa (2006, p. 71), analisado tal problemática à luz do Direito Português, cuja construção das figuras típicas na matéria guarda certa similitude com o nosso ordenamento, escreveu que há forte conotação patrimonial “inerente à factualidade típica dos crimes fiscais, induzindo a concluir que através daqueles ilícitos se quis proteger as receitas tributárias enquanto componente activa do património tributário do Estado”.

Os delitos tributários ou fiscais, portanto, são merecedores da tutela penal, configurando-se o bem jurídico que o permeia em bem jurídico supraindividual. E tal afirmação nos leva a pensar que, o legislador não pode descurar-se dessa característica implícita nessa espécie de ilicitude e que a mesma encontra-se inserida numa nova ordem do Direito Penal, que, dentre outros doutrinadores, tal como Dias (2001, p. 11-45), tem denominado de Direito Penal secundário, esfera na qual se encontra acomodada a criminalidade econômica e, como afirmamos, também a criminalidade tributária.

Assim, nos parece que, na construção do tipo penal, principalmente se considerado a sua função de garantia e a sua precisa determinabilidade quanto a todos os seus elementos de composição – o fato típico, com seus elementos e circunstâncias que lhe agregam o real sentido e alcance – é sempre importante notar que, a técnica legislativa precisa ser dotada de outra natureza de percepção, a partir da noção de que a criminalidade econômica é em grande proporção cometida no contexto das mais diversas atividades empresariais e, que, de regra, é da essência do Direito Penal Econômico dar resposta firme a uma imensa

maioria de danos ou perigo de danos, mas de grande magnitude, muito embora crimes econômicos, ambientais e fiscais sejam também praticados pelo indivíduo, isoladamente, todavia, sem grande repercussão econômico-financeiro.

Está afirmação implica em que, no mais, o tipo penal, relativamente aos mecanismos de identificação do sujeito ativo do ilícito, possa ser mais preciso no labor de perseguir o “delinqüente econômico ou empresarial”, posto que este, em verdade, comete o crime não em seu nome e interesse, mas sim no interesse do ente coletivo. Precisa, a respeito, a observação de Dias (2001, p. 49), ao afirmar que, que devido a natureza dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal secundário é imprescindível uma outra compreensão acerca das “*específicas necessidades e modos de concretização dos tipo-de-ilícito*”, ora quanto a identificação do sujeito ativo do delito, ora quanto a adaptação da gênese do fato ilícito.

Relativamente à conformação do sujeito ativo do crime, Dias (2001, p. 49), escreveu que:

[...] Ao nível do agente, as especificidades resultarão sobretudo da circunstância de os tipos-de-ilícito se apresentarem no Direito Penal secundário, as mais das vezes, como *delitos de dever*, na sua subespécie de *delitos específicos*; isto, é, como delitos aos quais é consubstanciada a violação – para além do dever geral que está na base de qualquer tipo-de-ilícito – de um dever específico anterior (e, em regra, também exterior) à norma penal, e cujos destinatários se caracterizam por uma especial relação, v.g., de tipo profissional, com o conteúdo ilícito do facto.

E essa é exatamente a situação que se encontra na estrutura-base dos tipos penais em matéria de crimes contra a ordem tributária.

O que a norma penal nesta seara específica está a fazer é criminalizar a conduta do contribuinte, ele próprio, ou o substituto tributário que não recolhe, não transfere, ao seu tempo e modo, o tributo ou contribuição previdenciária devidos à administração fazendária ou a autarquia previdenciária, ou que, de outra forma, suprime ou reduz o valor da contribuição social ou outra espécie de tributo, omitindo ou não lançando corretamente informações contábeis que importarão na demonstração da existência do fato gerador da exação, notadamente sobre a folha de pagamento, a situação de empregados, remuneração paga, receitas, lucros obtidos pela empresa, etc, interessando, ainda, para a lei penal tributária, a conduta daquele que utiliza mecanismos fraudulentos com a finalidade de sonegar tributos.

Não parece haver dúvida, portanto, que a criminalização destas condutas tem na sua base de fundamentação o descumprimento de normas que, para além de não se relacionarem ao indivíduo comum, ao seu modo de vida e a forma como se relaciona com o grupo social, são regras pertencentes ao Direito Tributário, com conotação supra-individual, portanto, que estabelecem os parâmetros normativos da relação jurídico-tributária, nomeadamente no que respeito ao fato gerador do tributo, sujeito ativo e passivo da relação tributária, lineamentos naquilo que se refere à aferição e quantificação do tributo devido, além de outras mais, que, por certo, não são regras de Direito Penal, envolto em outra dinâmica no ordenamento jurídico, como norma de *ultima ratio*.

Denari (2000, p.12), após afirmar a diferença entre *infração tributária material* – violação de normas jurídicas atinentes ao fato gerador, alíquotas, base de cálculo do tributo – e *infração tributária formal* – violação de regras referentes à conduta fiscal tais como falta de emissão de nota fiscal ou ausência de entrega de declaração ao fisco -, ensina que, os crimes fiscais

[...] em nada diferem, no plano ontológico, das infrações tributárias versadas no parágrafo anterior: trata-se, da mesma sorte, de violação das normas jurídicas tributárias, materiais ou formais, qualificadas pela exarcebação da nocividade das respectivas condutas.

De sorte que, embora não se possa dizer da existência de qualquer dependência do Direito Penal à normas de Direito Tributário – no método de persecução que lhe é próprio ou na construção do tipo penal, nessa matéria, como de resto em quase toda a criminalidade econômica, não pode o aplicador ou o intérprete da lei penal quedar-se inerte ante esta evidente relação de *mutua referêcia* entre as duas áreas do ordenamento jurídico.

Como se observa, é da essência da norma penal tributária a criminalização de condutas dirigidas ao descumprimento da norma extrapenal, logo, como afirma Dias (2001, p. 49), que visam violar o dever contraído junto a administração fazendária no recolhimento do tributo devido, ou o seu repasse na forma e prazo previamente determinados na legislação tributária. Seguindo as lições do Professor de Coimbra, a norma de exação, nesse caso é regra externa ao tipo penal, que dela se vale como norma de complemento na configuração do

injusto penal, inclusive quando ao sujeito ativo do delito, pois, é imprescindível, na seara penal, se perguntar quem é o sujeito passivo da relação tributária, segundo um ordenamento que lhe é exterior, o Direito Tributário.

Por tais razões é que temos afirmado que, sobre esse agente do fato delituoso recai o ônus ou dever que não é imposto a todos os membros do corpo social, mas exclusivamente a quem detém uma relação especial com o objeto material do tributo devido, somente identificável a partir daquela norma extrapenal. Vejamos, pois, quem é, em regra, o sujeito ativo do delito praticado contra a ordem tributária, de conformidade com alguma doutrina que trata do tema.

Prado (2004, p. 408-409), comentando a Lei nº 8.137/1990 (artigo 1º, *caput* e seus incisos), tem o entendimento de que o *sujeito ativo* é o contribuinte ou o responsável por praticar as condutas comissivas ou omissivas previstas naquela lei - que o autor classifica como delito especial próprio -, e que são os mesmos sujeitos passivos da obrigação tributária definidos no artigo 121, parágrafo único do Código Tributário Nacional. Este autor tem a seguinte definição de *contribuinte*

é aquele que tem relação direta e pessoal com o fato gerador de uma obrigação tributária, enquanto o *responsável* é quem faz parte da relação jurídica tributária em decorrência de disposição legal expressa.

Para Denari (2000, p. 30), também o sujeito ativo do delito contra a ordem tributária é o contribuinte, na regulação prevista no artigo 121 do Código Tributário Nacional, ou seja, aquele sujeito que “encontra-se numa relação pessoal direta com fato gerador da respectiva obrigação

tributária”, e, nos termos do artigo 121, inciso II, combinado com o artigo 128, daquela mesma norma tributária, segundo este autor, também figuram como sujeito ativo do crime o substituto tributário, com ou sem a exclusão da responsabilidade do contribuinte.

Também, segundo Fuller (2010, p. 461), ao falar do crime previsto no artigo 1º, da Lei nº 8.137/1990, o sujeito ativo deste delito se confunde com o sujeito passivo da obrigação tributária principal (artigo 113 do Código Tributário Nacional), “que pode ser o contribuinte ou o responsável pelo recolhimento do tributo”, nos termos do que dispõe o artigo 121 do mesmo diploma legal informado pelo autor.

Bitencourt (2010, p. 282), por seu turno, comentando o artigo 337-A do Código Penal, que versa sobre o crime de sonegação de contribuição previdenciária, que, pelos fundamentos da conduta criminalizada, bem como pela estrutura elementar do injusto penal, tem a mesma natureza dos delitos contra a ordem tributária regulados pela Lei nº 8.137/90, quanto ao sujeito ativo do delito assim se manifesta:

Sujeitos ativos são comerciantes, industriais, titulares de firma individual, sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores que efetivamente hajam participado da administração da empresa, concorrendo efetivamente para a prática de qualquer das condutas criminalizadas.

