

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

IGOR ANTONIO GONDIM ALMEIDA

**DENÚNCIA GENÉRICA NOS CRIMES ECONÔMICOS:
UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA**

JUIZ DE FORA

2014

IGOR ANTONIO GONDIM ALMEIDA

DENÚNCIA GENÉRICA NOS CRIMES ECONÔMICOS:
UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à conclusão da graduação.

Orientador: Prof. Thiago Almeida Oliveira

JUIZ DE FORA

2014

IGOR ANTONIO GONDIM ALMEIDA

DENÚNCIA GENÉRICA NOS CRIMES ECONÔMICOS:
UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à conclusão da graduação.

Aprovada em 04 de fevereiro de 2014

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Thiago Almeida Oliveira
Orientador

Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Examinador UFJF

Prof. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Examinador UFJF

Dedico este trabalho aos meus amados pais, Maria José e Antonio, por todo carinho, dedicação e confiança a mim dispensados.

“Alguém certamente havia caluniado Joseph K., pois numa manhã ele foi detido sem ter feito mal algum.

[...]

– Não – disse o homem junto à janela, atirando o livro sobre uma mesinha enquanto se erguia. – O senhor não tem permissão para sair. O senhor está detido.

– Assim parece – disse K. – Mas por quê? – perguntou então.

– Não fomos incumbidos de dizê-lo. Vá para o seu quarto e espere. O procedimento acaba de ser iniciado e o senhor ficará sabendo de tudo no devido tempo. Ultrapasso os limites do meu encargo quando me dirijo com tanto amabilidade ao senhor”.

RESUMO

O presente trabalho possui por escopo precípua buscar demonstrar, valendo-se do conteúdo instrumental-constitucional do hodierno processo penal, as divergências jurisprudências no âmbito do Supremo Tribunal Federal no que tange o tratamento afeto à denúncia genérica nos crimes econômicos. Para tanto, com o objetivo de alicerçar a presente pesquisa, necessário se faz promover uma série de digressões, passando pela delimitação do âmbito de estudo do Direito Penal Econômico e pela análise do conteúdo instrumental-constitucional de processo penal – e, por consequência, dos princípios fundamentais a ele inerentes. Ante tais premissas, estruturar-se-á o instituto da denúncia, com o respectivo estudo da denúncia genérica nos crimes econômicos, destacando os argumentos favoráveis e desfavoráveis à sua utilização na lógica jurídica pátria.

PALAVRAS-CHAVES:

DIREITO PENAL; DIREITO PENAL ECONÔMICO; DENÚNCIA; DENÚNCIA GENÉRICA; PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL; JURISPRUDÊNCIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DIREITO PENAL ECONÔMICO	11
1.1 DEFINIÇÃO E CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO	11
1.1.1 CRITÉRIO CRIMINOLÓGICO	14
1.1.2 CRITÉRIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL	15
1.1.3 CRITÉRIO PROCESSUAL	15
1.1.4 CRITÉRIO DO BEM JURÍDICO	16
1.2 EXPANSÃO E ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL	17
2 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	20
2.1 CONSTITUIÇÃO E O CONSTITUCIONALISMO	20
2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	22
2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL	24
3 DENÚNCIA GENÉRICA NOS CRIMES ECONÔMICOS	30
3.1 DENÚNCIA E SEUS REQUISITOS ESSENCIAIS	30
3.1.1 DIFICULDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA NOS CRIMES ECONÔMICOS	33
3.2 CONCEITUAÇÃO DE DENÚNCIA GENÉRICA	34
3.3 INADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA GENÉRICA	37
3.3.1 VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS	38
3.3.1.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	38
3.3.1.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	43
3.3.1.3 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	44
3.3.2 VIOLAÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL	46
3.3.3 RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA	47
3.3.4 AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA	49

3.3.5 VIOLAÇÃO À LITERALIDADE DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	50
3.4 ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEL	51
4. DENÚNCIA GENÉRICA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	58
CONCLUSÃO	64
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

A denúncia, peça vestibular da ação penal pública, dá o conteúdo da acusação que se quer ver procedente contra o acusado. Neste mister, deve promover uma descrição individualizada da conduta – e todas suas circunstâncias – supostamente praticada por cada um dos denunciados. Tal vinculação se mostra como uma importante ferramenta para frear possíveis arbítrios e exações dos *jus puniendi* estatal. É dizer, somente com o respeito a tais requisitos é que se possibilita o pleno exercício defensivo dos denunciados. Somente com uma denúncia clara, que exterioriza de forma cristalina a conduta delituosa praticada por cada um dos denunciados, é que se possibilita, em última instância, a própria ampla defesa.

E é nesse contexto que se insere a temática dos crimes societários – devendo estes serem entendidos, desde logo, como a principal manifestação dos crimes econômicos. Tais crimes, entendidos como aqueles praticados pelo indivíduo, isolada ou coletivamente, operando em nome da pessoa jurídica, como seu mandatário ou representante, revelam uma patente dificuldade de se penetrar no âmbito interno da sociedade com o objetivo de se identificar com precisão a origem dos atos criminosos e individualizar as condutas que dão origem ao delito.

Assim, sob a bandeira do dever do Estado de investigar e punir tais crimes econômicos, responsáveis por lesões a bens jurídicos supra individuais, tal qual a própria ordem econômica, há, com efeito, uma legítima reivindicação social no sentido da necessidade última de punir a criminalidade econômica praticada no âmbito das organizações empresariais. Mas subsiste, por outro lado, a consciência da impossibilidade de transgressão dos clássicos princípios garantidores da responsabilidade penal pessoal, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Enfim, existe por outro lado, a defesa da própria lógica do conteúdo instrumental-constitucional do hodierno processo penal.

Desemboca-se, então, na necessidade de se promover um diálogo entre a necessidade de coibir e punir a criminalização econômica, marcada, substancialmente, na luta pela proteção a bens jurídicos difusos afetos à ordem econômica, e o processo penal garantista e constitucional fundando no resguardo do cidadão contra todo e qualquer abuso de poder e arbítrio estatal. Insta frisar, neste contexto, que a partir cotejo entre os temas “Direito Penal Econômico” e “Processo

Penal Constitucional” é que será extraído o problema nevrálgico que se pretende discutir na presente dissertação: a acusação genérica nos crimes econômicos.

Certo que, hodiernamente, sobretudo ante a incontestada dificuldade de identificação da autoria volitiva da conduta criminosa praticada no seio de uma pessoa jurídica, são oferecidas denúncias genéricas que se olvidam em identificar, de forma individualizada, a conduta de cada sócio, diretor ou gestor de uma pessoa jurídica que integram o polo passivo da exordial. Assim, para alguns – com, inclusive, expoentes na jurisprudência pátria – trata-se da única medida apta à persecução penal dos tidos delitos econômicos. Entendem, portanto, que a acusação genérica se consubstanciaria como legítima alternativa, propondo, neste mister e a título de exemplo, que o deslinde das condutas praticadas seja transferido para a fase da instrução judicial.

Para outros, tal prática implicaria na violação de princípios constitucionais penais, processuais e materiais, em especial afronta à dignidade da pessoa humana, à responsabilidade penal subjetiva, à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, de dispositivos de consagração internacional e da própria literalidade do artigo 41 do Código de Processo Penal. Fala-se, outrossim, da não existência de justa causa para deflagração da persecução penal e da possibilidade de se resgatar a odiosa responsabilidade penal objetiva.

Tal problemática envolve, portanto, o crescente interesse de reprimenda estatal da criminalidade empresarial, por um lado, e a salvaguarda de direitos e garantias fundamentais alicerçados na Constituição, por outro.

Nesse íterim, para, inclusive, ilustrar a tormentosa discussão, mostra-se relevante destacar a oscilante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afeta ao tema que ora se expõe, sendo cristalina a percepção de guinadas utilitaristas e garantistas. Ressalta-se, nesta toada, ser comum vislumbrar decisões da Suprema Corte que, em prol da promoção dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, asseveram ser inepta a denúncia que, descrevendo genericamente a conduta delituosa no contexto dos crimes societários, integram o polo passivo da exordial acusatória com os sócios integrantes no quadro societário da empresa. Tal posicionamento, como anteriormente dito, se respalda no entendimento de ser imprescindível que a denúncia contenha, ainda que minimamente, a descrição individualizada da conduta supostamente praticada por cada um dos denunciados

somada à indicação do nexo de causalidade entre esta e o delito de que se trata, a fim de que se possibilite o pleno exercício do constitucional direito de defesa.

Lado outro, possível se faz, também, observar decisões diametralmente opostas, que, adotando um claro viés utilitarista, atestam que a observância da regra disposta no artigo 41 do Código de Processo Penal – que vincula a denúncia à exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias – deve ser examinada caso a caso, orientando o agir do Tribunal no sentido de ser suficiente, para a aptidão da denúncia em crimes societários, a indicação de que os denunciados seriam responsáveis, de algum modo, na condução da sociedade, e, portanto, reflexamente responsáveis pela conduta delituosa. Ante o exposto, defendem que, apesar da denúncia descrever condutas com certo grau de generalidade, não se pode tê-la como genérica, a ponto de se tornar inaceitável para os fins do dever do Estado de investigar e punir.

Por fim, cumpre exteriorizar, resumidamente, os passos a serem abordados no presente trabalho: em um primeiro momento, serão traçadas considerações acerca do Direito Penal Econômico, a fim de delimitar o âmbito de estudo da presente problemática; em segundo, se promoverá uma análise detida das nuances do conteúdo instrumental-constitucional do moderno Processo Penal. A partir de tais premissas, estruturar-se-á o instituto da denúncia no Processo Penal com o respectivo estudo da denúncia genérica nos crimes econômicos, destacando os argumentos favoráveis e desfavoráveis à sua utilização no hodierno contexto pátrio. Ao final, será promovido um diagnóstico na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, abrangendo o período desde o advento da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2013.

1 DIREITO PENAL ECONÔMICO

1.1 DEFINIÇÃO E CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO

Como bem adverte Bernd Schünemann¹, “*Los peligros verdaderos para la sociedad postmoderna no son provocados por la tradicional criminalidad aventurera y de la miseria, sino por la criminalidad económica y contra el medio ambiente*”.

O fenômeno societário é uma realidade inegável e crescente, na qual grandes e complexos grupos econômicos fazem circular vultosos recursos financeiros e, desse modo, acabam por exercer papel fundamental na política econômico-financeira estatal.

Impende frisar, nesse contexto, a possibilidade de se vislumbrar, na exploração da atividade econômica pela empresa, a constante inobservância, direta ou indireta, de regras, preceitos e valores econômico-sociais por tais entes, tudo justificado pela inesgotável luta pelo lucro. Tal agir, contudo, se consubstancia como recorrente lesão a bens jurídicos coletivos e difusos de destacado valor para o Estado e a Sociedade².

Com a evolução da sociedade, a complexidade da vida social econômica, a necessidade de proteção de determinados valores, se deslocou do âmbito meramente individual para o coletivo ou difuso³.

Retomando a lição de Schünemann, se antes o legislador criminal buscava tutelar valores de natureza particular, como a vida, a liberdade e o patrimônio, hoje espera-se que o Direito Penal atue de modo a proteger bens de caráter universal como o meio ambiente, o consumidor e a própria ordem econômica.

Enquanto no Direito Penal tradicional a tutela estatal pretende atingir os bens jurídicos individuais, no Direito Penal Econômico a regulação objetiva alcançar os bens supra individuais ou sociais⁴. “Como vemos, una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macrodelincuencia económica organizada

¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 2002 *apud* KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 30

² JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano *et. al.* “Um tema da Criminalidade Econômica: A posição de Garante do Dirigente de Pessoa Jurídica e o Direito Penal Brasileiro”, in “*Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde*”, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008. p. 296.

³ DE SANCTIS, Fausto. *Punibilidade no Sistema Financeiro*. Campinas, SP: ed Millennium, 2003. p.7

⁴ CHAVES DA SILVA, Marco Antonio. *A Autoria Coletiva em Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2008, p. 51

requiere una evaluación global lo suficientemente amplia como para que no se desentienda de la dinámica de los mecanismos económicos involucrados”⁵.

Partindo da premissa afeta à necessidade de intervenção do Estado na economia, não para concorrer com a iniciativa privada, mas sim para assegurar uma redistribuição de riqueza e proteger a ordem econômica com fito de se promover a tal aclamada justiça social, busca-se regular os agentes privados, corrigindo seus excessos e anseios, de modo a se promover uma política apta a atender as necessidades sociais.

Ainda nesse sentido, retomando as sábias palavras de Klaus Tiedemann⁶, pode-se entender o direito penal econômico como:

Aquel que se aplica a los ilícitos que surgen en la actividad de intervención y regulación estatal dentro de la vida económica. Su finalidad es la protección de bienes supraindividuales y para ello se vale de normas que se alocan en la producción, fabricación, y distribución de bienes y servicios.