O autor, por sua vez, enfatiza que “não basta constar no contrato social como sócio ou diretor” a referência ao sujeito ativo do delito, e, por certo, evidencia esta circunstância para deixar claro que a imputação jurídico-penal da culpa somente pode decorrer do fato concreto, devidamente apurado em sede própria que é a via da

persecução penal, não de sujeição meramente formal presumida da relação jurídica estabelecida no instrumento de constituição da pessoa jurídica, como já tivemos a oportunidade de escrever anteriormente, quando afirmamos que

Tal sede de argumentação equivale a afirmar que em Direito Penal, no concernente à imputação jurídico-penal da culpa pela prática do delito, é descabida qualquer interpretação que possa levar ao entendimento de uma suposta presunção de responsabilidade penal, decorrente da menção em documentos fiscais, estatutos sociais, ou no procedimento administrativo, do nome dos sócios ou administradores da pessoa jurídica, por infringir o princípio *nullum crimen sine culpa*, que exige como necessária à caracterização da conduta a prática efetiva ou a participação no evento criminoso, com destaque para o elemento subjetivo do tipo penal (Almeida, 2008, p. 128).

Todavia, Cavero (2003, p. 37-38) entende que esse critério de imputação jurídico-penal de responsabilidade aos órgãos e representantes da pessoa jurídica, encerra um princípio geral no Direito Penal que não é aceitável, pois, segundo seu entendimento, essa espécie de norma de extensão da responsabilidade penal aos administradores agregada ao tipo penal ou em leis especiais, significa, na verdade, admitir uma imputação independente do reconhecimento legal de culpa baseada em pressupostos concretos, entendo, outrossim, que referidas normas não possuiriam caráter constitutivo, mas meramente declaratório e, portanto, sem força vinculante suficiente a superar o princípio da legalidade, não se prestando tal técnica legislativa para a finalidade de ampliar o círculo de destinatários do ilícito penal.

Por outro modo, prossegue ainda Caverio, a equivalência do elemento qualificado exigido pelo tipo penal para a ampliação meramente declarativa do círculo de autores do fato ilícito, de maneira a alcançar o representante ou administrador da pessoa jurídica, importa em uma analogia proibida a ser afastada em homenagem a segurança jurídica como expressão de um Direito Penal garantista.

Bitencourt (2010, p. 251), desta feita acerca do sujeito ativo do crime de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do Código Penal), ensina que agente do fato delituoso será o substituto tributário, quando a conduta incriminada estiver subsumida ao *caput* do artigo e, no caso do parágrafo 1º, aduz que o sujeito ativo do crime “é o titular de firma individual, os sócios solidários, os gerentes, diretores ou administradores que efetivamente hajam participado da administração da empresa, concorrendo efetivamente na prática da conduta criminalizada”.

Destas anotações pode-se afirmar que não há como se propugnar uma definição de sujeito ativo do crime praticado contra a ordem tributária, sem que se tenham os olhos voltados para as normas de Direito Tributário que lhe são subjacentes e informam os elementos imprescindíveis no que respeita a saber quem é o titular do dever de observar e cumprir a regra de exação tributária.

Ao legislador penal assim como ao seu interprete e ao julgador cumpre ter em mente que o tipo penal não esgotando todas as circunstâncias do fato delituoso, nem prevendo expressamente todos os elementos que lhe são necessários à precisa configuração do injusto penal, mormente no que respeita ao sujeito ativo, não pode prescindir da norma de complemento que lhe é estranha, ainda mais quando se tem

que o Direito Penal, em verdade, quando criminaliza condutas anti-econômicas e tributárias, está, em essência criminalizando o descumprimento de um dever que emerge da relação jurídico-tributária, daí que, para Dias (2001, p. 49), se caracterizam tais figuras típicas em “delitos de dever”, cujo substrato é exterior à norma penal, tendo como destinatários pessoas detentoras de uma condição específica ou relação especial referenciada pelo “conteúdo ilícito do facto”.

É de se afirmar, portando, como bem ensina Bitencourt (2010, p. 282), que, em se tratando desta criminalidade tributária, são detentores desta relação especial referenciada pelo tipo penal, de modo explícito ou implícito, o “comerciante, industrial, titular de firma individual, sócios solidários, gerentes [...]”, assim como outros representantes legais e dirigentes do ente coletivo, decorrendo de tal raciocínio, ainda, tratar-se de crimes especiais aqueles previstos pela norma penal tributária, podendo, ademais, serem classificados também como “delitos de infração de dever”.

5.3 Responsabilidade penal da pessoa física nos crimes tributários e a atuação em nome ou no lugar de outrem

Esclarecido assim, segundo a doutrina antes mencionada, quais são as pessoas que poderão figurar como sujeitos ativos dos delitos contra a ordem tributária (ou nos crimes previdenciários de mesma natureza), resta-nos fazer uma indagação, a fim de contribuir para o aprimoramento da matéria.

Nas situações em que o crime é praticado pelo representante legal ou dirigente, diretor ou administrador da pessoa jurídica, em nome e no interesse desta, como ocorre nos casos dos

crimes contra a ordem tributária, em que o ente coletivo é quem, na verdade, cumpre a exigência do elemento qualificado para o crime, segundo os critérios e fundamentos de imputação jurídico-penal já a partir do tipo penal e da descrição da situação fática causadora dano ou perigo de dano ao erário público, figurando, ademais, a pessoa jurídica como sujeito passivo da relação jurídico-tributária, a questão que se coloca é de saber se há legitimidade em se imputar a prática do crime à pessoa física, que em nome da pessoa jurídica atua por representação ou como seu dirigente.

E tal questionamento tem por base que nessa área específica de criminalização de condutas em geral estamos frente a fato ilícito que exige, para a adequação típica, uma qualidade ou relação especial do sujeito ativo destacada no conteúdo da norma penal, ainda que não expressamente. Por isso que tais crimes são denominados de crimes especiais ou crimes de autoria qualificada.

A dúvida é pertinente se tivermos em conta que, em tais delitos, sendo exigido elemento qualificado somente identificável em determinados sujeitos, apenas aqueles que possuem essa “qualificação específica” - considerada expressa ou implicitamente pelo tipo penal e que pode ser de natureza objetiva ou pessoal – é que poderiam figurar como réus na persecução penal, ou seja, a imputação jurídico-penal somente poderia efetivar-se nos agentes que preenchessem referido requisito formal da autoria, em perfeita coadunância com o princípio da reserva legal ou da estrita legalidade.

Não obstante tal raciocínio tem sido entendimento da doutrina e inclusive dos tribunais que, nos casos dos crimes contra a ordem tributária, por exemplo, em que figure a pessoa jurídica como

sujeito passivo da obrigação tributária, é perfeitamente legítima a responsabilização penal da pessoa física que atua em seu nome, por representação desta, incorrendo a imputação jurídico-penal nos sócios, gerentes, diretores e administradores, já que não se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria tributária, por faltar ao ente coletivo elemento volitivo (um dos pilares do Direito Penal moderno).

Todavia, por outro lado, não é de negar-se que, nesta hipótese, analisado formalmente o núcleo do tipo penal, com observância das premissas antes lançadas, notadamente quando se tratou da relação de “mútua referência” e necessária complementariedade que existe entre norma penal e norma tributária, não há como se afastar cabalmente do entendimento de que, o elemento qualificado exigido pelos crimes contra a ordem tributária, de modo geral – ser “sujeito passivo da obrigação tributária” -, é requisito formal e de integração do tipo penal somente subsumível à pessoa jurídica, quando for a responsável tributária pela exação.

De outra parte, sendo o sócio ou dirigente do ente coletivo (sujeito não qualificado formalmente) quem materialmente executa o crime, agindo e atuando não em seu nome e interesse próprios - mas sim da pessoa jurídica (e por representação desta) -, e, por conseguinte, aquele que “deixa de recolher o tributo ao seu tempo”; “suprimi ou reduz tributos ou contribuição social” devidos à fazenda pública ou à previdência social, etc., em concreto teríamos assim um problema de adequação típica, *devido à dispersão ou dissociação dos elementos do tipo penal*. O *sujeito qualificado ou idôneo* – a pessoa jurídica -, no nosso caso o sujeito passivo da obrigação tributária, não pode executar materialmente o crime por lhe faltar capacidade de ação, logo, elemento

volitivo, que, por sua vez, podem ser subsumidos no dirigente, sócio ou representante legal, que não são contemplados na descrição do fato típico.

Parece-nos, pois, que, tratando-se de injusto penal característico de organizações empresariais não é suficiente à legitimação de uma suposta imputação jurídico-penal dirigida às pessoas naturais pelo mesmo fato, a opção do legislador de fazer acrescer à figura típica fórmulas de extensão de responsabilidade penal ou coautoria sem que tal circunstância esteja normativamente prevista como elemento integrante do tipo penal (ou mesmo como regra geral), já que estamos afirmando se tratar tais ilícitos de delitos especiais, nos quais, ainda deve ser considerado, há certa relação de domínio do ente coletivo ou empresarial sobre determinados fatos ou uma especial vinculação institucional ou funcional que o obriga a cumprir deveres que lhe são previamente impostos por norma extrapenal.

O problema foi verificado de há muito tempo pelo ordenamento jurídico de países da Europa, tais como Alemanha, Espanha, Portugal, nos quais existem valiosos escritos sobre o tema e ampla pesquisa científica, que culminou com a criação do instituto jurídico-penal denominado “atuação em nome (ou no lugar) de outrem”, via de regra, positivada na parte geral dos respectivos Códigos Penais, através do qual se busca integrar o tipo penal, criando norma de extensão de autoria para os delitos especiais ou que exigem elemento qualificado para aperfeiçoarem-se.