O Direito Penal Econômico, portanto, compreendido como um ramo do direito econômico, formou-se como uma consequência natural dessa necessária regulação estatal sobre a economia, aparecendo algumas vezes através de leis especiais e outras como sanções impostas nas próprias regras de direito econômico⁷.

Nesse sentido, pode-se ressaltar que a criminalidade econômica moderna é difusa e apresenta três características elementares, as quais, em sequência, diferem sobremaneira da criminalidade clássica: i) ausência de vítimas especialmente individualizadas; ii) pouca visibilidade dos danos causados e iii) novo *modus operandi*.

Neste cenário, é correto afirmar que o Direito Penal Econômico foi a maior novidade do Direito Penal do século XX. Surge assim, um Direito Penal preocupado

⁵ CERVINI, Raúl. Desafios Inherentes al Control Normativo del Crimen Organizado Económico Financiero. in *Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde*, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008. p. 296.

⁶ *Apud* DE SANCTIS, Fausto. *Punibilidade no Sistema Financeiro*. Campinas, SP: ed Millennium, 2003. p.4

⁷ SILVA, Marco Antonio Chaves da. *Autoria Coletiva em Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008. p. 46-47.

com os direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações, difusos e coletivos. Conforme Jorge de Figueiredo Dias⁸, o novo Direito Penal busca, verdadeiramente, a *igualdade material* entre os cidadãos.

A esse despeito, relevante é a conclusão elaborada pela penalista argentino Guilherme Jorge Yaconucci⁹. *In verbis*, assim conclui o eminente jurista:

en los últimos años el derecho penal económico parece haber obtenido cierta autonomía científica. Esto significa que sus conceptos, instituciones y criterios de asignación de responsabilidad no son los mismos del derecho mercantil, financiero o bancario. Incluso se habla hoy de ciertas diferencias entre el derecho penal nuclear y el derecho penal económico.

Para tanto, com claro objetivo de deslindar a delimitação conceitual desse novo Direito Penal, conclui o penalista:

la noción de derecho penal económico históricamente se ha elaborado desde distintos puntos de vista, entre los cuales se pueden destacar los siguientes: una perspectiva con sentido criminológico; un enfoque a partir de los bienes jurídicos; un análisis centrado particularmente en los criterios políticos criminales; y, finalmente, se postula la especialidad del derecho penal económico en virtud de los sujetos que aparecen vinculados a la norma sancionadora.

Assim, aproximando a classificação supra com a análise da doutrina pátria afeta ao tema, surge a necessidade de se delimitar, de fato, o que são os crimes econômicos. Verifica-se, assim, a recorrência na utilização de quatro fatores de identificação de tal modalidade criminosa, a seguir expostos e analisados: i) criminológico; ii) da atividade empresarial; iii) processual; e iv) jurídico-dogmático.

⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Econômico*. In: Faria Costa, José de; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 71.

⁹ YACOBUCCI, Guilherme Jorge. *Critérios de Imputación Penal em la Empresa*, in “*Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde*”, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008. p. 57-58.

1.1.1 CRITÉRIO CRIMINOLÓGICO

Imprescindível para a abordagem da problemática referente à criminalidade econômica é a análise dos ensinamentos de Edwin Sutherland e sua teoria do *White Collar Crime*. O termo “crime do colarinho branco” foi proposto pela primeira vez por Edwin H. Sutherland, no ano de 1939, ao discursar à Sociedade Americana de Sociologia (American Sociological Society).

Considerado um dos precursores da criminologia nos Estados Unidos, Sutherland procurou aplicar sua teoria ao grupo do “alto escalão”¹⁰, criticando severamente as teorias que associavam o crime à pobreza e às patologias sociais e pessoais que a acompanham¹¹.

Na acepção sugerida por Sutherland, o conceito de “crime de colarinho branco” é composto por cinco elementos, quais sejam: i) ser um crime; ii) cometido por pessoa respeitável; iii) a qual deva pertencer a uma camada social alta; iv) estar no exercício de seu trabalho e v) com abuso de confiança. É dizer, o *White Collar Crime* constitui uma violação a norma penal por pessoas de elevado estatuto socioeconômico, no exercício abusivo de uma profissão lícita.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a presente teoria revolucionou o Direito Penal Clássico, vez que implicou na substituição do entendimento *crime-indivíduo* por *crime-organização* – em que o crime não mais é compreendido como uma manifestação interna do indivíduo, mas sim ensinamentos oriundos do processo de socialização e integração com a sociedade, na mudança do paradigma *crime-pobreza* para *crime-poder* e na alteração da visão clássica de *crime-drama ocasional* para *crime-regular*.¹²

A despeito de toda a relevância histórica do ensinamento de Sutherland, mostra-se forçoso reconhecer a impossibilidade de sua utilização prática no sistema penal, vez que carecedor de clareza e instrumentalidade. Como bem observa

¹⁰ COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco*. Traduzido por Denise R. Sales. São Paulo: Manole, 2005. p. 1-3

¹¹ SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cullo blanco*. Versión Completa. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009, p. 9.

¹² GOMES, Luiz Flávio. *A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem*. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Régis (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. Direito Penal Tributário, Previdenciário e Financeiro. Volume 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 629

Francisco Muñoz Conde¹³, *“en el Derecho Penal moderno, delincuente es el que comete un delito y no el que procede de un medio social determinado y tiene determinadas conotaciones personales”*.

Por tais razões, o critério criminológico não é o melhor para se fixar um conceito de Direito Penal Econômico.

1.1.2 CRITÉRIO DE ATIVIDADE EMPRESARIAL

Consoante a abordagem até aqui tratada, não pairam dúvidas que, em regra, a empresa se consubstancia como a “célula essencial” na qual se desenvolve a criminalidade econômica, tal como se observa a ampla utilização da nomenclatura – crimes societários – para se referir aos crimes econômicos. Assim, pode-se entender essa espécie de delito como aquele cometido com a utilização de empresa, realizado em seu âmbito ou benefício.

De fato, em termos gerais, a imensa maioria dos delitos econômicos, e também os mais significativos, encontram seu substrato de atuação no âmbito das empresas. É, justamente, em razão de sua complexa estrutura que surge a grande parcela dos problemas dogmáticos do hodierno Direito Penal. Assim, a dificuldade para identificação da autoria de delitos cometidos no seio das empresas guarda íntima relação com a possibilidade – ou não – da denúncia genérica nos crimes econômicos.

Contudo, como o anterior, o presente critério é igualmente falho, vez que nem todo delito econômico se consubstancia através de empresa e, ainda, nem todo crime realizado por intermédio de uma empresa se constituiu como um crime econômico.

1.1.3 CRITÉRIO PROCESSUAL

Como se vislumbra até o presente momento, os crimes econômicos possuem uma série de obstáculos em comum que dificultam sobremaneira a efetivação da persecução penal, podendo citar, dentre os mais relevantes, a

¹³ CONDE, Francisco Muñoz. *Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómicos en el proyecto de Código Penal Español de 1994*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1995, n. 11, p. 8.

complexidade dos fatos em discussão, a intrincada organização societária-empresarial, além, é claro, das dificuldades jurídicos-econômicas da matéria.

São, conforme Klaus Tiedmann, complexidades processuais e probatórias inerentes a tal modalidade de criminalidade¹⁴. Neste panorama, sob o critério processual, ter-se-ia que os crimes econômicos seriam aqueles julgados por juízos especializados na matéria, criados, justamente, em virtude da complexidade que lhe é inerente.

Afastando a aplicabilidade prática do referido critério, oportuno é o ensinamento de Leonardo Coelho do Amaral¹⁵:

Tal discurso, entretanto, não seria suficiente para o fim a que se destina, bastando verificar que outros crimes, que não os sócios-econômicos, também podem exigir uma especialização dos órgãos de repressão ou da criação de novas fórmulas processuais para a produção probatória e para o cumprimento das penas aplicadas [...] Basta lembrar da existência, no Brasil, de varas especializadas em outras formas de criminalidade, tais como de drogas, de idosos, de violência doméstica, apenas para citar algumas

1.1.4 CRITÉRIO DO BEM JURÍDICO

Bem jurídico, segundo Hans Welzel¹⁶, é “todo estado social desejável que o direito quer resguardar”, preexistindo, inclusive, à construção normativa, sendo, por isso, imprescindível para a comunidade. É com vistas à sua proteção que o legislador ordinário seleciona condutas que são passíveis de criminalização, isso, em vista do valor a que representa.

Nesse contexto, legítima é a definição de Direito Penal Econômico tendo em conta o bem jurídico a ser por ele tutelado. O referido ramo, surgido como uma

¹⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 55.

¹⁵ AMARAL, Leonardo Coelho do. Crimes sócio-econômicos e crimes fiscais. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Régis (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. Direito Penal Tributário, Previdenciário e Financeiro. Volume 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 418.

¹⁶ Apud DE SANCTIS, Fausto. *Punibilidade no Sistema Financeiro*. Campinas, SP: ed Millennium, 2003. p.6

forma de regulamentação jurídica da intervenção estatal na economia, hoje, se presta a proteger a ordem econômica *lato sensu*.

A Constituição Republicana de 1988 consagra a ordem econômica em seu artigo 170¹⁷, dando-lhe substrato e objetivo: deve ela ser fundada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, de modo a assegurar a todos existência digna nos moldes da justiça social.

Assim, em conclusão, pode-se perceber que os crimes econômicos são aqueles que, repita-se, ofendem a ordem econômica. Não se faz necessário que o autor pertença à elevada camada social (critério criminológico), tampouco que exista um júízo especializado no julgamento da matéria (critério processual), ou mesmo que tenha ocorrido no âmbito da atividade empresarial (critério da atividade de empresa).

Direito Penal Econômico, então, nada mais é, do que uma faceta do Direito Penal Geral que objetiva proteger bens jurídicos supra individuais, de natureza difusa, de condutas que os lesionem – ou possam lesionar –, perturbando ou desestabilizando a ordem econômica.

1.2 EXPANSÃO E ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Superada, então, a propedêutica análise conceitual do Direito Penal Econômico e tendo sido delimitado seu substrato fático e âmbito de atuação, mostra-se de extrema relevância para a presente pesquisa tecer alguns breves comentários sobre a hodierna situação do referido ramo penal no cenário jurídico, em especial atenção à sua notória expansão.

O processo de expansão do Direito Penal gerou na doutrina dois discursos político-criminais e ideológicos antagônicos. O primeiro, resistente à expansão, tem seu maior defensor em Winfried Hassemer.

O eminente jurista critica o Direito Penal como mero instrumento da política social e econômica, defendendo que o expansionismo penal e a busca pela

¹⁷ Art. 170 - 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 seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

eficiência o torna simbólico e contra produtivo¹⁸. Nesse sentido, conclui que a intervenção Penal deve ocorrer apenas em último caso, quando outras estratégias se mostrarem fracassadas, sendo, portanto, necessário um freio à expansão e o retorno ao Direito Penal nuclear.

Por outro lado, defendendo o entendimento adepto à expansão, recorrente é a voz de Bernd Schünemann. Para o estudioso alemão, mostra-se necessário uma adequação do direito penal às novas realidades sociais, devendo-se inovar em alguns aspectos dogmáticos, sem, com isso, flexibilizar os princípios e garantias do Estado de Direito.

A despeito do notório embate, as opostas correntes partem de um mesmo paradigma: o expansionismo penal. Favorável ou não, faz-se forçoso reconhecer que o Direito Penal se encontra em franca expansão.

A mutação vivida pelo Direito Penal revela que se antes este era tratado como o “soldado de reserva” do ordenamento jurídico, hoje, em virtude da grande quantidade de situações por ele abarcada, se consubstancia como verdadeira *prima ratio*.

Ante tal situação, o Direito Penal avocou contextos que lhe eram estranhos, sancionando condutas que anteriormente eram remetidas as outras áreas do Direito. “Não raro, os crimes econômicos tem nitidamente uma *função instrumental*: ultrapassa-se a barreira do bem jurídico para fazer do Direito Criminal um *instrumento de força* na consecução dos objetivos da Administração Pública. É o caso, por exemplo, do que ocorre nos delitos tributários: uma vez efetuado o pagamento do tributo, extingue-se a punibilidade. A criminalização da sonegação fiscal torna-se, pois, uma técnica de auxiliar a arrecadação de tributos¹⁹”.

Miguel Reale Júnior²⁰, em severa crítica à mencionada administrativização assevera:

A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a observância a regras de conveniência da Administração Pública [...] Diversamente de um Estado Democrático, a

¹⁸ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal – fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 42.

¹⁹ KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 72.

²⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.21-22.

configuração penal – por ser constituir na forma mais gravosa de interferência, com custos elevados ao infrator e também à sociedade, deve se ater aos fatos que atinjam valores por via de uma conduta efetivamente lesiva destes valores [...].

Importante frisar que não se busca, aqui, negar ou afastar a legitimidade do Direito Penal Econômico como instrumento apto a controlar a dinâmica sociedade moderna na qual estamos inseridos. Refuta-se, apenas, a ampliação desenfreada de normas penais incriminadoras atuando em defesa da conveniência da Administração Pública e o afastamento de garantias constitucionalmente asseguradas com o objetivo de se promover a persecução penal dos crimes econômicos.

2 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Sendo certo que, como o anteriormente dito, o Direito Penal Econômico vive um momento de franca expansão, nada mais correto e necessário do que afirmar que, por via conexa, deve o Direito Processual Penal caminhar, cada vez mais, para uma perspectiva garantista, em um sistema acusatório alicerçado em direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

Assim, a utilização crescente e até mesmo desenfreada do Direito Penal, inclusive com o claro objetivo de regulamentar a atividade e o campo econômico, deve encontrar obstáculo no hodierno Processo Penal Constitucional. É dizer, a despeito da necessidade de se coibir os delitos de cunho econômico, notoriamente graves e extremamente danosos para a sociedade, deve o *jus puniendi* estatal encontrar limite nas garantias e direitos fundamentais, processuais ou materiais, previstos no texto constitucional. Deve, em última análise, a persecução penal se vincular aos preceitos garantistas da Constituição Federal.

2.1 CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO

Valendo-se da oportuna lição de J. J. Canotilho, pode-se recortar uma noção básica de constitucionalismo, entendo este como:

a teoria (ou a ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável a garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos²¹.

A esse despeito, vislumbra-se que o conceito de *constitucionalismo* transporta um claro juízo de valor, vinculando todo o agir estatal, nas mais diversas esferas de competência, aos preceitos na Constituição exteriorizados.

Fala-se em *recortar uma noção básica de constitucionalismo* na medida em que o movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 7ª Edição, p. 51.

várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais. Em termos rigorosos, não há um “constitucionalismo” mas, sim, “vários constitucionalismos”. Será preferível dizer, portanto, em movimentos constitucionais²². Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras; ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da Lei) ²³.

Nesse sentido, oportuna é a lição de Barroso²⁴. Aduz o eminente jurista que a hodierna tendência constitucional pressupõe a presença de quatro fundamentos inafastáveis: normativo (da regra ao princípio); metodológico (da subsunção à ponderação); axiológico (da justiça geral à justiça particular) e organizacional (do Poder Legislativo ao Poder Executivo).

Estrutura-se, portanto, a Constituição, dentro do paradigma do neoconstitucionalismo, como o centro do sistema jurídico, devendo ser tratada como norma jurídica dotada de superioridade e imperatividade, marcada pela extensa carga valorativa/axiológica – em especial atenção à garantida da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Ao lado disso, mostra-se imprescindível que sua eficácia irradie a todos os Poderes e, inclusive, aos particulares, de modo que se concretize os valores constitucionalizados e se garanta condições mínimas de dignidade ²⁵.

De fato, mostra-se necessário a irradiação dos valores e interesses insertos na constituição sobre toda a legislação infraconstitucional, sendo imprescindível o

²² *Op cit*, p. 51

²³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17 janeiro/fevereiro/março de 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp> acesso em: 14 de dezembro de 2013.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

²⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

retorno aos preceitos constitucionais, em um processo de “incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”²⁶.

Frisa-se, por relevante, que tudo isso que ora se expõe só figura como possível face a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Vive-se, portanto, a era da força vinculante da Constituição, de um resgate à essência dos valores da sociedade e da efetividade dos direitos constitucionais ²⁷.

Nessa toada, o neoconstitucionalismo propõe um salto paradigmático, buscando estruturar a evolução de um legalismo rasteiro para uma concepção de legalidade forjada sob o mando da constitucionalidade. O Direito só será válido e legítimo quando estiver em consonância com a Constituição e sua carga principiológica.

2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Desde logo, faz-se importante observar que Direitos e Garantias Fundamentais, se consubstanciam como direitos jurídicos-positivamente vigentes numa ordem constitucional. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo, não bastando uma positivação qualquer, sendo imprescindível assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Os Direitos Fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e desse reconhecimento se derivam consequências jurídicas ²⁸.

Mostra-se relevante frisar, nesse despeito, que a simples positivação jurídico-constitucional de Direitos Fundamentais os torna, por si só, realidades jurídicas efetivas. Os Direitos Fundamentais seriam, pois, declarações de imprescindibilidade

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 7ª Edição, p. 378.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 7ª Edição, p. 377.

de um rol de situações jurídicas de vantagem que corresponderia a um núcleo mínimo de direitos necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem. Justamente em razão de sua importância, são *inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis* e, ainda, *universais*²⁹.

Assim, nessa ótica, devem os Direitos Fundamentais serem analisados a partir de duas premissas: a constitucionalização e a fundamentalização.

Neste mister, para Castanho de Carvalho³⁰, a constitucionalização tem como consequência mais notória:

a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade de actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculantes* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”³¹.

Já a categoria da fundamentabilidade aponta para a especial dignidade de proteção de tais direitos num sentido formal e num sentido material. A primeira, nas palavras de Canotilho, é geralmente associada à constitucionalização, devendo tais direitos integrar o topo da pirâmide jurídica, cuja modificação deve ser obstaculizada. A segunda, revela que os Direitos Fundamentais devam integrar a estrutura normativa básica do Estado, caracterizando-se como o fundamento de todo o ordenamento jurídico.

Revelam, portanto, em última análise, como proteção e garantia do indivíduo face ao arbítrio e abuso do Estado e, inclusive, de terceiros – tal qual se observa na defesa da dimensão horizontal dos direitos fundamentais³².

²⁹ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Processo Penal e Constituição*. Princípios Constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15.

³⁰ *Op cit.* p. 377

³¹ A esse despeito, mister observar que nos termos do art. 5º, §1º da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

³² Enquanto a eficácia vertical é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particular-Estado, a eficácia horizontal é a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Assevera Paulo Gonet Branco que a força vinculante e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, além de sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas, reforçaram a ideia de que os princípios informadores dos direitos fundamentais também seriam aplicáveis na esfera privada. Tal se daria em virtude da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que exprime os valores básicos da ordem jurídica e social, fazendo com que o Estado não só deva respeitar estes direitos, mas também os

2.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

Hoje, acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais acolhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça – de pacificação social, em garantia de liberdade. Isso significa dizer, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas, sobretudo, ético³³.

No atual cenário, em que é inconteste a presença do movimento neoconstitucionalista – notadamente em relação às dimensões afetas à força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional – e da consagração das Garantias e dos Direitos Fundamentais, é imprescindível que o processo, como instrumento de que se vale o Estado para exercer a função da jurisdição, seja inundado pelos preceitos na Constituição insculpidos. Fala-se, assim, em constitucionalização do processo, ou mesmo, na “tutela constitucional do processo”³⁴.

Ainda nesse sentido, afirma Nelson Nery Júnior³⁵, para complementar a linha que ora se defende, que o processo deve ser analisado à luz das tarefas fundamentais da Constituição – integração, organização e direção jurídica – e do caráter dirigente e diretamente aplicável dos direitos fundamentais.

A visão do processo como instrumento apto a dirimir lides em concreto, de modo a se buscar a pacificação social, deve ser superada, passando tal escopo a abarcar a defesa e promoção dos direitos e garantias constitucionalmente previstos. Nem sentido, forçoso reconhecer que a própria Constituição incube-se de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de

particulares, nas suas relações entre si. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho,. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. P.265

³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 84-85.

³⁴ *Op cit.* p. 86

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 6. Ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010, p. 38

aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça ³⁶.

Assim, a análise da tutela constitucional do processo, ou mesmo o Direito Processual Constitucional, pressupõe o exame em uma dúplici configuração: i) direito de acesso à justiça (ou direito de ação e de defesa); e ii) direito ao processo (ou garantias inerentes ao devido processo legal).

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, devendo tal sistema ser igualmente acessível a todos e, ainda, produzir resultados que sejam individual e socialmente justos³⁷.

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos ³⁸.

Lado outro, ao tratar das garantias do devido processo legal, pode-se depreender de tal locução, “o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”. Atuam, mais do que na proteção dos interesses das partes, na salvaguarda do próprio processo, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

É dizer, a imposição do direito objetivo, seja para dirimir um conflito particular, seja para apenar um indivíduo, deve, sempre, ser respaldada no devido processo legal ³⁹.

Desse enunciado normativo – devido processo legal – extrai-se o princípio do devido processo legal, que confere a todo sujeito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo), direito este que pode ser compreendido em

³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 86.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre, Frabris. 2002, p. 8.

³⁸ “O direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça. [...] É a seguinte redação do inc. XXXV do art. 5º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 87.

³⁹ Nesse sentido é a previsão constitucional do art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

duas dimensões. Há, portanto, o devido processo legal formal (ou procedimental), cujo conteúdo circunscreve-se ao necessário respeito a garantias processuais, tais quais as abaixo aduzidas, e o devido processo legal material (ou substancial) que, indo além das garantias processuais, zela por decisões jurídicas substancialmente devidas. Insta frisar, ao se analisar a dimensão material, que a jurisprudência do Supremo Tribunal considera o devido processo legal como fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade; extrai-se da cláusula geral do devido processo legal os deveres de proporcionalidade ou razoabilidade⁴⁰.

Por ser relevante a presente proposta, em especial atenção ao processo penal, os principais princípios constitucionais derivado do *due process* são: i) isonomia (CF, art. 5º, *caput* e I); ii) o juiz e o promotor natural (CF, art. 5º XXXVII e LIII); iii) a inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV); iv) o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV); v) proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI); vi) a publicidade dos atos processuais e a motivação das decisões (CF, art. 5º, LX e 93, IX); vii) a presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Depara-se, quando da análise dos direitos e garantias constitucionais afetos ao Direito Penal Processual, com o fato de que, se é certo que todo processo deve ser constitucionalizado, com muito mais razão deve o Processo Penal também o ser. Dessa maneira, retomando a ideia anteriormente lançada, toda persecução penal deve estar, sempre, vinculada aos preceitos na Constituição exteriorizados, sendo obrigatória, portanto, uma harmonia contitudística entre o Código de Processo Penal e a Constituição Federal.

Com efeito, o processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao Direito Penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a aplicação da pena no caso concreto, sem jamais se olvidar que as disposições constitucionais atinentes ao âmbito penal, seja material ou processual, devem ser integradas no momento de sua interpretação/integração⁴¹.

⁴⁰ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2012, pag 45-50.

⁴¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Penal Processual Penal*. 8 ed. Salvador, Editora Jus PODIVM, 2013, p. 34

Os direitos e garantias fundamentais na Constituição exteriorizados são o alicerce para equilibrar, ou mesmo tentar, a confrontação entre Estado e indivíduo. Nesse sentido, oportuna é a lição de Luiz Antônio Câmara⁴²:

[...] Talvez em nenhum outro ramo do Direito se vejam tantos reflexos da Constituição quanto no processo penal. A ligação estreita com a matriz constitucional é facilmente explicável: não há outro momento da vida coletiva em que o indivíduo se coloque tão à mercê do Estado como quando é criminalmente acusado.

O próprio binômio estruturante da dogmática penal, qual seja, os direitos e garantias individuais, de um lado, e o interesse público na persecução penal, de outro, exterioriza uma conciliação de difícil harmonia. Tem-se, portanto, a necessidade de se aproximar as garantias necessárias à conservação da ordem pública com as garantias ao mesmo tempo reclamadas pela liberdade individual. Há, com efeito, uma legítima reivindicação social acerca da necessidade de punir a criminalidade econômica praticada no âmbito das organizações empresariais, mas subsiste, por outro lado, a consciência da impossibilidade de transgressão dos clássicos princípios garantidores da responsabilidade penal pessoal, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Nesse sentido, a tão almejada eficiência da persecução penal deve encontrar limitação nos direitos fundamentais do acusado. Em tal cenário, de preservação incondicional dos direitos fundamentais e constitucionalização do Processo Penal, inolvidável é a teoria do Garantismo Penal. Entende-se, pois, que o exercício legítimo do poder punitivo estatal deve ser implementado de acordo com os princípios éticos adotados expressa ou implicitamente na Carta Constitucional.

Surgida na cultura jurídica italiana no final da década de 1970, a doutrina do *garantismo* encontra seu maior expoente em Luigi Ferrajoli. Defende o eminente jurista a necessidade de se buscar estabelecer um parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade na intervenção estatal. Didaticamente, pode-se afirmar que o garantismo proposto por Ferrajoli, tanto no âmbito penal quanto processual penal, se

⁴² CÂMARA, Luís Antônio. *Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35. *Apud* DE SANCTIS, Fausto. *Punibilidade no Sistema Financeiro*. Campinas, SP: ed. Millennium, 2003. p. 12

encontra lastreado em dez axiomas, que resumem, de forma brilhante, todo o ideário garantista ⁴³:

a) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime); b) *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei); c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade); d) *Nulla necessitas sine iniuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico); e) *Nulla iniuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta); f) *Nulla actio sine culpa* (não há conduta penalmente relevante sem culpa); g) *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpabilidade sem o devido processo legal); h) *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação); i) *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas); j) *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa – contraditório e ampla defesa).