Assim, na situação em tela, à pessoa física também seriam extensíveis aqueles requisitos específicos pertencentes ao sujeito idôneo, o ente coletivo ou empresarial, suprimindo não somente uma

possível lacuna de punibilidade acaso existente (pela impossibilidade de responsabilizar-se penalmente a pessoa física), mas também, pela extensão formal do elemento especial, dando estrito cumprimento ao princípio da reserva legal ou do *mandato de certeza* na construção da figura típica penal.

Convém, outrossim, trazer aqui alguns lineamentos do problema, tal como detectado pelo Direito comparado, a partir do estudo de alguns juristas estrangeiros, conforme a seguir passamos em síntese.

Matta (2001, p. 24-25) em obra de estudo do assunto, aduz que, a necessidade de melhor sistematização da responsabilidade penal quando o fato é praticado por alguém em representação de outrem, deve-se, dentre outros casos, principalmente pelo fato de que, em alguns crimes, a lei penal exige um elemento qualificado atribuível ao sujeito ativo (por exemplo, ser devedor numa dada relação jurídica) - logo, restringindo o círculo de autores -, e tal condição respeita à “Sociedade” (ente coletivo, pessoa jurídica) e não aos seus dirigentes ou titulares, embora sejam estes quem materialmente executem o delito, alcançando o resultado de desvalor que a norma penal quer evitar.

Tal modo de pensar o problema, segundo ainda o autor, teve sua origem na antiga Alemanha, como em outro trabalho já tivemos a oportunidade de mencionar, quando assim deixamos escrito:

Interessante notar que a polêmica não é atual, pelo contrário, já data de algum tempo. É esclarecedor, sobre o tema, estudo digno de nota realizado por Paulo Saragoça da Matta. Afirma o autor que, a discussão em torno das atuações em nome de outrem parece ter

surgido no ano de 1874, na Alemanha, quando da condenação de um membro do *Conselho de Administração*, pela prática do crime de falência, cujo fundamento era o de que o conceito amplo de devedor alcançava também o administrador do ente coletivo, ou seja, “sendo a sociedade ‘devedora’ e sendo o argüido representante legal da mesma, então também ele era *devedor*”. Todavia, referida decisão foi posteriormente reformada, desta feita sob o argumento de que a conduta típica teria de ser praticada pelo “devedor”, e o sócio ou administrador não ostentava essa qualidade, apesar de atuar em nome do ente coletivo, ou participar de órgão de direção, não sendo ele próprio, portando, o devedor, mas sim a sociedade, o que descaracterizava a exigência do tipo penal quanto ao agente do delito, que, naquele caso, determinava que somente era autor do crime de falência o devedor, qualidade inerente à sociedade, não pertencente aos sócios ou administradores. Mas, posteriormente, por razões de política criminal e da necessidade de punir amplamente as condutas praticadas no âmbito e no interesse das pessoas jurídicas, apesar daquela decisão do Tribunal, o legislador logo tratou de remodelar a tipificação do crime de falência, para fazer prever que o tipo penal era aplicável aos membros dos Conselhos de Administração e aos sócios liquidadores de diversas sociedades, sendo suficiente para a tipificação do delito, que aquelas pessoas praticassem os atos descritos na norma penal naquela qualidade ou no interesse do ente coletivo (apud Matta, 2001, p. 22, in Almeida, 2008, p. 130).

O ilustre Professor da Universidade de Lisboa, Matta (2001, p. 23-24) prosseguindo sua introdução do tema, aponta quais foram os fundamentos dogmáticos que ensejaram a construção de um instituto que fizesse ser cumprido fielmente o princípio da legalidade penal criando norma geral de extensão, atribuindo também responsabilidade penal aos representantes ou titulares da pessoa jurídica (embora não exclusivamente nestas hipóteses), suprimindo e corrigindo o que se denominou de “lacunas de punibilidade”, mas não se reduzindo a tal faceta o instituto nos ordenamentos que o adotaram, indo para além, constituindo-se em “mecanismo geral de imputação de responsabilidade penal, não dependendo da defesa da *irresponsabilidade penal das Instituições*” (Matta, 2001, p. 129).

Para ilustrar melhor tal ordem de idéias, fazemos transcrever o artigo 12º do Código Penal português, que tem a seguinte redação: (Actuação em nome de outrem) “1 – É punível quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime exigir: a) Determinados elementos pessoais e estes só se verificarem na pessoa do representado; ou b) Que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado. 2 – A ineficácia do acto que serve de fundamento à representação não impede a aplicação do disposto no número anterior”.

Tais são, portanto, os fundamentos que motivaram o incremento dessa espécie de norma de extensão, segundo Matta (2001, p. 24): a) a impossibilidade de responsabilização criminal das Instituições; b) a existência de tipos penais que somente são “preenchidos pelas Instituições e não por quem as *‘conduz’*; c) os

representantes ou dirigentes que atuam formando e expressando a vontade das Instituições, são quem “materialmente desenvolvem comportamentos que se subsumem aos tipos penais” de que são destinatárias as Instituições, não aqueles indivíduos. O mestre da Universidade de Lisboa, assim conclui tal ordem de idéias:

E foi tal circunstancialismo que impôs fosse criado um mecanismo técnico-jurídico que autorizasse imputar a responsabilidade pela prática de tais infracções aos *representantes* das Instituições, não obstante eles ao agirem o fazerem *em representação* destas e as qualidades exigidas pelo tipo para o autor da conduta punível não se verificarem no agente do comportamento mas nas Instituições *representadas*.

Martín (1986, p. 26-27), também desenvolvendo estudo sobre o tema afirma que, o problema que se coloca, em situações como a aqui tratada, se dá em relação aos delitos especiais (próprios e impróprios), segundo seu entendimento, se verificando sempre que o “delito requerer a concorrência de determinadas características objetivas de autor no sujeito ativo, o que justificaria então, a adoção de uma norma de extensão do tipo ao sujeito inidôneo a fim de “formularse um juicio de equivalencia entre su acción y la del sujeto de la norma”, aduzindo, ademais, que, a seu juízo, “los elementos objetivos de la autoria de algunos delitos especiales delimitan el ámbito social de la protección del bien jurídico, de tal modo que caracterizan a un sujeto que ejerce el dominio social sobre el ámbito de protección de la norma y que, de un modo concreto, se traduce en el ‘dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico’”.

Adotando tais premissas o Código Penal espanhol no seu artículo 31 regulamentou o instituto da “atuação em nome ou em representação de outrem”, encontrando-se assim expresso: “1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

O Professor da Universidad de Piura, Caveró (2003, p. 48-49), também se posiciona no sentido de que a questão da responsabilidade penal do dirigente ou representante do ente coletivo, dentre outras situações, encontra-se vinculada aos delitos especiais, que de acordo com o autor, se caracterizam pela exigência de alguma qualidade ou circunstância especial no sujeito ativo do delito, contida no tipo penal, mas, todavia, dentro de uma perspectiva da análise estrutural de tais delitos, ou seja, se do seu conteúdo material se justifica a responsabilização da pessoa física naquelas condições apontadas. Noutro trecho de seu estudo, Caveró (2003, p. 83) assim deixou assentado:

Una persona que no reúne la cualidad especial exigida por el tipo penal para poder ser autor del delito, no puede ser considerado penalmente como tal, aun cuando su conducta lesione bienes jurídicos de manera intolerable. Esa conducta lesiva será atípica y, por ello, no podrá imponérsele una sanción penal. Como puede apreciarse la ausencia del elemento especial de autoría, lleva a la

ausencia de tipicidad y finalmente, a la negación de la responsabilidad.

Interessante notar também que, Caveró (2003, p. 75-77), a propósito de reforma legislativa ocorrida no Peru, à semelhança de iguais modificações em leis penais de alguns países da Europa (Alemanha, Espanha, Portugal) - que culminaram com a positivação, normalmente na fórmula de uma cláusula geral, do instituto jurídico denominado da “atuação em lugar (ou no nome) de outro” -, noticia que até antes da incorporação da referida “cláusula de extensão”, havia somente tipos penais na parte especial do Código Penal que atribuíam diretamente a responsabilidade penal aos representantes e administradores das pessoas jurídicas, nas hipóteses de delitos em que era usual a intervenção desta última. Porém, casos existiam em que sequer se cogitava da responsabilização direta da pessoa física, fato que ocasionava uma lacuna de punibilidade ou uma infração ao princípio da legalidade quando se condenavam aqueles dirigentes ou representantes por crimes praticados em representação da pessoa jurídica, problema que também era comum em relação aos crimes previstos em leis especiais.

Por tais razões, como afirma igualmente Caveró (2003, p. 84) que entende estarmos em face de uma questão que deve ser resolvida a partir do estudo das categorias da autoria e da participação, parece-nos necessário a criação de uma “cláusula de extensão da autoria”, a fim de integrar formalmente o tipo penal, considerando-se sujeito ativo do delito especial aquele que não reúne o elemento ou qualidade que requer o crime e, ainda, como complemento da própria tipicidade, o que está em total coadunância com o princípio da legalidade e a função de garantia que lhe é imanente.