Portanto, como bem ensina Engênio Pacelli de Oliveira:

a nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais do que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo face ao Estado ⁴⁴.

A consequência desta nova concepção de processo penal é estrutural: o acusado passa a ser sujeito de direito, e não mais mero objeto de uma persecução penal.

Ante tudo que ora se expõe, oportuna é a lição de Aury Lopes Junior⁴⁵ que muito bem resume a problemática até aqui exposta:

O processo não pode mais ser visto como simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há de se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.

⁴⁴ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72

isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo penal).

3 DENÚNCIA GENÉRICA NOS CRIMES ECONÔMICOS

3.1 DENÚNCIA E SEUS REQUISITOS ESSENCIAIS

Repetimos, mais uma vez, a necessidade de se promover um diálogo entre o interesse em coibir e punir a macrocriminalização econômica, marcada, substancialmente, na luta pela proteção a bens jurídicos difusos, e o processo penal garantista e constitucional fundando no resguardo do cidadão contra todo e qualquer abuso de poder e arbítrio estatal.

A consequência desse embate – entre o Direito Penal incriminador e o Processo Penal garantista – é, justamente, o surgimento de questões como a que se pretende discutir: a utilização de denúncias genéricas no âmbito societário, com a imputação de crimes econômicos indistintamente e sem individualização de condutas a todos os sócios, gestores e diretores de uma pessoa jurídica ⁴⁶.

Sabe-se que no sistema penal acusatório, contrariamente ao inquisitivo, a relação processual constitui *actum trium personarum*, com nítida diferenciação entre as funções de acusar, defender, e julgar. Disso, chegamos à conclusão de que aquele que julga não acusa, aquele que acusa não julga. Nesse sentido, temos que a prestação jurisdicional penal, portanto, se encontra condicionada à prévia provocação, à acusação ⁴⁷.

Neste mister, lícita é a afirmação de que a acusação se consubstancia e se materializa na inicial acusatória, devendo esta ser compreendida como a peça inaugural do processo penal, de modo a conter a imputação formulada pelo órgão acusado. Frisa-se que, nos crimes de ação penal pública, a referida peça recebe o nome de denúncia, enquanto que nas ações penais privadas é denominada queixa-crime. Assim, a petição inicial é oferecida ao magistrado, para que este, exercendo juízo de admissibilidade, a receba, deflagrando o processo penal ⁴⁸.

Insta ressaltar, desde logo, que a presente análise se circunscreverá ao estudo da denúncia, deixando de lado, portanto, a análise da queixa-crime, na medida em que não existem crimes econômicos de iniciativa privada. Os crimes econômicos, responsáveis por tipificar condutas lesivas a interesses supra individuais afetos à

⁴⁶ KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p.133

⁴⁷ PRATES, Renato Martins. *Acusação Genérica nos Crimes Societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 85.

⁴⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Penal Processual Penal*. 8 ed. Salvador, Editora Jus PODIVM, 2013, p. 190.

ordem econômica, são eminentemente crimes de iniciativa pública, cujo processamento e julgamento são deflagrados por intermédio de uma denúncia.

Nesse sentido, a denúncia, peça vestibular da ação penal pública, dá o conteúdo da acusação que se quer ver procedente contra o acusado, devendo esta, necessariamente se vincular aos requisitos dispostos no artigo 41 do CPP. A ação penal como instrumento desta persecução punitiva, portanto, deverá observar requisitos de existência e validade possibilitando a higidez da relação processual e garantindo o amplo exercício de defesa ao acusado.

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

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

A denúncia ou a queixa são peças fundamentais, não só por promoverem o nascimento da relação jurídica processual, como porque são os instrumentos através dos quais é formulada a acusação, imputando-se a alguém o cometimento de infração penal e pedindo-se a sua condenação⁴⁹.

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

Surge, então, a forçosa indagação: a quais “circunstâncias” alude o legislador no preceito acima mencionando?

De acordo a lição de João Mendes Jr.⁵⁰, a denúncia deve traduzir os sete elementos do injusto, requisitos indispensáveis à adequação do fato criminoso. Assim, a peça acusatória deve indicar não só a ação transitiva como a pessoa que

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 47.

⁵⁰ MENDES JR. João. *Processo Criminal Brasileiro*. 4 ed. v. 2, p. 183, *apud* PRATES, Renato Martins. *Acusação Genérica em Crimes Societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 24.

prática (*quis*), os meios ou instrumentos empregados (*quibus auxiliis*), o malefício, ou perigo de dano, produzido (*quid*), os motivos que a determinaram a isso (*cur*), a maneira que a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*) e o tempo (*quando*).

Daí ser inteiramente imprescindível que os fatos e as circunstâncias ocorridos no plano fático, que correspondam aos elementos constitutivos do tipo penal, estejam suficientemente descritos na denúncia, sendo necessário, ainda, que se particularize a conduta dos acusados e que esta seja descrita com os pormenores suficientes para que possibilite o exercício efetivo do direito de defesa.

Por consequência, ausente a descrição dos fatos criminosos e a atribuição de sua autoria – inexistindo, assim, a imputação de conduta delituosa -, inepta é a acusação⁵¹.

Ainda, além dos requisitos formais enunciados no multíplice artigo, o Processo Penal não pode, também, ser iniciado sem o devido lastro probatório. Nesse sentido, frisa-se que a denúncia deve ser formal e substancialmente apta – no primeiro aspecto, descrever a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias; e, no segundo, estar amparada pelo mínimo indício fático.

A falta de elementos indiciários que amparem a acusação – e que forneçam um mínimo de provas sobre a materialidade e a autoria do delito – relevam a ausência de justa causa para deflagração do processo penal, pois, conquanto se tenha em vista o princípio constitucional da presunção de inocência, é certo que a instauração de um processo criminal perturba a paz e a tranquilidade do suposto acusado e atinge seu *status dignitatis*. Necessário, portanto, que se revele, de pronto, o suporte probatório mínimo para lastrear a imputação feita na acusação⁵².

Sem a presença de tais requisitos, seja de uma dinâmica formal ou material (presença de justa causa), a acusação torna-se irrazoável. Se formulada em desrespeito a tais requisitos, a denúncia se consubstancia como claro abuso de poder e arbítrio estatal⁵³.

⁵¹ PRATES, Renato Martins. *Acusação Genérica em Crimes Societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.27

⁵² *Op. cit.* p. 27-28.

⁵³ O despacho do juiz, atestando a perfeição técnica da inicial acusatória com seu consequente recebimento, formaliza o início do processo penal. Contudo, impõe-se que a inicial atenda não só aos requisitos formais do art. 41 do CPP, como também não esteja maculada pelas hipóteses esboçadas no art. 395 do CPP, que levariam à sua rejeição. Deste modo, temos as seguintes hipóteses que autorizam o magistrado a não receber a petição: i) for manifestamente inepta (desatendimento aos requisitos essenciais dispostos no artigo 41 do CPP; ii) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; iii) faltar justa causa (presença de lastro probatório mínimo para o

3.1.1 DIFICULDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA NOS CRIMES ECONÔMICOS

Consoante a abordagem até aqui tratada, não pairam dúvidas que, em regra, a empresa se consubstancia como a “célula essencial” na qual se desenvolve a criminalidade econômica, tal como se observa a ampla utilização da nomenclatura – crimes societários – para se referir aos crimes econômicos.

Assim, de acordo com as lições de Guilherme Jorge Yacobucci⁵⁴, “hoy se fala del derecho penal de la empresa como un modo de aislar principios y criterios de imputación que poseen ciertas peculiaridades u diferencias respecto del derecho penal tradicional”. E completa:

En este campo, las discusiones son muchas y de gran profundidad: en primer plano, se debate si los criterios de imputación penal dentro de la empresa respetan los principios de legalidad y culpabilidad, tenidos por fundamento esencial de legitimidad. Esto sucede especialmente en los casos en que se reprocha a los directivos u personal jerárquico responsabilidad penal por hechos ilícitos sucedidos dentro de su esfera [...] en segundo término se discute si la teoría del delito aplicada al ámbito de la empresa puede trabajar con conceptos penales de tipo natural u ontológicos o, si por lo contrario, solo es posible utilizar conceptos “normativizados”, es decir, creados especialmente para ese campo [...] en tercer término y ya en el área interna de la empresa, la imputación penal obliga utilizar criterios vinculados con esferas de competencia, de su forma particular de organización [...]

A empresa, portanto, pressupõe uma estrutura de complexa organização interna, seja horizontal por repartição de competência seja vertical por relação hierárquica, o que, por motivos claros, dificulta sobremaneira a perquirição de responsabilidades. Como tratado alhures, patente é dificuldade de se penetrar no

exercício da ação, é dizer, indícios de autoria e materialidade). TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Penal Processual Penal*. 8 ed. Salvador, Editora Jus PODIVM, 2013, p. 199.

⁵⁴ YACOBUCCI, Guilherme Jorge. *Críterios de Imputación Penal em la Empresa*, in *Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde*, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008. p. 69-70

âmbito da pessoa jurídica com o objetivo de se identificar, com precisão, a origem dos atos criminosos e individualizar as condutas que dão origem ao delito. A dificuldade de imputação, assim, é manifesta e o crime torna-se fenômeno de escassa visibilidade⁵⁵.

Ante tudo que ora se expõe, conclui-se ser inegável a dificuldade de se determinar a autoria e a participação nos delitos cometidos no âmbito das empresas. Neste sentido, doutrina e jurisprudência vêm buscando alternativas para uma mais eficaz imputação de responsabilidades àqueles que cometem crimes escudados pela organização empresarial. E, dentre as alternativas, está a utilização de denúncias genéricas”⁵⁶.

3.2 CONCEITUAÇÃO DE DENÚNCIA GENÉRICA

Imperioso se faz, antes do prosseguimento da presente dissertação, delimitar a expressão “denúncia genérica”. Para tanto, com fito de esmiuçar a referida expressão, necessário se mostra recorrer à doutrina especializada e aos julgados afetos ao tema.

Nessa toada, recorrente é a conceituação de denúncia genérica como peça inaugural de acusação que não individualiza as condutas de cada um dos autores ou partícipes de um crime. Em outras palavras, é uma denúncia preocupada única exclusivamente com a descrição dos fatos, olvidando da análise individualizada da conduta de cada acusado na prática delitiva. Inexiste, pois, a demonstração da contribuição causal dos agentes para os fatos narrados pelo titular da ação penal, tampouco a verificação do vínculo subjetivo⁵⁷.

Assim, a despeito da complexidade do tema que ora pretende se deslindar, a definição de denúncia genérica é pacífica, tanto na jurisprudência, já adiante, quanto na doutrina. Denúncia genérica, portanto, deixa de especificar, exatamente, a conduta de cada agente para o deslinde da infração penal, sendo que, nesses

⁵⁵ PRATES, Renato Martins. *Acusação Genérica em Crimes Societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.11

⁵⁶ KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 138

⁵⁷ *Op. cit.* p. 140.

casos, posterga-se, para a fase de instrução criminal, a individualização da conduta de cada imputado ⁵⁸.

Neste ponto, porém, mostra-se extremamente oportuno exteriorizar as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira⁵⁹, que busca diferenciar denúncia *genérica* e *geral*. Neste mister, discorre o eminente jurista que “quando o órgão da acusação imputa a todos, indistintamente, o mesmo fato delituoso, independentemente das funções exercidas por eles na empresa ou sociedade, a hipótese não será nunca de inépcia da inicial, desde que seja certo e indubitado o fato a eles atribuídos”. Tem-se, nesta hipótese, a denúncia *geral*, para ele perfeitamente aceita no cenário jurídico pátrio, em que a questão relativa à efetiva comprovação de os agentes terem agido da mesma maneira se materializa como questão de prova e não como pressuposto para desenvolvimento válido e regular do processo.

Lado outro, diversa é a acusação que, depois de narrar a existência de vários fatos típicos, ou mesmo de várias condutas que contribuem ou estão abrangidas pelo núcleo do tipo penal, as imputa, *genericamente*, a todos os integrantes da sociedade, sem que se possa saber, de forma cristalina, aquele que teria agido de uma ou outra maneira. Neste contexto, tendo em vista que a peça acusatória deslinda a existência de várias condutas delitivas, ou mesmo vários crimes, praticadas por diversos agentes, sem especificar a correspondência concreta entre cada conduta e cada agente, seria possível vislumbrar uma dificuldade tanto no que tange o exercício da ampla defesa quanto na individualização da pena.

Sob tal perspectiva, inepta é a acusação *genérica*, sendo, porém, lícita a denúncia *geral*.

A guisa de exemplo, imperiosa se faz a análise dos ensinamentos propostos por Alexandre Knopfholz ⁶⁰, de modo a exteriorizar três situações:

i) “A”, “B” e “C” são sócios da empresa “X”. Contra todos é oferecida denúncia pelos crimes de sonegação fiscal (lei 8.137/90, art. 1º) e falsidade documental. A exordial se olvida em estabelecer quem, especificadamente, cometeu o crime tributário ou o crime de falso.

⁵⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Penal Processual Penal*. 8 ed. Salvador, Editora Jus PODIVM, 2013, p. 192

⁵⁹ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 158-159.

⁶⁰ KNOPFHOZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 142-143

ii) “A”, “B” e “C” são sócios da empresa “X”. Contra todos é oferecida denúncia pelo crime de evasão de divisas (Lei 7.492/86, art. 22). Na descrição dos fatos, o Ministério Público, ao propor a narrativa fática, trata todos os denunciados como autores da conduta delitiva. Há, portanto, um único fato típico, mas com a narrativa de várias condutas que o integram as quais não estão individualizadas.

iii) “A”, “B” e “C” são sócios da empresa “X”. Contra todos é oferecida denúncia pelo crime de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A), a qual seria devida pela pessoa jurídica. A acusação faz referência ao fato de que os três sócios sonegaram contribuição previdenciária, narrando apenas um fato típico e uma única conduta.

Ao se valer dos ensinamentos de Pacelli, chega-se à seguinte conclusão: nas duas primeiras hipóteses depara-se com acusações genéricas – e, portanto inválidas – ao passo que a terceira seria o caso de denúncia geral – que, para autor há de ser reputada como válida.

Ousamos discordar. No exemplo acima, fica evidente que não necessariamente todos os sócios contribuíram para o evento criminoso. Tal conclusão fica ainda mais cristalina quando se analisa a empresa como um ente dotado de complexa e particular organização interna. Sobre o tema, Yacobucci⁶¹ lembra que “en materia de derecho penal aplicado a la empresa resulta necesario distinguir ámbitos de competencia, especialización y ejecución diferenciados de vectores verticales y horizontales”.

Assim, resulta necessário que, ao se perquirir a responsabilidade penal no interior de uma empresa, as regras de hierarquia e repartição de competência interna sejam observadas. Somente ante tal análise detida é que se mostra possível vislumbrar e determinar o responsável pela conduta volitiva criminosa e, ainda, o respeito às regras de autoria e participação. E, assim, completa Yacobucci:

Mientras en los delitos comunes usualmente quien ejecuta la acción será el autor y responsable del ilícito, en materia empresarial probablemente haya que distinguir entre el ejecutor material de la conducta ilícita y quien delictiva será considerado autor y responsable del delito⁶².

⁶¹ YACOBUCCI, Guilherme Jorge. *Crítérios de Imputación Penal em la Empresa*, in “*Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde*”, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008. p. 71-70

⁶² *Op. cit.* p. 70.

Assim, mesmo a denúncia que narre apenas um fato delituoso pode ser genérica. Atribuir a todos os sócios, como no exemplo supra, a prática da sonegação previdenciária, sem individualizar a conduta dos sócios e sequer analisar a repartição de competência e a hierarquia interna, consubstancia como completa afronta à literalidade do artigo 41 do Código Processo Penal, bem como dos direitos constitucionais afetos à ampla defesa e o contraditório, vez que mesmo uma denúncia tida como *geral* obstaculizaria o exercício do pleno direito de defesa.

Para todos os efeitos, tratar-se-á denúncia genérica como aquela que deixa de analisar a conduta individual de cada um dos acusados por suposto crime cometido em concurso de pessoas, abarcando, por decorrência lógica, a acusação *geral*.

3.3 INADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA GENÉRICA

Sendo necessário o diálogo entre o interesse estatal e social na persecução penal da macrocriminalização econômica e o conteúdo instrumental-constitucional do processo penal, imperioso se faz reconhecer que a denúncia, peça vestibular apta a deflagrar o processo penal, deve observar sobremaneira os requisitos que lhe são impostos, sob pena de descambarmos para o arbítrio e a supressão de direitos e garantias na Constituição estabelecidos.

Assim, a exigência legal de individualizar condutas ao acusar encontra fundamento em duas razões: uma de ordem processual e uma de ordem penal. Do ponto de vista processual, se a peça acusatória não narra os fatos e condutas, de forma pormenorizada e individualizada, é evidente que está cerceando inúmeros direitos, tais quais o da ampla defesa. Do ponto de vista penal, a obrigatoriedade de narrar os fatos está vinculando à moderna concepção da culpabilidade, que deve ser do fato, e não do autor⁶³.

Tanto é assim, que se conclui que a denúncia genérica traz consigo uma ideia de efficientismo em detrimento de direitos individuais ⁶⁴.

⁶³ GOMES, Luis Flávio Gomes. *Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 3, n. 11, jul/set. 1995, p. 245.

⁶⁴ KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 146

A denúncia genérica, na qual, em síntese, não promove a descrição dos comportamentos do agente, bem como não se estabelece o vínculo entre as condutas atribuídas aos réus e os atos ilícitos supostamente praticados, está na contramão da atual ordem jurídica nacional, infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, bem como dos arts. 8º, item 2, letra “b” da Convenção Americana de Direitos Humanos e 41 do CPP.

Conforme adverte Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁵:

[...] a prática de incluir todos os sócios ou diretores de uma empresa em acusação criminal relacionada ao desempenho dessa empresa mais que uma ilegalidade: é um equívoco que merece a própria Justiça Criminal, e é um equívoco de muitas faces.

Eis, portanto, algumas faces desse equívoco.

3.3.1 VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Chega-se a uma conclusão: a denúncia genérica, de fato, se consubstancia como uma afronta à ordem constitucional pátria. Nesse contexto, aceitar a perpetuação de tal instituto na lógica jurídica brasileira representaria um direito afastamento de direitos e garantias constitucionalmente asseguradas.

Neste mister, as denúncias genéricas violam princípios basilares previstos na Constituição Federal, tais quais, têm-se a guisa de exemplo face sua relevância, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a presunção de inocência (art. 5º, LVIII) e a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV).

3.3.1.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O primeiro princípio do qual nos ocuparemos na realidade não é apenas um princípio exclusivo do processo penal, tratando-se, propriamente, de um verdadeiro

⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 1, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 392

fundamento da República (art. 1º da CF/88) orientador de diversos campos, especialmente o das garantias fundamentais (art. 5º da CF/88), daí sua aplicação do processo, à ordem econômica (art. 170 da CF/88) ⁶⁶.

Como ensina Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de garantias fundamentais. Este princípio funciona como fonte ética, fazendo da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado⁶⁷.

A dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Nesse sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios⁶⁸.

Tal princípio age e atua de modo a vincular todo o agir estatal. A pessoa humana não deve ser considerada um meio, mas sim como o fim precípua do Estado, em todos os âmbitos de sua atuação, incluindo, nesse aspecto, a própria instrumentalização do processo penal.

A toda evidência, percebemos que a dignidade humana é importante na orientação do processo penal, já que é a raiz das garantias constitucionais que devem inspirar a atividade jurisdicional do Estado, notadamente no que tange à individualidade – afirmação da integridade física e espiritual do homem – e à autonomia frente ao poder público e à igualdade de tratamento normativo ⁶⁹.

Como dito, a dignidade é o fim próprio do Estado e, dessa maneira, toda atividade Estatal deve estar sempre voltada à tutela, realização e ao respeito à dignidade humana, o que não exclui a atividade persecutória do estado, seja através da investigação criminal, seja no exercício da ação penal seja no curso do processo ⁷⁰.

Assim, a submissão de um indivíduo ao tormento de uma acusação penal não pode ser banalizada ou operada sem quaisquer barreiras. Todo o agir estatal, e

⁶⁶ NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 28

⁶⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 3 ed. Coimbra Editora, 2000, p.180-181 *apud* NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 28

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 7ª Edição, p. 225.

⁶⁹ NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 29

⁷⁰ *Op. cit.* p. 30

aqui se deve incluir a deflagração da jurisdição penal com o oferecimento da denúncia, deve buscar a proteção da dignidade da pessoa humana. A denúncia genérica, nos moldes aqui analisados, se consubstancia como uma verdadeira afronta aos princípios e garantias constitucionais, capaz de submeter aos denunciados dor e sofrimentos injustos.

Como visto, podem ser incluídos na acusação indivíduos que sequer tiveram conhecimento da conduta delituosa. É dizer, a denúncia genérica pode se materializar em uma acusação desarrazoada, na qual um indivíduo, possivelmente inocente, pode ser submetido à angústia e ao sofrimento de um processo penal. Postergar a fase da individualização da conduta para a instrução criminal, já no curso do processo, faz com que indivíduos inocentes sejam injustamente processados, sendo certo que uma eventual e futura sentença absolutória jamais apagaria toda a dor e sofrimento de se ver submetido a um processo penal.

Conclui-se, portanto, a utilização de denúncias genéricas ofende o princípio da dignidade da pessoa humana por uma razão elementar: dentre os denunciados, podem existir aqueles que não guardam nenhuma relação com o fato delituoso, e ali estão por um simples acaso (seus nomes constam do contrato social de uma empresa que sonegou determinado imposto, por exemplo). Estes – ainda que absolvidos ao final da ação penal – certamente trarão consigo a marca indelével de terem sofrido as amarguras de um processo de grave repercussão na esfera dos direitos da personalidade. É certo concluir que toda a acusação traz consigo uma carga de dor e sofrimento que nenhuma sentença consegue aplacar⁷¹.

Em linha contrária, existem aqueles que advogam a favor da possibilidade de acusações genéricas argumentam acerca da possibilidade de a participação dos envolvidos serem analisada durante a instrução criminal. Assim, “em se tratando de crimes societários ou de autoria coletiva, é suficiente, na denúncia, a descrição genérica dos fatos, reservando-se à instrução processual a individualização da conduta de cada acusado”^{72 - 73}.

⁷¹ TOVO, Paulo Cláudio. *Denúncia Genérica no processo penal condenatório: um retorno aos tempos medievais*. Revista da Faculdade de Direito do Alto Paranaíba, Araxá: Santa Délia, v. 3, p. 53. *Apud* KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 150

^{72- 73} BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 82246/RJ. 1ª Turma. Relator (a): ELLEN GRACIE. Julgado em 15.10.2002; Nesse mesmo sentido: HC nº 80.204/GO, Min. Maurício Corrêa, DJ 06/10/2000 e HC nº 73.419/RJ, Min. Ilmar Galvão, DJ 26/04/1996)

Ora, como dito alhures, tal orientação revela, por si só, um flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana, na medida em que autoriza a deflagração de um processo penal, por natureza invasivo, ignorando o sofrimento que acarreta em todo e qualquer acusado.

Aceitar tal denúncia seria aproximar a ordem jurídica pátria ao angustiante universo de Franz Kafka. Nas primeiras páginas do romance *O processo*, Kafka (1883-1924) exterioriza as regras do procedimento ao qual seria submetido o personagem Joseph K.:

Alguém certamente havia caluniado Joseph K., pois numa manhã ele foi detido sem ter feito mal algum.

[...]

– Não – disse o homem junto à janela, atirando o livre sobre uma mesinha enquanto se erguia. – O senhor não tem permissão para sair. O senhor está detido.

– Assim parece – disse K. – Mas por quê? – perguntou então.

– Não fomos incumbidos de dizê-lo. Vá para o seu quarto e espere. O procedimento acaba de ser iniciado e o senhor ficará sabendo de tudo no devido tempo. Ultrapasso os limites do meu encargo quando me dirijo com tanto amabilidade ao senhor⁷⁴.

Esta inusitada situação jurídica revela a deflagração de um processo penal baseado na dúvida, na incerteza, e no desconhecimento da acusação por parte do acusado. Tal situação impede, ou melhor, impossibilita, qualquer manejo de defesa por parte do acusado, que se vê, sem saber o real motivo para tanto, submetido a um desgastante processo criminal. Certo que, ante o desconhecimento dos moldes daquilo que lhe era imputado e do doloroso sofrimento nada mais restou a K., senão, a angústia.

Frisa-se, assim, que melhor sorte não assiste àqueles submetidos a processos penais por meio de denúncias genéricas; sem sequer saberem a razão pela qual são denunciados, muitas das vezes, seu “crime” é figurar em algum ato

⁷⁴ KAFKA, Franz. *O processo*. Companhia das Letras: São Paulo, 2010, p. 7-9

constitutivo de determinada pessoa jurídica ou ser gerente de uma instituição financeira⁷⁵.

Nesse sentido, em virtude da necessidade de todo agir estatal estar vinculado à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, só será legítima a intervenção do Estado na esfera individual, para privação de bens ou da liberdade, se esta se consubstanciar em consonância com os trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição ou plasmados em regras oriundas da atividade legiferante. É dizer, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV da CF/88). Assim, é através da obediência irrestrita aos ditames processuais – legais e constitucionais – que se conduz a um processo democrático e justo. É através de um “devido processo legal” que se chega a um processo justo.