Pelo que se pôde observar dos ensinamentos dos doutrinadores de renome acima transcritos, nota-se que, a rigor, a situação também se equivale no Brasil em relação aos crimes contra ordem tributária “sempre que figurar a pessoa jurídica ou ente coletivo, como sujeito passivo da obrigação tributária, como contribuinte ou substituto tributário, logo, somente a pessoa jurídica é que poderia figurar como o “sujeito idôneo da imputação jurídico-penal”, não as pessoas físicas que atuam em sua representação, à ausência de norma de extensão da responsabilidade penal”, o que, em tese, estaria a contrariar o conteúdo normativo que integra o tipo penal e, conseqüentemente, o princípio da reserva legal, até mesmo à vista de que, à exceção dos crimes praticados contra o meio ambiente de que trata a Lei n° 9.605/1988, o ordenamento penal vigente não reconhece a possibilidade de responsabilizar-se penalmente a pessoa jurídica ou o ente coletivo.

Assim, não nos parece que observa a melhor técnica o legislador quando quer responsabilizar diretamente o dirigente ou representante legal da pessoa jurídica, por delitos praticados em nome e no interesse desta, tratando-se de criminalidade econômica, sobretudo quando o tipo penal revela que a prática do crime somente poderá ser imputada àquele que apresenta elemento, função ou qualidade especial, que, a rigor, não são detectáveis na pessoa física que atua por representação da instituição ou do ente empresarial.

São exemplos de preceitos que tem a pretensão de responsabilizar diretamente as pessoas físicas nessas circunstâncias o artigo 25 da Lei n° 7.492/1986, que trata dos crimes contra o sistema financeiro e o artigo 11 da Lei n° 8.137/1990, que prevê os crimes contra

a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, que tem os seguintes textos:

a) artigo 25, “caput”, da Lei nº 7.492/1986: “são penalmente responsáveis, nos termos desta Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes”;

b) artigo 11 da Lei nº 8.137/1990: “quem de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

No tocante aos crimes contra ordem tributária, tema que mais de perto interessa ao presente trabalho, em outra oportunidade, sobre a questão, assim escrevemos:

Interessante notar que, em crítica ao texto inserto no artigo 11, da Lei nº 8.137/90, devido a sua imprecisão técnica e em confronto com o artigo 29, do Código Penal, o jurista Paulo José da Costa Jr. aduz que:

“Comparados ambos os dispositivos, vê-se que o art. 11 da presente lei contém um único acréscimo com relação ao art. 29 da parte geral do Código: a admissibilidade de a pessoa jurídica poder concorrer, como a física, para a perpetração dos crimes tributários agora previstos. Um erro de técnica que salta aos olhos, até de um principiante em matéria penal. *Societas delinquere non potest*. Somente a pessoa física poderá ser sujeito agente de qualquer crime, seja ele tributário ou não. Admitir o concurso da pessoa jurídica na prática do crime tributário configura lamentável erro de técnica. A menos

que se pretenda significar, na locução normativa, o concurso da pessoa jurídica representada por alguma das pessoas físicas que a integram” (apud COSTA JR e DENARI, 2000, p. 151, in Almeida, 2008, p. 135, nota 30).

Nucci (2009, p. 1041), comentado o artigo 11 da lei penal tributária mencionada, entende que o dispositivo é inútil, por repetir a formula que já se encontra no texto do artigo 29 do Código Penal, somente fazendo o acréscimo de que o crime contra a ordem tributária “pode ser cometido por meio da pessoa jurídica”, asseverando que, de regra, tais crimes são praticados através desta, havendo sempre dificuldade para a localização da pessoa física responsável pelo delito.

De se observar, portanto, que, dessa análise formulada por Nucci, a regra de concurso inserida no artigo 11 da Lei n° 8.137/1990 pretende acertar o problema da responsabilidade penal “quando o crime é praticado pela pessoa jurídica”, tendo como executor material do ilícito penal seu representante ou administrador.

Na verdade, a afirmação mais consentânea com a teoria geral do delito, é aquela que, indo além, entende que a questão não se trata simplesmente de se perquirir se o delito foi cometido “por meio ou através da pessoa jurídica, tendo esta como mero instrumento de execução do crime”, mas sim, na importância que tem de saber se o delito foi praticado “em nome (por representação) e no interesse da pessoa jurídica” e, ainda, se, no confronto com o tipo penal, todos os seus elementos e circunstâncias poderão ser subsumidos na pessoa física.

Quando afirmamos que o delito foi praticado “por meio ou através da pessoa jurídica”, nesse raciocínio está implícita a idéia de que o ilícito penal foi cometido “em nome e no interesse exclusivo da pessoa física”, o que nem sempre será correto afirmar, principalmente se tivermos em conta a afirmação de Nucci, para quem, de outro modo, nos crimes contra a ordem tributária não poderá a persecução prescindir do fato que, de regra, o cometimento de tais delitos está de depender da existência da pessoa jurídica, por intermédio da qual atuaria a pessoa física para atingir o desiderato criminoso.

Essas assertivas nos levam a pensar que a fórmula adotada pelo preceito informado no artigo 11 da Lei nº 8.137/1190 não observou a melhor técnica jurídico-penal de imputação de responsabilidade para essa espécie de crime. E de fato, analisando o texto inserto no referido dispositivo de lei, não há como concluir de forma diversa. Nele há previsão textual de “responsabilidade penal em concurso de agentes”. Tem o preceito legal a pretensão de se convalidar em norma de extensão de imputação jurídico-penal às pessoas físicas por fatos ilícitos praticados pela pessoa jurídica. Portanto, numa breve ilação decorrente da leitura daquele texto legal, somente se pode supor uma das hipóteses que se seguem:

a) o legislador reconhece a possibilidade de a pessoa jurídica delinqüir, praticando crimes daquela natureza e, na ausência de previsão legal autorizando a imputação jurídico-penal ao ente coletivo ou empresarial, quer responsabilizar diretamente seu dirigente ou representante legal;

b) ou, quando da elaboração do texto de lei teve em mente o legislador criar regra de concurso de pessoas, porém, sem apego a melhor técnica e aos cânones do Direito Penal.

Na primeira hipótese, em linha de coerência com o desenvolvimento do presente trabalho, figurando a pessoa jurídica como contribuinte ou substituto da exação, nos crimes contra a ordem tributária o tipo penal exige elemento especial ou sujeito ativo qualificado, não subsumíveis na pessoa física que atua em representação daquela. Embora o representante pratique atos de execução material atuando em nome e no interesse da pessoa jurídica – como, por exemplo, dissimulando ou determinando a modificação ou alteração de dados e informações configuradores da relação jurídico-tributária de maneira a suprimir ou reduzir tributos -, em relação a ele o fato seria atípico por não preencher os pressupostos materiais e objetivos exigidos pelo modelo do injusto penal.

Na segunda hipótese, excluída a pessoa jurídica que não poderia ser responsabilizada penalmente, não há como ser falar em concurso de pessoas, principalmente se observado o texto do artigo 11 da Lei nº 8.137/90, que, faz referência a “crimes praticados por meio da pessoa jurídica”. De maneira que, se o crime, para além de ter sido praticado “por meio da pessoa jurídica”, na verdade foi cometido “em seu nome e interesse”, não podendo esta ser objeto de imputação jurídico-penal, a hipótese que se apresenta não é de concurso de agentes. Assim, pelas mesmas razões acima expostas, o fato não poderia ser imputado à(s) pessoa(s) física(s), por lhe faltar requisito qualificado ou específico exigido pelo tipo penal.

Ou ainda, se preferirmos, nessa mesma hipótese, é de se afastar a possibilidade de concurso de agentes pelo só fato de que, na situação pretendida, excluída a pessoa jurídica, estaremos em face de fato praticado exclusivamente pela pessoa física, logo, afastando-se a idéia de fato delituoso praticado em concurso e, por outro lado, não se permitindo a responsabilidade penal por fato de outrem, a conduta seria atípica em relação à pessoa natural.

De toda sorte voltamos a salientar que, tal técnica legislativa, inserida no artigo 11 da Lei nº 8.137/1990, parece não atender aos primados do Direito Penal no que respeita ao concurso de pessoas, tal como, inclusive previsão do artigo 29 do Código Penal, nem mesmo aos princípios que lhe são correlatos, tais como o princípio da culpabilidade e o princípio da personalidade da pena, sendo, pois, insuficiente para solucionar o problema da criminalidade tributária, praticada no âmbito e no interesse dos entes coletivos ou empresariais.

Realça tal ponto de vista os clássicos ensinamentos de Fragoso (1995, p. 257) que, a respeito do concurso de agentes, afirmava que a norma penal, no Brasil, não faz diferença de categoria entre os agentes que concorrem para o cometimento do delito comum, tratando a todos como autores do injusto penal. Fragoso tinha o entendimento de que, para a caracterização do concurso de agentes, necessário a presença de alguns pressupostos gerais. A respeito, assim deixou escrito o autor:

Pressupostos gerais do concurso de agentes são, do ponto de vista objetivo, a contribuição causal para a ação

comum; do ponto de vista subjetivo, o dolo e demais elementos subjetivos do tipo (embora possa concorrer motivação diversa), em relação ao fato. No caso de participação é indispensável a consciência de cooperar na ação comum.

Bitencourt (2010, p. 479-484), sobre o concurso de pessoas, fez algumas considerações a fim de elucidar a sua natureza e algumas de suas características, que, desde logo, pedimos vênias para apresentar seu pensamento acerca de matéria em breve síntese.