Nesse contexto, oportuna é a lição de Vicente Greco Filho⁷⁶:

A garantia do *due process of law* é dupla. O processo, em primeiro lugar é indispensável à aplicação de qualquer pena, conforme a regra *nulla poena sine iudicio*, significando o *devido* processo como o processo necessário. Em segundo lugar, o *devido* processo significa o adequado processo, ou seja, o processo que assegure a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa.

O processo, portanto, deve ser um instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da constituição Federal, como garantia suprema do *jus libertatis*⁷⁷.

Desta breve reflexão, podemos depreender que o devido processo legal é mais do que a exigência de observância de um procedimento previamente previsto em lei; na realidade o devido processo legal deve representar um procedimento justo, orientado materialmente pelo princípio da justiça.

⁷⁵ KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p.145

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

⁷⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2º ed. Campinas: Milenium, 2003, v. 1, p. 83 *Apud* TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Penal Processual Penal*. 8 ed. Salvador, Editora Jus PODIVM, 2013, p. 69.

O devido processo legal, portanto, garante, na prática, uma série de direitos e garantias capazes de proteger os indivíduos dos arbítrios e excessos estatais e, conforme se passa a demonstrar, a denúncia genérica afasta e desrespeita uma extensa lista de tais direitos.

Dentre tais garantias, a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório são patentemente violados pela denúncia genérica.

3.3.1.2 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Foi na declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, em 1789, que o princípio da presunção da inocência ganhou seu contorno inicial. Cotejando o referido diploma normativo com o art. 5º, LVII da CF/88, têm-se a garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ou seja, todos são inocentes até que se prove o contrário.

Neste mister, defende Pacelli que o princípio da inocência impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento e outra probatória: Aquela diz que o réu, em nenhum momento da persecução penal, pode sofrer restrições fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação. Esta, por sua vez, estabelece que todo o ônus probatório da autoria e da materialidade do delito deve recair, exclusivamente, sobre a acusação, cabendo à defesa apenas a demonstração da eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e/ou culpabilidade, cuja presença for por ela alegada⁷⁸.

E é neste último mister que a denúncia genérica viola sobremaneira a presunção de inocência. Ao se admitir em juízo denúncias genéricas, sem a devida e correta individualização de condutas, cabe ao acusado, ao longo da instrução criminal, demonstrar e provar que não praticou o delito que lhe fora imputado. Assim cabe ao acusado, reconhecidamente inocente pela Constituição, provar que é inocente. Retira o ônus da acusação de provar que o acusado agiu como o narrado na exordial, em clara violação à regra segunda a qual a prova da alegação cabe a quem a alega (CPP, art. 156).

⁷⁸ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.

Acertado é o pensamento de que a acusação genérica inverte tal raciocínio, obrigando ao acusado, que sequer sabe a real dimensão dos fatos que lhe são imputados, provar sua inocência. Chega-se a prosaica situação em que o acusado, que desconhece o teor daquilo que é processado, tal como Josehp K, deve provar que é inocente, em clara e flagrante ofensa às regras do ônus da prova, à presunção de inocência, e ao devido processo constitucional.

Ao lado da presunção de inocência, a denúncia genérica também viola, repita-se, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

3.3.1.3 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Clássico é o preceito constitucional segundo o qual aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios a ela inerentes (art. 5º, LV da CF/88).

O princípio do contraditório constitui-se como a técnica processual e procedimental que impõe a bilateralidade do processo. Assim, todos os atos processuais devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação⁷⁹.

Nesse contexto, o princípio do contraditório é reflexo do próprio princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. Assim, legítima é a afirmação de que o referido princípio se lastreia no binômio ciência/ participação, impondo que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual⁸⁰. O princípio em tela, então, pode ser decomposto em duas garantias precípuas: a participação e a possibilidade de influência na decisão – sendo certo que esta somente será possível se se garantir à todas as partes envolvidas na relação processual a paridade no poderio.

Assim, enquanto o contraditório exige a garantia de participação do acusado em todas as fases do processo, inclusive para influenciar no convencimento do

⁷⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

⁸⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Penal Processual Penal*. 8 ed. Salvador, Editora Jus PODIVM, 2013, p. 58.

magistrado, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, também quando prejudicial ao acusado⁸¹.

Conforme Gustavo Henrique Badaró⁸², o Direito de defesa apresenta-se bipartido, em direito à autodefesa⁸³, exercido pessoalmente pelo acusado e o direito à defesa técnica, exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória, apta a equilibrar as forças entre acusação e defesa:

O direito de defesa apresenta-se bipartido em: (1) direito à autodefesa; e (2) direito à defesa técnica. O direito à autodefesa é exercido pessoalmente pelo acusado, que poderá diretamente influenciar o convencimento do juiz. Por sua vez, o direito à defesa técnica é exercido por profissional habilitado, com capacidade postulatória, e conhecimentos técnicos, assegurando assim a paridade de armas entre a acusação e a defesa.

Por ser relevante ao deslinde da questão, considera-se como meios inerentes à ampla defesa: i) ter conhecimento claro da imputação; ii) poder apresentar alegações contra a acusação; iii) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; iv) ter defesa técnica por advogado; v) poder recorrer da decisão desfavorável⁸⁴.

Percebe-se, portanto, que o contraditório juntamente com o princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo, e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para imposição da sanção de natureza penal⁸⁵.

O contraditório e a ampla defesa, no processo penal, não podem ser exercidos com eficiência sem que haja acusação, sem que se impute a alguém um

⁸¹DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20

⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique, *Direito Processual Penal*: tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 13.

⁸³ A defesa pessoal, feita pelo próprio imputado, pode ser positiva (quando o acusado, em sede de depoimento pessoal, atua de modo a produzir contraprova) ou negativa (consubstanciada no direito ao silêncio e da não incriminação - não produzir prova contra si próprio).

⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48

⁸⁵ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20

fato que se considere delituoso. A acusação, portanto, é a garantia essencial à defesa, desde que informe ao acusado, com precisão, os fatos em que se baseia, já que ninguém pode defender-se sem ter a completa ciência da imputação que lhe é feita⁸⁶.

O pleno exercício da ampla defesa pressupõe, portanto, que o acusado tenha conhecimento claro daquilo que lhe é imputado. Nesse momento, cabe a pergunta: como o réu poderá se defender se sequer sabe ao certo o teor da acusação e sua extensão? A denúncia genérica, marcada pela não individualização das condutas dos denunciados, mitiga, sobremaneira, a real possibilidade de defesa dos acusados vez que lhes é tomado a possibilidade de enfrentar as alegações carregadas quando da acusação. A denúncia genérica ceifa, por completo, os meios inerentes à ampla defesa, notadamente, as previsões “i” e “ii” citadas alhures.

Por mais paradoxal que seja uma denúncia bem elaborada, que exterioriza pontualmente a conduta de cada acusado, constituiu-se como condição inafastável para o pleno exercício da defesa pelo réu.

Assim, a acusação genérica, em que não se precisem, em relação a cada um dos acusados, os fatos considerados delituosos, viola diretamente as garantias constitucionais do devido processo legal, no aspecto procedimental, da ampla defesa e do contraditório⁸⁷.

3.3.2 VIOLAÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL

De se salientar que por força do art. 5.º, § 2.º, da CF, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Vale dizer: em se tratando de direitos e garantias fundamentais, deve-se reconhecer o valor jurídico constitucional de cláusulas dispostas no Direito Internacional.

A esse despeito, imperioso se faz observar que em dois dos principais textos normativos internacionais de direitos humanos de que o Brasil é signatário, a denúncia genérica é expressamente vedada, sendo eles: Pacto Internacional de

⁸⁶ PRATES, Renato Martins. *Acusação Genérica nos Crimes Societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 52

⁸⁷ *Op cit*, p. 52

Direitos Civis e Políticos, de 1966, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.

Os tratados acima mencionados, notadamente em seus artigos 14, 3⁸⁸, e 8^o, 2, b⁸⁹, respectivamente, evidenciam que o acusado tem o impostergável direito (i) de ser informado (comunicado) da acusação; (ii) de ser informado de forma minuciosa (pormenorizada); (iii) de ser informado previamente (antes da defesa) e (iv) de ser informado da natureza e dos motivos da acusação.

Da simples e singela interpretação literal dos artigos acima exteriorizado, depreende-se que o Brasil se obrigou a exigir que as imputações criminais sejam feita de forma “prévia”, “minuciosa” e “pormenorizada”.

Portanto, além das afrontas aos princípios constitucionais já anteriormente analisados, a denúncia genérica agride, também, os apontados textos internacionais.

3.3.3 RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA

Ninguém pode ser punido senão por ato que lhe possa ser pessoalmente imputado, por estar a ele vinculado por nexos de causalidade e ao qual se ligue subjetivamente, ou seja, por dolo ou culpa⁹⁰.

Nesse sentido, a previsão dogmática disposta no art. 18 do Código Penal aduz que a responsabilidade criminal somente poderá ocorrer a título de dolo ou culpa, afastando, portanto, a responsabilidade penal objetiva.

⁸⁸⁻⁸⁹ **Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:** a) **De ser informado**, sem demora, numa língua que compreenda e **de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada**; b) **De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa** e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) De ser julgado sem dilações indevidas; d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as d e acusação; f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. (*grifos e negritos que não no original*) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 04/01/2014.

⁹⁰ PRATES, Renato Martins. *Acusação Genérica nos Crimes Societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 42

Importante frisar que a responsabilidade penal objetiva circunscreve-se à possibilidade de o agente ativo do delito responder pela conduta criminosa, ainda que tenha agido com ausência de dolo ou culpa em relação ao resultado. Pune-se, assim, o agente em virtude de uma simples associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico.

Assim, a responsabilidade objetiva, que desconsidera o vínculo de natureza psíquica, volitiva, entre o resultado e o agente, constitui-se na seara penal como enorme desvio de suas raízes históricas, uma intolerável desumanização de seu conteúdo.

Nesse sentido, a aceitação de denúncias genéricas, em que se tem por inexistente ou extremamente tênue o liame entre o fato delituoso e a conduta pessoal do agente, dada a existência, por vezes, de complexa estrutura societária, também representa um caminho para a desconsideração dos princípios da personalidade da pena, da culpabilidade e da responsabilidade penal exclusivamente subjetiva⁹¹.

À guisa ilustrativa, tem-se a normativa do artigo 25 da Lei 7.492, responsável por definir os crimes contra o sistema financeiro nacional, que assim dispõe, *in verbis*: “São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes”. Com efeito, é importante notar que a responsabilidade penal dos controladores ou administradores será sempre possível, desde que devidamente individualizada e orientada subjetivamente, e não decorre do simples fato de ocuparem a posição de controlar ou administrador, sem haverem tido qualquer participação pessoal na realização dos fatos “qualificados de delituosos”⁹².

Neste sentido, a denúncia deve demonstrar, cabalmente, o nexo de causalidade entre o comportamento do administrador – ou qualquer outro sócio denunciado – e o crime que lhe é imputado, bem como, os indícios de sua culpabilidade. É flagrante, pois, que nenhum cidadão pode integrar o polo passivo de uma ação penal pelo simples fato de ostentar a qualidade de sócio ou administrador de determinada pessoa jurídica.

Assim, a denúncia genérica, que se olvida em promover a descrição individualizada da conduta supostamente praticada por cada um dos denunciados

⁹¹ *Op cit*, p. 44

⁹² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Tomo I. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

somada à indicação do nexo de causalidade entre esta e o delito de que se trata, faz ressurgir a responsabilização objetiva, afrontando um dos pilares das ciências penais modernas – a responsabilidade penal exclusivamente subjetiva.

3.3.4 AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

A acusação sem identificação de elementos capazes de individualizar condutas dos denunciados implica ofensa à justa causa para o início da persecução penal; sendo necessário promover, ante tal constatação, uma breve incursão às condições da ação no processo penal.

Neste contexto, mostra-se importante ressaltar que o que se busca aqui é tecer breves considerações sobre as condições da ação, sem a pretensão de esgotar o tema.

As denominadas condições da ação condicionam o conhecimento e o julgamento da pretensão vinculada pela demanda ao preenchimento prévio de determinadas exigências, ligadas ora à identidade das partes, com referência ao objeto da relação de direito material a ser debatida, ora à comprovação da efetiva necessidade da atuação jurisdicional⁹³. Assim, as condições da ação são requisitos necessários e condicionantes ao exercício regular do direito de ação ⁹⁴, sendo a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir, comuns à seara civil e penal, e as condições de procedibilidade e a justa causa, exclusivas do âmbito penal.

A possibilidade jurídica do pedido, nas palavras de Pacelli⁹⁵, deve ser encarada a previsão no ordenamento jurídico da providência que se quer ver atendida. A legitimidade, por seu turno, refere-se às partes, que, no dizer de Alfredo Buzaid, é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto ⁹⁶. E, finalmente, o interesse de agir, materializa-se no trinômio necessidade, adequação e utilidade.