Assim é que, segundo Bitencourt (apud Mirabete, 1985, v. 1, p. 225), os tipos penais em regra dizem respeito a fatos que são cometidos somente por um indivíduo, mas nada impedindo que o delito seja praticado por mais de uma pessoa, o que poderá ocorrer quando o crime seja o efeito da “concorrência de várias condutas praticadas por sujeitos distintos”, motivados por razões múltiplas à ação delituosa, podendo se dar a colaboração desde a fase de “elaboração intelectual até a consumação do delito”.

Desta feita, poderão ser responsabilizados penalmente: a) quem cooperou planejando o ilícito; b) quem “forneceu os meios materiais para a execução”; c) quem “intervém na execução” do crime; d) quem somente colabora para a consumação do crime. Esta a gênese dos elementos que compõe o concurso de pessoas, decorrendo daí outras questões relacionadas a prática de crimes por mais de um sujeito ativo, tais como: concurso necessário, autoria colateral, coautoria, autoria mediata, participação. Entretanto, ensina Bitencourt que, não obstante a existência de problemas para a diferenciação dessas

espécies de delinquência em concurso, é mais comum encontrarmos dificuldades para a distinção no “chamado concurso eventual de pessoas, que pode receber a contribuição de terceiros até o momento de consumação do crime”.

Bitencourt (2010, p. 482-483), aduzindo que entre nós é adotada a teoria da equivalência das condições para a resolução de questões relacionadas ao concurso de pessoas - segundo a qual não é de se fazer separação entre “causa e condição na produção do resultado típico” -, informa que a causalidade, como *elemento material* e objetivo do concurso – sendo “a contribuição causal física” -, é importante no processo de adequação típica tratando-se de crime praticado por mais um sujeito ativo, mas que necessita da presença do *elemento subjetivo*, “a vontade e consciência de participar de obra comum”, para só então termos o aperfeiçoamento do instituto do concurso de agentes. O autor conclui que: “A causalidade física é apenas um fragmento do complexo problema do concurso de pessoas, que exige também o liame subjetivo para completar-se”. E, ainda, que: “[...], inexistindo o nexo causal ou o liame subjetivo, qualquer dos dois, não se poderá falar em concurso de pessoas”.

No mais, do texto proposto por Bitencourt (2010, p. 483-484) temos que, além da *causalidade física* e do *elemento subjetivo*, para a caracterização do concurso de agentes devem ser agregados outros requisitos, a saber, segundo o autor: *a) pluralidade de participantes e de condutas*, ou seja, mais de um indivíduo concorrendo para o cometimento de um crime, não necessariamente contribuindo da mesma forma ou na mesma proporção para a execução do delito, mas todos contribuindo “para o desdobramento causal do evento” a fazer incidir a

norma de extensão do concurso de agentes; *b) relevância causal de cada conduta* sendo imprescindível, portanto, que o comportamento de cada um dos indivíduos possa integrar-se à causa determinante da violação da norma penal, vale dizer, a contribuição deve ser eficaz à prática do crime. A estes requisitos, que reputamos de maior relevância, Bitencourt faz mencionar, uma vez mais, outros dois: o *vínculo subjetivo entre os participantes e a identidade de infração penal*.

Fuller (2010, p. 561-563), em comentário ao artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.137/1990, entende que o texto legal trata de concurso de agentes, reproduzindo o conteúdo do preceito disposto no artigo 29, *caput*, do Código Penal, com a única ressalva de que “o emprego da organização empresarial (pessoa jurídica), como instrumento para a prática de crimes, em nada afeta a responsabilidade penal do agente que dela haja se servido”. Segundo este autor, o dispositivo expresso na norma penal tributária prevê a possibilidade da prática de delitos desta natureza em coautoria ou em participação, ante a justificativa que a estrutura empresarial “propicia a divisão da conduta criminosa entre uma pluralidade de sujeitos (administrador, contador, empregado etc)”.

Apesar da brilhante consideração de Fuller, da leitura de seu texto fica a impressão que seus comentários referem-se ao modo como normalmente o preceito do artigo 11, da Lei nº 8.137/1990 tem sido interpretado pela doutrina e, de fato, se considerada a possibilidade de imputação da conduta criminosa praticada contra a ordem tributária à pessoa natural (dirigente, administrador ou representante legal), mas tendo na pessoa jurídica ou entidade empresarial, “mero instrumento de que se serve” a pessoa física para o cometimento de delitos em seu nome e no seu interesse exclusivo, então por certo que os esquemas

clássicos de atribuição de responsabilidade penal em concurso de agentes podem perfeitamente encontrar ressonância para a hipótese.

Porém o mesmo raciocínio já não se poderia aplicar nas hipóteses em que o delito tributário seja cometido pela pessoa física em representação da pessoa jurídica, logo, nas situações em que o crime é praticado em nome e no interesse da entidade empresarial.

Nesta última hipótese teríamos o problema já anteriormente referido de dispersão ou dissociação dos elementos do tipo penal, em que aquele (pessoa física) que de fato pratica atos de execução material do delito não se insere no rol restrito de autores da conduta punível (pessoa jurídica), afastando a possibilidade de enquadrar-se a hipótese, sendo o caso, no modelo de concurso de agentes de que trata o artigo 11 da Lei penal tributária, até mesmo porque, uma tal norma de extensão não pode prescindir de considerar que somente restaria caracterizado o concurso de agentes com a concorrência da pessoa jurídica, sempre que se tratar de crime praticado em nome e no interesse da instituição ou do ente empresarial, nomeadamente quanto o tipo penal exigir circunstância ou elemento qualificado para a configuração do injusto penal.

Assim, a pessoa física somente poderia cometer o delito em concurso com a pessoa jurídica, nos crimes contra a ordem tributária, caso houvesse alguma relação de causalidade no comportamento do representante ou dirigente do ente empresarial, à evidência da existência de efetiva colaboração ou cooperação com o fim da prática de delito para o

qual o tipo penal prevê elementos ou qualidades que somente estão circunscritas à pessoa jurídica.

Lembrando, uma vez mais Fragoso (1995, p. 257), sem a constatação da “contribuição causal para a ‘ação comum’” e “a consciência de cooperar na ‘ação comum’” não é de se falar em concurso de agentes. E também digno de referência, outra vez, Bitencourt (2010, p. 484), para quem, dentre outros, é requisito que caracteriza o concurso de agentes a existência de “pluralidade de participantes e de condutas”, em que deverá haver a concorrência de mais de um agente do fato delituoso, todos em cooperação para a prática do crime.

Bacigalupo (2005, p. 456), escrevendo sobre o concurso de agentes, ensina que: “São co-autores aqueles que tomam parte na execução do delito co-dominando o fato”, afirmando, ainda, que: “A co-autoria é propriamente autoria”. E mais, que: “O elemento essencial da co-autoria é o co-domínio do fato”, ou, como o denominou Roxin, mencionado por Bacigalupo, o domínio funcional do fato, tendo como característica que, “cada um dos co-autores tem em suas mãos o domínio do fato por meio da parte que corresponde à divisão do trabalho”.

Para melhor confrontar a problemática aqui tratada, de modo a deixar mais evidente a dificuldade de enquadramento lógico-jurídico do concurso de agentes na matéria e mesmo da imputação somente a título de autor “individual” à pessoa física que atua em nome e no interesse da pessoa jurídica, trazemos também à colação a lição de Fragoso (1995, p. 253-254) que, lecionando sobre a *co-autoria*, afirmou

que figura a este título no cometimento do delito quem executa juntamente com outros agentes a ação ou omissão descritas pelo tipo penal, entendo que não é de exigir o ajuste prévio entre os agentes, sendo suficiente à caracterização da co-autoria a “*consciência de cooperar na ação comum*” (“além dos componentes subjetivos do tipo”).

E, ainda, Fragoso (1995, p. 252-253) escrevendo sobre quem deve figurar como sujeito ativo do crime, asseverou que *autor* do fato delituoso “é quem realiza diretamente a ação típica ou quem realiza através de outrem, nos casos da chamada *autoria mediata*”, aduzindo, ainda, que “a doutrina moderna tem caracterizado como autor quem tem o *domínio final do fato*, no sentido de decidir quanto à sua realização e consumação [...]”. Para o saudoso penalista, somente é de se caracterizar a autoria desde que o agente realize totalmente ou mesmo somente em parte a figura típica, mas de qualquer modo, deverá preencher o “aspecto objetivo (tipo objetivo) e subjetivo (tipo subjetivo)”.

Excetuando Fragoso os casos de autoria mediata, entende que somente se caracteriza a autoria com a “realização da conduta típica”, e arremata, ensinando que: “Deve o autor reunir os requisitos previstos no tipo para o sujeito ativo nos crimes próprios e atuar com dolo e demais componentes subjetivos do tipo, eventualmente exigidos”, muito embora em seguida afirme que, sendo incapaz de ação e culpa a pessoa jurídica não pode figurar como autora de crime, nada impedindo que sejam autoras do delito as pessoas físicas que atuarem em representação e em nome da instituição ou da empresa (“por conta ou em benefício da pessoa jurídica”), de conformidade com as regras gerais do Código Penal sobre imputação de responsabilidade penal,

posicionamento que segundo pensamos atualmente precisa ser lido com a ressalva do quanto vai exposto neste trabalho.

Portanto, confrontado os conceitos e requisitos imprescindíveis à caracterização seja da autoria ou da coautoria, constatada a dispersão ou dissociação dos elementos do tipo penal em matéria de criminalidade tributária, não haveria como se responsabilizar penalmente a pessoa física que atua em nome e no interesse da pessoa jurídica e, pela mesma razão e fundamento, não seria de falar-se na aplicação da regra prevista no artigo 11 da Lei nº 8.137/1990. Como a pessoa jurídica não é passível de imputação jurídico-penal nessa matéria no ordenamento vigente e à pessoa física falta elemento qualificado exigido pelo tipo penal, os requisitos que são imprescindíveis à caracterização do concurso de agentes não poderão conformar-se, afastando-se, por certo, a incidência deste dispositivo da lei penal tributária.

Por outro lado, mesmo considerada a teoria do domínio do fato, que é relacionada pela doutrina como método mais adequado à resolução de questões atinentes à autoria e participação, ainda assim as afirmações acima se impõem como razoáveis.

A teoria do domínio do fato se desenvolve a partir do conceito de autor do injusto penal e como forma de aperfeiçoá-la e, ainda, para dar estrutura lógico-jurídica mais consentânea à necessidade de se conferir segurança jurídica aos meios persecutórios por ocasião da individualização da conduta e aplicação da sanção penal, tendo em conta, inclusive, a dicção do artigo 29 do Código Penal, que exige que a

pena seja proporcionalmente fixada segundo a participação ou concorrência de cada agente para o fato delituoso, ao deixar expresso que: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Não prescinde, pois, a teoria do domínio do fato do conceito de autor. Ao contrário, dele é dependente para explicar a sua existência e evolução.

Bitencourt (2010, p. 487), para explicar a *teoria do domínio do fato*, assim escreveu:

Embora o *domínio do fato* suponha um controle final, “aspecto subjetivo”, não requer somente a *finalidade*, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato. Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. É não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata).

Para Bitencourt (2010, p. 488), são consequências da teoria do domínio do fato:

1ª) a realização pessoal e plenamente responsável de todos os elementos do tipo fundamentam sempre a autoria; 2ª) é autor quem executa o fato utilizando a outrem como instrumento (autoria mediata); 3ª) é autor o coautor que realiza uma parte necessária do plano global (“domínio funcional do fato”), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum.

O Professor Berruezo (2007, p. 56), em importante estudo sobre o tema também nos fornece importante balizamento sobre a teoria do domínio do fato. Este autor aduzindo que a teoria foi amplamente desenvolvida por Claus Roxin (2000), escreve que

La teoría del dominio del hecho ha pretendido ser aplicada para la determinación de los autores y partícipes en los delitos cometidos desde la empresa. En principio parece ser una buena herramienta para dicha determinación, toda vez que en la cabeza de la empresa están los que imparten las órdenes y por lo tanto, tienen el dominio del hecho de los delitos cometidos desde la estructura compleja que una empresa tiene. Pero a poco de andar nos hallamos con los inconvenientes que surgen cuando la estructura de la empresa es de tal magnitud que se encuentran muy lejos de la materialidad del hecho aquellos que impartieron las órdenes, con relación a quienes en definitiva las ejecutaron.

De qualquer sorte, a *teoria do domínio do fato*, ao que parece, não se aplica à matéria aqui relacionada, pois, segundo pesamos, considerando-se que os crimes contra ordem tributária também podem ser classificados como “delitos de infração de dever”, não há que se falar em imputação jurídico-penal fundada na existência de uma suposta relação de domínio sob a esfera de proteção do objeto material ou do bem jurídico que a norma penal pretende tutelar.

Olivé et al. (2011, p. 562-563) entende que nos crimes de natureza especial não é de aplicar-se a teoria do domínio do fato a fim de resolver problemas de autoria e participação, já que, em tais crimes sobressai o conceito de crime de *infração de dever*, em que o “Autor de um crime especial doloso de ação será o sujeito qualificado que de qualquer forma intervenha em um crime violando o *dever* que possui”, reconhecendo a possibilidade da *coautoria* entre os “sujeitos qualificados”, mesmo possuindo conotação diversa se considerada a coautoria nos crimes de domínio e, lembra lição de Roxim, para quem a diferença está em que, ao invés da contribuição para o cometimento do crime na “fase executiva”, o que importa na última hipótese “é a violação conjunta de um dever comum”.

Tratando-se dos crimes de infração de dever, Bacigalupo (2005, p. 466), por sua vez, tem o entendimento de que é irrelevante ter o autor do delito o domínio do fato. Importante, para todos os efeitos, a violação do dever especial de que é responsável o agente, ensinando, ademais que, nessas circunstâncias a co-autoria ocorre quando restar caracterizada a “violação conjunta do dever especial”, não sendo determinante a “contribuição que cada um dos agentes deu ao fato delituoso”.

Ademais, não é de se falar, tampouco, na aplicação do artigo 30 do Código Penal, pois que, não sendo autorizada a responsabilização penal da pessoa jurídica, conseqüentemente, as circunstâncias e as condições de caráter pessoal que lhe são inerentes não podem comunicar-se à pessoa física. É que a regra do artigo 30 referido, que pretende equacionar o problema da coautoria nos delitos especiais requer, por óbvio, como pressuposto para a incidência da norma de extensão da autoria, no contexto do cometimento do injusto

penal, a prática do crime pelo autor idôneo (ou seja, aquele que possui os elementos de caráter pessoal), em conjunto com o coautor e em unidade de desígnios.

Não participando do delito ou faltando a figura do “autor qualificado”, ou na impossibilidade de responsabilizá-lo penalmente devido, por exemplo, a inimputabilidade do agente “idôneo” ou, na hipótese aqui mencionada, da irresponsabilidade do ente empresarial, não haverá a possibilidade de comunicação ao *extranei* das condições de caráter pessoal pertencentes ao *intranei*, logo, obstaculizando, no caso, a concomitância da autoria que pretende estabelecer o artigo 30 do Código Penal, cujos limites de aplicação foram bem elucidados por Olivé et al. (2011, p. 563), consoante segue:

Para que haja coautoria em crimes especiais, o Código Penal brasileiro cria uma regra geral, prevista no art. 30: “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Assim, a *contrariu senso*, sempre que as características especiais do autor formarem parte dos elementos do tipo penal serão *comunicadas* ao coautor, que sendo *extranei* passará a ser considerado como *intranei* para todos os efeitos legais. Se, por exemplo, um funcionário público comete um delito de peculato (art. 319 do CP) contando com o auxílio de um sujeito normal que atua em conjunto e com a mesma unidade de desígnios, ambos responderão pelo delito em questão, *comunicando-se* (emprestando) ao *extranei* a qualidade especial de funcionário público.

Em tais crimes de infração de dever (especiais, portanto), não parece mais adequado vincular o conceito de autor (ou coautores) do fato delituoso à demonstração do “domínio que objetivamente exerce o agente sobre a condução da ação”, ou, ainda, “ao domínio final da ação”, sob o aspecto objetivo e subjetivo (apud Enrique Cury, Pierangeli, 2006, p. 44). Nem tampouco o “domínio funcional do fato” autorizaria concluir ser possível estabelecer uma relação de coautoria na hipótese aqui estudada, à exceção de uma possível incriminação do órgão ou representantes da pessoa jurídica pelo cometimento do delito em cooperação e desiderato comum, como bem assinalou o Professor Berruezo (2007, p. 56).

Bajo Fernández e Bacigalupo Saggese (2010, p. 115) a propósito da matéria ensinam que, em Direito Penal Econômico são muitos os casos em que se apresenta a problemática de saber se em face de determinado crime o agente atuou como autor ou como partícipe, dado que, relativamente a esta criminalidade econômica, a questão surge como específica e particular.

Os Professores da Universidad Autónoma de Madrid afirmam que, nos tipos penais de um grande número de delitos econômicos possuem uma estrutura que não se aproxima daquelas que são próprias dos clássicos tipos nos quais “el autor debe dirigir la causalidad a la producción de un resultado material (delitos de dominio)”; para estes autores, na verdade, tratando-se de crimes econômicos, os tipos penais exigem frequentemente que o autor tenha infringido um dever, decorrendo desse entendimento que estaremos então frente à delitos especiais ou delitos de omissão; o tipo penal requer, pois, que o

autor “tenga una determinada cualificación y contravenga una concreta obligación”.

Nesse sentido, ainda, Bajo Fernández e Bacigalupo Saggese escrevem que:

En efecto, por ejemplo, en el delito fiscal y los demás delitos contra la Hacienda pública, el autor es el obligado tributario que infringe el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público; en el delito de insolvencia punible, lo es el deudor que quebranta el deber de mantener inalterado su patrimonio a fin de que el acreedor pueda satisfacer su crédito; en los delitos societarios, es autor el administrador que incumple su obligación de administrar lealmente, etc.

Em seguida, reafirmam Bajo Fernández e Bacigalupo Saggese (2010, p. 117-118) que nos crimes especiais próprios a autoria depende de que o autor da ação seja também o obrigado pelo dever especial cuja infração é da base da punibilidade. E, ainda, comentando o artigo 31.1 do Código Penal espanhol, que regula o instituto da “atuação em nome de outro” naquele ordenamento, aduzem que referida norma estende a responsabilidade penal aos sujeitos não-qualificados, sempre que atuarem em representação da pessoa física ou jurídica que possuem a qualificação exigida pelo tipo penal.