As condições de procedibilidade se encontram afetas àquelas situações em que a lei exige o preenchimento de determinadas e específicas condições para o

⁹³ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 69

⁹⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Penal Processual*. 8 ed. Salvador, Editora Jus PODIVM, 2013, p. 156

⁹⁵ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 73

⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102

exercício da ação penal, tal qual ocorre na imprescindibilidade da representação nas ações penais públicas condicionadas a tal instituto.

Por fim, sustenta Afrânio da Silva Jardim que mero ajuizamento da ação penal condenatória já seria suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves repercussões na órbita de seu patrimônio moral, partilhado socialmente com a comunidade em que desenvolve suas atividades. Por isso, a peça acusatória deve estar acompanhada de um suporte mínimo de prova, sem o qual a acusação careceria de admissibilidade⁹⁷. Este lastro probatório mínimo reflete, justamente, a justa causa.

Nesse sentido, justa causa nada mais é do que a demonstração dos indícios de autoria e de materialidade de um fato supostamente criminoso. Assim, a deflagração de um processo criminal sem a devida justa causa, ou seja, sem um lastro probatório mínimo, revela um claro abuso da acusação, vez que submete um indivíduo às agruras de um processo criminal sem um substrato probatório mínimo para tanto, revelando flagrante violação do princípio da dignidade da pessoa humana – já amplamente tratado e citado no presente.

Ante tudo que ora se expõe, é carente de justa causa a denúncia formulada contra sócio de uma empresa pela suposta prática de determinado crime econômico apenas pela sua condição na empresa. A posição dentro do organograma empresarial, por si só, não se revela apta a justificar a deflagração da persecução penal. Conforme dito alhures, imprescindível se faz a descrição pormenorizada das condutas de cada acusado a fim de permitir ao Magistrado, ainda na fase de admissibilidade, a análise da justa causa, tal qual dispõe o artigo 395, III do Código de Processo Penal^{98 99}.

3.3.5 VIOLAÇÃO À LITERALIDADE DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Preceitua o art. 41 do Código de Processo Penal que “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a

⁹⁷ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.80

⁹⁸ KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p.173

⁹⁹ CPP, Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Conforme dito alhures, a denúncia deve traduzir os sete elementos do injusto, requisitos indispensáveis à adequação do fato criminoso. Assim, a peça acusatória deve indicar não só a ação transitiva como a pessoa que pratica (*quis*), os meios ou instrumentos empregados (*quibus auxiliis*), o malefício, ou perigo de dano, produzido (*quid*), os motivos que a determinaram a isso (*cur*), a maneira que a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*) e o tempo (*quando*).

Daí ser inteiramente imprescindível que os fatos e as circunstâncias ocorridos no plano fático, que correspondam aos elementos constitutivos do tipo penal, estejam suficientemente descritos na denúncia, sendo necessário, ainda, que se particularize a conduta dos acusados e que a descreva com os pormenores suficientes para que possibilitem o exercício efetivo do direito de defesa.

Assim, conforme o demonstrado, nada mais lógico do que a necessidade de dentre as circunstâncias descritas na acusação deve-se fazer constar a descrição das condutas de todos os acusados, mostrando o liame subjetivo entre os agentes e o nexos de causalidade entre a ação de cada um deles e fato delituoso. Sendo genérica a acusação, esta desrespeita tal previsão dogmática, devendo ser considerada inepta e extirpada da lógica jurídica interna.

3.4 ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEL

Dando continuidade à análise proposta no presente trabalho, mostra-se imprescindível apresentar e refutar os argumentos daqueles que defendem a possibilidade de acusações despidas de individualização das condutas criminosas supostamente praticadas pelos integrantes do quadro societário de determinada empresa.

O referido grupo – que, inclusive encontram vozes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ¹⁰⁰ – lastreiam sua base defensiva em cinco principais argumentos, sendo eles: i) relativização de garantias nos crimes econômicos; ii) a obediência ao princípio da obrigatoriedade; iii) o adiamento da individualização das

¹⁰⁰ A esse despeito, cita-se: HC 83369/MS, HC 96100/SP; HC 82246/RJ; HC 94670/RN.

condutas para a fase de instrução; iv) a possibilidade de aditamento de denúncia; v) e a permissão de denúncia “mais o menos” genérica.

Sob a bandeira do dever do Estado de investigar e punir os crimes, em especial os crimes econômicos, responsáveis por lesões a bens jurídicos supraindividuais, há, com efeito, uma legítima reivindicação social no sentido da necessidade última de punir a criminalidade econômica praticada no âmbito das organizações empresariais. Neste cenário, alguns afirmam ser aceitáveis as flexibilizações de direitos e garantias fundamentais, sejam materiais ou processuais, para fim de se perseguir os crimes econômicos.

Defende-se, portanto, o afastamento das garantias e direitos fundamentais em razão da exigência social de proteção dos bens jurídicos difusos; que direitos e garantias individuais sejam afastados de modo a se garantir a punição dos supostos responsáveis pelo cometimento de crimes econômicos.

Razão não assiste tal argumento. Os direitos e garantias fundamentais são indisponíveis; justificar sua violação em virtude de uma eventual condenação penal revela, nada menos, do que a possibilidade de se descambar para o arbítrio. Mesmo que se trate de macrocriminalidade, com a lesão a bens jurídicos supraindividuais, o afastamento de direitos e garantias individuais é injustificável. Odiosa é, pois, toda e qualquer restrição aos direitos e garantias individuais, independentemente do bem jurídico que se objetiva tutelar.

Ao lado do referido argumento, uma interpretação equivocada do princípio da obrigatoriedade poderia justificar a denúncia genérica. O princípio da obrigatoriedade, que vincula a ação penal pública incondicionada, aduz que estando presentes os requisitos legais, o Ministério Público está obrigado a patrocinar a persecução criminal, oferecendo denúncia para a deflagração do processo penal¹⁰¹. Certa e lógica é a conclusão de que o dever institucional de iniciação do processo penal com o oferecimento da denúncia surge se, e somente se, presente os requisitos legais para tanto. Conforme já exaustivamente ressaltado, a denúncia genérica fere, sobremaneira, diversos institutos e preceitos do Estado Democrático de Direito brasileiro, seja afastando direitos e garantias fundamentais, seja desrespeitando a própria literalidade do art. 41 do Código de Processo Penal.

¹⁰¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Penal Processual Penal*. 8 ed. Salvador, Editora Jus PODIVM, 2013, p. 164.

Ademais, acertada a observação de que o Ministério Público, além de titular da ação penal pública, atua no ordenamento jurídico pátrio como *custus legis*, representando um verdadeiro guardião do regime democrático constitucional.

Outro argumento comumente utilizado pelos defensores das denúncias genéricas consiste no adiamento da individualização das condutas para a fase de instrução processual. Insta frisar, conforme será demonstrado mais detidamente no capítulo seguinte, que tal argumento já foi a orientação majoritária do Supremo Tribunal Federal, notadamente na década de 1990. Porém, como já defendido alhures, tal argumento não merece prosperar. Vale repetir que tal possibilidade ofende diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, do contraditório e da ampla defesa, já que a delegação da individualização das condutas para a fase instrutória pode inviabilizar o manejo defensivo do acusado que, sem saber a real dimensão da imputação que lhe é feita, é submetido a um desgastante processo criminal lastreado em denúncia vaga e incerta, o que revela clara ofensa ao seu *status dignitatis*.

A despeito de não ser a hodierna orientação jurisprudencial do Supremo, o presente argumento ainda ganha espaço. É nesse sentido o julgamento do HC 83369/MS, relatado pelo Ministro Carlos Britto, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. CRIME SOCIETÁRIO. DENÚNCIA GENÉRICA. ALEGAÇÃO DE QUE A INICIAL ACUSATÓRIA NÃO ATENDERIA O DISPOSTO NO ART. 41 DO CPP, BEM COMO DE NÃO PARTICIPAREM OS PACIENTES DA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA. **Reiterada a jurisprudência do STF de que, "nos crimes societários, não se faz indispensável a individualização da conduta de cada indiciado, discriminação essa que será objeto da prova a ser feita na ação penal"** (HC 65.369, Rel. Min. Moreira Alves). Precedentes. Tal entendimento vem sendo abrandado, havendo decisões no sentido de exigir-se, na denúncia, a descrição mínima da participação do acusado, a fim de permitir-lhe o conhecimento do que de fato lhe está sendo imputado e, assim, garantir o pleno exercício de seu direito de defesa (cf. os HCs 80.219 e 80.549). Mesmo essa última orientação -- que convence o relator -- não dispensa o exame da validade da denúncia sob a ótica de cada processo. Patente, no caso, que a

peça acusatória preenche os requisitos minimamente necessários a dar início à persecução penal, portando consigo elementos suficientes para que os acusados conheçam os fatos que lhes estão sendo imputados e possam deles se defender. Ausência de justa causa não caracterizada, na medida em que os próprios documentos juntados pelos impetrantes desmentem a alegação de que os pacientes não participavam da administração da empresa, à época dos supostos delitos. Habeas corpus indeferido. (HC 83369/MS, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003, DJ 28-11-2003 PP-00015 EMENT VOL-02134-02 PP-00302)

E ainda:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIMES SOCIETÁRIOS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal tem se firmado no sentido de que a denúncia deve conter, ainda que minimamente, a descrição individualizada da conduta supostamente praticada por cada um dos denunciados nos delitos societários, sendo certo que o atendimento, ou não, do art. 41 do Código de Processo Penal, há que ser analisado caso a caso. Precedentes. 2. O trancamento de ação penal só se verifica nos casos em que há prova evidente da falta de justa causa, seja pela atipicidade do fato, seja por absoluta falta de indício quanto à autoria, ou por outra circunstância qualquer que conduza, com segurança, à conclusão firme da inviabilidade da ação penal. 3. **O exame da alegada não participação do Paciente nos crimes societários a ele imputados não se coaduna com a via processual eleita, sendo essa análise reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido.** 4. Na espécie dos autos, não se pode ter a denúncia como genérica ou inepta, a ponto de se tornar inaceitável para os fins do dever do Estado de investigar e punir, se for o caso, os responsáveis pelas práticas. 5. Habeas corpus denegado. (HC 96100/SP, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, julgado em 23.06.2009)

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ART. 171, CAPUT DO CÓDIGO PENAL. 1 - O inquérito policial não é procedimento indispensável à propositura da ação penal (RHC nº 58.743/ES, Min. Moreira Alves, DJ 08/05/1981 e RHC nº 62.300/RJ, Min. Aldir Passarinho). 2 - Denúncia que não é inepta, pois descreve de forma clara a conduta atribuída aos pacientes, que, induzindo a vítima em erro, venderam a ela um falso seguro, omitindo a existência de cláusulas que lhe eram prejudiciais visando à obtenção de vantagem ilícita, fato que incide na hipótese do art. 171, caput do Código Penal. Alegações que dependem de análise fático-probatória, que não se coaduna com o rito angusto do habeas corpus. 3 - **Esta Corte já firmou o entendimento de que, em se tratando de crimes societários ou de autoria coletiva, é suficiente, na denúncia, a descrição genérica dos fatos, reservando-se à instrução processual a individualização da conduta de cada acusado** (HC nº 80.204/GO, Min. Maurício Corrêa, DJ 06/10/2000 e HC nº 73.419/RJ, Min. Ilmar Galvão, DJ 26/04/1996. 4 - "Habeas corpus" indeferido. (HC 82246/RJ Relator(a): ELLEN GRACIE. 1ª Turma, julgado em 15.10.2002).

Seguindo a mesma linha do argumento supra, existem vozes que defendem a possibilidade de aditamento da denúncia, nos moldes do art. 569 do Código de Processo Penal que assim preceitua: “As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final”. Aqui, cabem as mesmas críticas exteriorizada alhures. Não se pode admitir que o art. 569 seja uma porta aberta para a violação do art. 41 do Código de Processo Penal.

Por fim, ao se tentar buscar equilibrar a necessidade de coibir e punir os crimes econômicos e garantir a observância dos direitos fundamentais, a jurisprudência buscou estabelecer um termo médio, passando a admitir, assim, denúncias “mais ou menos” genéricas. Contudo, tal previsão é deveras criticável. A relativização de direitos e garantias individuais, por menor que seja, constituiu

terreno fértil para abusos, arbítrios, ou no mínimo, uma discricionariedade que não deve existir em preceitos garantidores de liberdade¹⁰².