Em sentido contrário, a ausência de tal norma de extensão, inviabilizaria a responsabilização penal do autor da ação punível, por

faltar-lhe a qualificação incorporada como elemento do fato típico, nem mesmo como partícipe, segundo entendem os Professores da Universidad Autónoma de Madrid, já que a pessoa representada não teria de nenhuma maneira praticado a ação delitiva “y toda participación presupone la concurrencia de la acción del partícipe em relación con la del autor.

Os crimes contra a ordem tributária, normalmente caracterizados pela infração ou inobservância do cumprimento de uma obrigação ou dever extrapenal da mesma natureza, somente autorizam juízo de culpa sobre a conduta do responsável tributário – contribuinte ou substituto tributário -, é dizer, na hipótese específica aqui analisada, o comando normativo acaba por vincular o “devedor do tributo ou exação”, o que é suficiente para dar sustentação à eventual imputação jurídico-penal, não havendo necessidade de se avançar na discussão quando a saber se aquele que tem o dever de recolher o tributo, por exemplo, também possui domínio sobre situação fática que ensejou a prática do delito, razão suficiente para afastar a incidência da “teoria do domínio do fato”, na hipótese veiculada.

O Professor Cavero (2003, p. 69), sobre o tema assim se pronunciou:

El criterio de competencia por el dominio del hecho pierde aquí relevancia, pues no se intenta prohibir un riesgo de la propia esfera de organización que pueda afectar a terceros. Un delito de infracción de un deber no puede ser cometido por una persona no vinculada institucionalmente, por más que domine el hecho. El

mandato de la norma se dirige a una persona que posee un estatus especial para ordenarle una organización conjunta con otra esfera de organización°

Cavero (2003, p. 69-70), porém, reconhece a possibilidade de delegar referido “dever especial” em outra pessoa, notadamente em razão da complexidade de determinadas instituições ou empresas que impedem a prática de atos ou o cumprimento de suas “competências institucionais” pessoalmente e a todo o momento. Contudo, afirma que somente poderá dar-se essa delegação ou transferência de competência a terceiros por meio de uma “atuação em lugar de outro” que autorize “[...] una responsabilidad penal del que no es titular originario del deber institucional”. Complementando o autor seu raciocínio, escreve ainda que

Pero la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta en el dominio del hecho, sino en la translación al *extraneus* de un deber institucional de un *intraneus*. Este deber institucional corresponde originariamente al *intraneus*, por lo que para poder trasladarlo a otro sujeto habría que ofrecer un fundamento jurídicamente relevante. Este traslado opera, por lo general, mediante la relación de representación, esto es, mediante el vínculo de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*. Como consecuencia de esta translación del deber, el representante responderá por la infracción de ese deber, sea por una acción propia o de un tercero, si puede evitarlo.

No mesmo sentido é o entendimento do Professor Berruezo (2007, p. 67-70), referenciado pelos estudos realizados por Jakobs

(2000, p. 88 e 119) e Roxin (2000, p. 385). Menciona este autor que, existem preceitos penais nos quais não se pode aplicar a idéia de domínio do fato, pois os tipos penais descrevem a ação e a pessoa do autor, exigindo, portanto, para sua configuração “un requisito indispensable de la autoría”, a determinar que somente o *intraeus* pode ser autor do delito. Aduz, desta forma, que não é a qualidade específica que converte o sujeito em autor, mas sim o dever específico do agente se comportar conforme o dever institucional, “cuya infracción consciente fundamenta la autoría”, e acrescenta:

Es decir que el criterio para determinar la autoría reside en la infracción de un deber. Ahora bien, como explica Roxin, este deber no es un deber surgido de la norma penal, sino un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesario para la realización del tipo. Es un deber que está antes de la norma penal y que se origina en otras ramas del ordenamiento jurídico. [...] En los delitos de infracción de deber, se responde como autor por lesionar un deber específico, un deber que lo identifica como obligado especial al sujeto. [...] Si el autor es portador de un deber, es lo mismo que domine o no fácticamente el curso de los acontecimientos.

Lançadas tais premissas, segundo a orientação da doutrina aqui mencionada, é de se concluir que, a norma de concurso de pessoas preceituada pelo artigo 11 da Lei n° 8.137/1190, não tem a funcionalidade desejada quando se tratar de crimes contra a ordem tributária, cujos fatos delituosos são atribuíveis, em tese, à pessoa jurídica, nas condições já demasiadamente esclarecidas anteriormente,

não podendo haver transferência de responsabilidade penal aos sócios, gerentes, diretores ou administradores, pelo mesmo fato, sem que tenhamos norma que, expressamente, preveja ser possível trasladar o “dever institucional” à pessoa física, desde o ponto de vista do tipo penal, sem, necessariamente, conter a exigência de que a pessoa natural também seja detentora do elemento especial que fundamenta o tipo penal (que, por natureza não lhe pertence, mas sim à pessoa jurídica).

Assim considerado, diferentemente do quanto consta da dicção do artigo 11 da Lei nº 8.137/1990, a atribuição de responsabilidade penal à pessoa física, mas na condição de autora do fato delituoso - não meramente pelo estabelecimento de uma relação de coautoria -, observaria a melhor técnica de imputação jurídico-penal nos crimes contra a ordem tributária, sempre que o dever especial for qualidade inerente à organização empresarial.

Cavero (2003, p. 71), melhor elucida tal assertiva, ao afirmar que

El estatus que fundamenta el rol especial, y del que se deriva el deber, permanece en el destinatario primario de la norma penal. Es el contenido normativo – y, por tanto, el deber específico – el que se traslada al órgano o representante.

Por ser esclarecedor da evolução que a matéria vem tendo no direito comparado, fazemos transcrever trecho que a propósito escrevemos

Por isso que no Direito Penal Econômico Europeu, ganha força o instituto da chamada *atuação em nome de outrem*, no presente trabalho já referido, e como anota com propriedade Luiz Regis Prado, ao afirmar que: “Nessa linha de pensar, ressalte-se, ainda, a construção denominada *atuação em nome de outrem*, prevista na legislação penal de alguns países europeus, com vistas à punição daqueles que praticam infrações penais, na qualidade de membros de uma pessoa moral ou em representação de outrem. A responsabilidade penal aqui recai sobre certas pessoas que atuam como membros de um ente coletivo ou em sua representação. Com esta prescrição legal, busca-se ‘resolver o problema político-criminal das lacunas de punibilidade que são detectadas em relação às figuras delitivas em que o tipo de injusto reveste características especiais que não podem ser formalmente verificadas no sujeito que realiza a ação típica e com seu comportamento produz lesão ou perigo para o bem jurídico que a norma correspondente quer evitar’. O problema aparece quando a lei exige o concurso de uma determinada qualidade do sujeito ativo e tal qualidade existe na pessoa jurídica, mas não no indivíduo que atua em seu nome” (apud Prado, 1999, p. 146-147, in Almeida, 2008, p. 135, nota 32).

Decorre de todas essas assertivas a questão que se propôs acerca da necessidade de melhor conformação do texto legal quando se trata de técnicas de imputação jurídico-penal de culpa nos casos de crimes econômicos e nomeadamente nos delitos contra a ordem tributária praticados pela pessoa física em nome e no interesse da pessoa jurídica, e, ainda, da pertinência de melhor estudo e

aprofundamento do instituto da “atuação em nome (ou no lugar) de outrem”.

Nessa altura do desenvolvimento da ciência penal nesta matéria, é de todo pertinente a existência de instrumento legislativo através do qual se converta em *intraneus* aquele que atua em representação da pessoa jurídica, assim, “el *extraneus* deja de ser tal para convertirse, mediante la asunción de la posición especial o la traslación del deber jurídico-penal institucional, en un *intraneus* de la norma penal” (Cavero, 2003, p. 72).

Em suma, referindo-se a delinqüência tributária aos delitos especiais e, mais propriamente, sendo autorizado defini-los nesta hipótese como delitos de infração de dever, atualmente nos parece impensável, portanto, imputar responsabilidade penal à pessoa física que atua em representação da pessoa jurídica, sem a existência no ordenamento vigente de uma cláusula ou ao menos uma regra de extensão através da qual se possa legitimamente alcançar a pessoa natural, ainda que tão somente numa perspectiva normativa, a fim de que o elemento qualificado ou a circunstância especial inerente ao agente idôneo do fato ou ao sujeito ativo do crime - que faz parte da construção do tipo penal -, também possam ser atribuíveis ao dirigente ou aquele que de fato pratica a ação ou omissão violadoras de bens jurídico-penais que possuem estreito vínculo com as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica no mundo dos negócios.

Tal proceder, por certo, para muito além de ter finalidade político-criminal, estaria mais em consonância com a função garantista que deve ser ínsita ao tipo de injusto penal e daria pleno cumprimento ao princípio da reserva legal, de maneira a afastar eventuais juízos ou

critérios de responsabilidade penal objetiva que não pode de modo algum ser contemplada pela moderna ciência do Direito Penal.

Conclusão

O Direito Penal brasileiro, assim como acontece em outros países de mesma tradição jurídica que a nossa, tem buscado encontrar meios de adaptar-se a uma crescente criminalidade de natureza diversa daquela que conhecemos. A ciência penal tem encontrado caminhos para a resolução de questões relacionadas à criminalidade clássica, com o aprimoramento de antigos institutos e conceitos que lhe são próprios, não sem alguma divergência teórica em temas mais sensíveis, como é natural e da essência de uma área do conhecimento que tem no comportamento humano um dos seus focos de estudo.

No tocante à “criminalidade moderna”, o Direito Penal encontra-se em franca evolução, surgindo a todo o momento pesquisas criminológicas que procuram melhor entender o fenômeno da criminalidade econômica e organizada, fornecendo subsídios ao legislador para adaptação do sistema penal a essa nova realidade, posto que a dogmática aplicada aos crimes clássicos (homicídio, furto, roubo, etc) nem sempre são suficientes para dar resposta efetiva e eficaz à “criminalidade secundária”, normalmente levada a cabo através de aparatos organizacionais ou se servindo da pessoa jurídica como “escudo de proteção” e cujas condutas invariavelmente lesionam não somente interesses individuais, mas também e principalmente interesses coletivos e difusos.

Essas duas características marcantes - além de outras -, ou seja, crimes praticados em nome e por conta da pessoa jurídica, ou em representação desta e a possibilidade de propagação da lesão a um número indefinido de interesses e pessoas, tem exigido esforços da

doutrina ou um repensar a dogmática penal a esta nova ordem criminológica estabelecida. Nesse contexto é que emerge o que se tem denominado de Direito Penal Econômico, senão como ramo autônomo ao menos como disciplina jurídica, como forma de melhor estudar as diversas facetas dessa nova espécie de criminalidade. Seus fundamentos e base teórica ainda encontram-se em construção assim como o conceito de bem jurídico-penal “difuso ou coletivo”, típico dessa criminalidade secundária.

Outra questão que reclama sistematização urgente diz respeito à imputação jurídico-penal da pessoa física, quando atua em representação no nome e no interesse da pessoa jurídica, embora o tipo penal não o reconheça como sujeito idôneo ao cometimento do delito, não obstante também seja necessário enfrentar o correlato problema da responsabilização penal do ente empresarial ou coletivo pela prática de crimes econômicos e, inseridos nestes, os crimes praticados contra a ordem tributária.

É que, nestas circunstâncias, a rigor, há uma dispersão ou dissociação dos elementos do tipo de injusto penal. Está-se diante de caso em que se pode pensar na existência de separação entre o sujeito da ação (pessoa física) do sujeito da imputação (pessoa jurídica). Aquele que é detentor de uma especial qualidade ou circunstância de fato referenciada pelo injusto penal (pessoa jurídica) não executa materialmente o crime. Todavia, aquele que de fato pratica ação típica ou executa materialmente o crime, não é identificável no elemento qualificado ou especial, expressamente ou implicitamente considerado pelo legislador penal.

De sorte que, diferentemente do tratamento que vem sendo dado à matéria no Direito comparado, sob a denominação de “atuação em nome ou no lugar de outrem” (Portugal, Espanha e Alemanha, por exemplo), construção da recente dogmática penal, para suprir lacunas de punibilidade ou melhor sistematizar o regime de imputação de responsabilidade penal à pessoa física que atua em representação da instituição ou empresa, decorrentes desta cisão ou dispersão dos elementos do tipo penal, nas situações mencionadas, o Direito Penal brasileiro ainda não sistematizou adequadamente o problema. Não se encontra na legislação pátria algo semelhante ao conteúdo normativo do instituto existente na Europa que se convencionou denominar “atuações em lugar (ou em nome) de outrem”.

Os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.605/1998 tentam sistematizar a matéria, mas nos parece que sem observar a melhor dogmática penal. Por seu turno, encontra-se previsão no artigo 11 da Lei nº 8.137/1990 e no artigo 25 da Lei nº 7.492/1986, também numa tentativa de equacionar o problema existente quando o crime é praticado pela pessoa física, representante legal, sócio ou administrador da pessoa jurídica, mas no interesse e em nome da pessoa jurídica.

Em se tratando dos crimes contra a ordem tributária, o artigo 11 da Lei nº 8.137/1990, repetindo fórmula preceituada pelo artigo 29 do Código Penal, prevê a possibilidade destes delitos serem cometidos em concurso de pessoas, quando praticados através da pessoa jurídica. Todavia, o método adotado pelo legislador parece não ser o que melhor resolve todas as questões relacionadas à imputação de responsabilidade penal à pessoa física, considerando que se classificam tais crimes como delitos especiais ou de infração de dever, não havendo, na hipótese,

como alcançar a pessoa natural a condição de *intraneus*, qualidade característica do ente coletivo ou empresarial.

Assim delimitado o problema existente na legislação pátria no que respeita a responsabilidade penal da pessoa física, quando lhe faltar elemento especial ou qualificado, somente subsumível à pessoa jurídica, nos ilícitos penais contra a ordem tributária (e também nos demais crimes contra a ordem econômica) cometidos em nome e no interesse exclusivo desta, deixamos assentado a necessidade de melhor sistematização da responsabilidade penal da pessoa natural – representante legal, dirigente, diretor, administrador, etc -, que atuam em nome e no interesse da pessoa jurídica, sem que, desde logo, se possa afirmar, categoricamente, pela imprescindibilidade de previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, embora, segundo pensamos, a Constituição Federal, no seu artigo 173, a permita de modo amplo nos casos dos crimes contra a ordem econômica e tributária.

Referência bibliográfica

- ABOSO, Gustavo Eduardo e ABRALDES, Sandro Fabio. Responsabilidad de las personas jurídicas en el Drecho Penal. Buenos Aires - Montevideo: Editorial B de f, 2000.
- ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. A imputação jurídico-penal no Direito Penal Econômico, in Revista Jurídica n° 373. Porto Alegre: Notadez, novembro, 2008.
- AMARAL, Cláudio do Prado. Princípios penais da legalidade à culpabilidade. São Paulo: Edição IBCCRIM, 2004.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- BACIGALUPO, Enrique. Direito Penal, parte geral. Tradução de André Estefam e revisão de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros editores, 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel e BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Derecho Penal Econômico. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.
- BALDAN, Édson Luís. Fundamentos do Direito Penal Econômico. 1. ed., 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- BERRUEZO, Rafael. Responsabilidad Penal en la estructura de la empresa – imputación jurídico-penal sobre la base de roles. Buenos Aires - Montevideo: Editorial B de f, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte geral, volume 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Tratado de Direito Penal, parte especial, volume 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- _____. Tratado de Direito Penal, parte especial, volume 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal, parte geral, tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte geral, volume 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO. Américo Taipa de. O crime de abuso de confiança fiscal. Coimbra: Coimbra editora, 2007.
- CARVALHO FILHO. José Cândido de. Concurso aparente de normas penais. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2009.
- CAVERO, Percy García. El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal Peruano. Lima: ARA Editores, Universidad de Piura, 2003.
- COSTA, José de Faria. Direito Penal Econômico. Coimbra: Quarteto, 2003.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da, e DENARI, Zelmo. Infrações tributárias e delitos fiscais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. Direito Penal, parte geral, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. São Paulo: Edição IBCCRIM, 2008.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.
- FULLER. Paulo Henrique Aranda. Dos crimes contra a ordem tributária, em Legislação Penal Especial, obra coordenada pelo autor e por Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, livro X. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, volume I, tomo I. 4. ed. São Paulo: Max Limonad editora, 1977.
- GODINHO, Inês Fernandes. A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em Direito Penal Económico. Coimbra: Coimbra editora, 2007.
- GRECO, Luis. Direito Penal e Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental. Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. Tradução da 2ª edição alemã por Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, volume 1, tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____. Comentários ao Código Penal, volume 1, tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2003.
- MACHADO. Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e Direito Penal. São Paulo: Edição IBCCRIM, 2005.
- MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, volume I. Campinas: Bookseller Editora, 1997.
- MARTÍN, Luis Gracia. Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S. A., 1986.
- _____. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, artigo publicado em Responsabilidade penal da pessoa jurídica, obra coordenada por Prado, Luiz Regis e Dotti, René Ariel. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed., 2010.

- MARTÍN, Víctor Gómes. Los delitos especiales. Buenos Aires - Montevideo: Editorial B de f, 2006.
- MATTA, Paulo Saragoça da. O artigo 12º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”. Coimbra: Coimbra editora, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Leis penais e processuais penais comentadas. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVÉ, Juan Carlos Ferre et al. Direito Penal Brasileiro, parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PIMENTEL. Manoel Pedro. Direito Penal Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- PODVAL, Roberto. Organizador. Temas de Direito Penal Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. Direito Penal Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. e DOTTI, René Ariel. Coordenadores. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal, parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ROXIM, Claus. Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires: Ediciones Dapalma, 1979.
- SÁNCHEZ. Bernardo Feijoo. Cuestiones actuales de Derecho Penal Econômico. Buenos Aires - Montevideo: Editorial B de f, 2009.

- SÁNCHEZ. Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha, revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SANCTIS. Fausto Martin de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O Crime de Colarinho Branco. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Jurvdica* – 56, Universidade de Coimbra. Coimbra editora, 2001.
- SILVA, Germano Marques da. Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes. Lisboa: Editorial Verbo, 2009.
- _____. Direito Penal tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário. Lisboa: Universidade Católica, 2009.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Supra-individual, Interesses Difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- SOUSA, Susana Aires de. Os crimes fiscais. Coimbra: Coimbra editora, 2006.
- TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, nº 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro, 1995.
- _____. Manual de Derecho Penal Económico, parte general y especial. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010.
- TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.