A despeito das severas críticas, a jurisprudência do Supremo ainda utiliza tal argumento. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME SOCIETÁRIO. NÃO HÁ FALAR EM INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANDO ESTÁ SUFICIENTEMENTE INDICADA A RESPONSABILIDADE DOS DENUNCIADOS PELA CONDUÇÃO DA SOCIEDADE E ESTA CONDIÇÃO NÃO FOI AFASTADA, DE PLANO, PELO ATO CONSTITUTIVO DA PESSOA JURÍDICA. 1. Embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se encaminhe no sentido de que, em relação aos delitos societários, a denúncia deve conter, ainda que minimamente, a descrição individualizada da conduta supostamente praticada por cada um dos denunciados, a observância do que disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal deve ser examinada caso a caso, sendo também deste Supremo Tribunal a orientação segundo a qual é suficiente para a aptidão da denúncia por crimes societários a indicação de que os denunciados seriam responsáveis, de algum modo, na condução da sociedade, e que esse fato não fosse, de plano, infirmado pelo ato constitutivo da pessoa jurídica. 2. **No caso em pauta, apesar da denúncia descrever as condutas com algum grau de generalidade, não se pode tê-la como genérica, a ponto de se tornar inaceitável para os fins do dever do Estado de investigar e punir, se for o caso -** como acabou se configurando - os responsáveis pelas práticas, pois os fatos foram descritos levando-se em consideração serem os Pacientes sócios da sociedade, sem indicação de que alguns deles não estivessem, ao tempo dos fatos, desempenhando as funções de administração. 3. Ordem denegada. (HC 94670/RN, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA. 1ª Turma, 21.10.2008.)

¹⁰² KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p.186

Certo concluir que, a despeito da existência de uma gama de argumentos favoráveis à utilização de denúncias genéricas para coibir e punir os delitos econômicos – alguns tentadores, confessamos – odiosa é a ideia de se transgredir direitos e garantias individuais em prol do combate a criminalidade. Aceitar tal possibilidade desencadearia a formação de um terreno fértil para abusos, arbítrios, ou no mínimo, uma discricionariedade que não deve existir quando se tem em tela preceitos garantidores de liberdade. A denúncia genérica, como vimos ao longo da presente dissertação se consubstancia como uma afronta multifacetada à lógica garantista do Estado Democrático de Direito brasileiro.

4 DENÚNCIA GENÉRICA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme o anteriormente exteriorizado, o presente trabalho possui por escopo precípua buscar compreender, valendo-se do conteúdo instrumental-constitucional do processo penal, as divergências do Supremo Tribunal Federal no que tange o tratamento afeto à denúncia genérica nos crimes societários.

Realizada as digressões pertinentes, caber ressaltar, agora já no deslinde da dissertação, ser comum vislumbrar decisões da Suprema Corte que, em prol da promoção dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, asseveram ser inepta a denúncia que, descrevendo genericamente a conduta delituosa no contexto dos crimes societários, integram o polo passivo da exordial acusatória com os sócios integrantes no quadro societário da empresa. Tal posicionamento se respalda no entendimento de ser imprescindível que a denúncia contenha, ainda que minimamente, a descrição individualizada da conduta supostamente praticada por cada um dos denunciados somada à indicação do nexo de causalidade entre esta e o delito de que se trata.

Lado outro, possível se faz, também, vislumbrar decisões diametralmente opostas, que, adotando um claro viés utilitarista, atestam que a observância da regra disposta no artigo 41 do Código de Processo Penal – que vincula a denúncia à exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias – deve ser examinada caso a caso, orientando o agir do Tribunal no sentido de ser suficiente, para a aptidão da denúncia por crimes societários, a indicação de que os denunciados seriam responsáveis, de algum modo, na condução da sociedade, e, portanto, reflexamente responsáveis pela conduta delituosa. Ante o exposto, defendem que, apesar da denúncia descrever condutas com certo grau de generalidade, não se pode tê-la como genérica, a ponto de se tornar inaceitável para os fins do dever do Estado de investigar e punir.

Assim sendo, promover-se-á um diagnóstico na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, abrangendo o período desde o advento da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2013.

Com a devida vênia, imperioso se faz, nesse momento, reconhecer o brilhante trabalho do doutrinador Alexandre Knopfholz¹⁰³ que analisou 39 julgados do Supremo Tribunal Federal. Realizada tal exaustiva pesquisa, chegou o doutrinador à seguinte conclusão – que aqui será demonstrada de forma singela e resumida:

Nos primeiros anos após o advento da Constituição Federal era unânime o entendimento de ser possível, sim, a denúncia genérica. Porém, após o ano de 2005 houve uma sensível alteração no posicionamento da Suprema Corte, passando a denúncia genérica a ser repelida no ordenamento pátrio.

Certo que, hodiernamente, apesar de ainda ser possível encontrar vozes favoráveis a tal instituto, mantém-se o entendimento de serem inviáveis as denúncias desprovidas de individualização de condutas, admitindo-se, contudo, que a “denúncia descrever as condutas com algum grau de generalidade, não se pode tê-la como genérica, a ponto de se tornar inaceitável para os fins do dever do Estado de investigar e punir”¹⁰⁴.

Completando o que ora se expõe, o doutrinador conclui que na década de 1990 até meados dos anos 2000, o entendimento majoritário era de se admitir a denúncia genérica. Sob a justificativa da dificuldade de se perquirir a autoria da conduta criminosa no seio das empresas, afirmava-se, em 1997, que:

a alegação de que nos delitos societários é necessário que se individualize a participação de cada um dos acusados, não encontra apoio na orientação da jurisprudência desta Corte, que não considera condição ao oferecimento da denúncia a descrição mais pormenorizada da conduta de cada sócio ou gerente, mas apenas que se estabeleça o vínculo de cada um ao ato ilícito¹⁰⁵.

Nessa mesma toada, assim se manifestou o relator Ministro Maurício Corrêa no ano de 1998: “Nos crimes de autoria coletiva, a denúncia pode narrar

¹⁰³ KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 220

¹⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 94670/RN. 1ª Turma. Relator (a): CÁRMEN LÚCIA Julgado em 21.10.2008

¹⁰⁵ _____. HC 74791-4/RJ. 1ª Turma. Relator (a): ILMAR GALVÃO Julgado em 05.09.97

genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso da ação penal”¹⁰⁶ .

Defendendo a necessidade de se evitar a impunidade da macrocriminalidade econômica, o Ministro relator Francisco Rezek também era voz recorrente na defesa da utilização de denúncias genéricas: “Em feitos dessa natureza, a impunidade estaria assegurada se se reclamasse do Ministério Público, no momento da denúncia, a individualização de condutas dada a maneira de se tomarem as decisões de que resulta a ação delituosa”¹⁰⁷

Percebe-se, ao retomar a análise realizada alhures afeta aos argumentos favoráveis à utilização da denúncia genérica quando dos crimes societários, que os *decisium* supra defendem, respectivamente, a permissão de denúncia “mais o menos” genérica, o adiamento da individualização das condutas para a fase de instrução e a relativização de garantias nos crimes econômicos.

Entre os anos de 2005 e 2006 a discussão ganhou novamente relevo, passando a prevalecer, porém, a orientação segundo a qual se inadmite acusações genéricas. Nesse contexto, imprescindível se faz citar o brilhante posicionamento do Ministro Celso de Mello, que traduz de forma acertada o posicionamento que aqui se busca defender, responsável por tornar dominante o entendimento aqui esposado:

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

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

[...]

¹⁰⁶ _____, HC 75868-8/RJ. 2ª Turma. Relator (a): MAURÍCIO CORRÊA Julgado em 10.02.98

¹⁰⁷ _____, HC 73.903-2/CE. 2ª Turma. Relator (a): FRANCISCO REZEK Julgado em 12.11.96

A mera invocação da condição de quotista, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule o sócio ao resultado criminoso, não constitui, nos delitos societários, fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório¹⁰⁸.

Entretanto, nota-se, especialmente após o ano de 2008, um preocupante retorno à antiga e temerária orientação segundo a qual se admite a denúncia genérica nos crimes societários, ora autorizando por completo as narrativas genéricas de autoria, ora aceitando a descrição das condutas com algum grau de generalidade.

À guisa de exemplo temos o questionável posicionamento da Ministra Ellen Greice que, em diversas situações similares, assim se manifestou:

O recorrente e os dois outros denunciados eram as três pessoas que, na condição de sócios da sociedade empresária que atuava no segmento de armazém, exerciam a direção completa da empresa, sendo despicienda a descrição individualizada do grau de participação de cada um na prática criminosa¹⁰⁹.

Nos chamados crimes multitudinários, é física e humanamente impossível a descrição detalhada de uma ação física específica. Não se poderia exigir do órgão responsável pelas investigações a identificação exata, precisa e cronometrada da atuação particularizada e peculiar de cada um dos executores.

Esta Suprema Corte tem admitido ser dispensável, nos crimes societários, a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando que a peça acusatória narre, no quanto possível, as condutas delituosas de forma a possibilitar a ampla defesa¹¹⁰.

(...) Tal imputação – relacionada à efetiva supressão de tributo pela sociedade empresária, sob responsabilidade

¹⁰⁸ _____. HC 89.427-5/BA. 2ª Turma. Relator (a): CELSO DE MELO. Julgado em 12.09.06

¹⁰⁹ _____. HC 90.276/MS. 2ª Turma. Relator (a): ELLEN GRAICE. Julgado em 05.08.08

¹¹⁰ _____. HC 101.754/PE. 2ª Turma. Relator (a): ELLEN GRAICE. Julgado em 08.06.10

dos denunciados – deve ser objeto de reação pela defesa do paciente, logicamente representada pelos fatos efetivamente descritos na denúncias.

A jurisprudência desta Corte tem considerado que, em sede de crime societário, não se exige a individualização pormenorizada de condutas, mesmo porque normalmente a comunhão de desígnios e vontades quanto à divisão de tarefas e atos executórios para a prática do crime somente é conhecida pelos próprios sócios e não por terceiros, como exatamente ocorre no caso em tela¹¹¹.

Importa frisar, nesse contexto, que a referida Ministra, não se consubstancia como a única voz defensora da admissibilidade da denúncia genérica. Tal posicionamento é acompanhando reiteradamente pelos Ministros Carmen Lúcia e Ricardo Lewandowski¹¹², dentre outros.

O reconhecimento da possibilidade de certa generalidade, como se depreende das transcrições acima exteriorizadas, enseja a possibilidade de relativização de direitos e garantias individuais, o que, por menor que seja, abre brecha para o arbítrio, ou no mínimo, para certa discricionariedade, inviável quando se tem em tela o afastamento ou a relativização de preceitos e garantias fundamentais.

Porém, existem, todavia, posicionamentos contrários que buscam formar uma verdadeira barreira de resistência para tal modalidade de acusação. Nesse sentido, tem-se o posicionamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao julgar o HC 85.000/MG em 13 de março de 2012:

No ponto, destaco que a questão atinente à técnica da denúncia tem merecido, no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, reflexão no plano da dogmática constitucional, especialmente ao direito de defesa.

É que o tema tem sérias implicações no campo dos direitos fundamentais. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se

¹¹¹ _____, HC 94.773-5/SP. 2ª Turma. Relator (a): ELLEN GRAICE. Julgado em 02.09.08

¹¹² Cita-se, como exemplo, o HC 92.921-4/BA (1ª Turma. Relator (a): RICARDO LEWANDOWSKI. Julgado em 19.09.08); HC 97.259/MG (1ª Turma. Relator (a): RICARDO LEWANDOWSKI. Julgado em 15.12.09); HC 96.100-2/RN (1ª Turma. Relator (a): CARMEN LÚCIA. Julgado em 23.06.09); HC 94.670-4/RN (1ª Turma. Relator (a): CARMEN LÚCIA. Julgado em 21.10.08)

coadunam com os postulados básicos do estado de direito.

Mas há outras implicações.

Quando se fazem imputações vagas, dando ensejo à perseguição criminal injusta, está a violar-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no artigo 1º, III, da Constituição.

Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs.*] – (MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, München, Verlag C.H.Beck, 1990, 11 18).

Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí, a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso.

Em conclusão, verifica-se, de plano, que a questão está longe de ser pacificada. São percebidas, na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decisões diametralmente opostas. Existem, de um lado, defensores árdios dos direitos e garantias constitucionais, tal qual se vislumbra do brilhante voto do Ministro Gilmar Mendes, e de outro, defensores da relativização de tais direitos, reconhecendo de forma expressa, inclusive, que pelo simples fato da “denúncia descrever as condutas com algum grau de generalidade, não se pode tê-la como genérica, a ponto de se tornar inaceitável para os fins do dever do Estado de investigar e punir”¹¹³.

¹¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 94670/RN. 1ª Turma. Relator (a): CÁRMEN LÚCIA Julgado em 21.10.2008

CONCLUSÃO

Com a diversificação das atividades socioeconômicas e a complexidade da sociedade atual, globalizada e atuando com tecnologia avançada, passou-se a entender como valores a serem protegidos aqueles que não se inserem na órbita individual.

Surge, assim, a necessidade de tutelar valores transindividuais ou difusos, como forma de garantia da conveniência social e o asseguramento do bem estar de toda a sociedade.

E é nesse contexto que se insere o Direito Penal Econômico. Força-se o Estado a proteger bens jurídicos de natureza coletiva e, neste mister, a própria ordem econômica. Assim, crê-se na criminalização de condutas um mecanismo para normatizar e regulamentar a ordem econômica. Vale lembrar que não se buscou, aqui, negar ou afastar a legitimidade do Direito Penal Econômico como instrumento apto a controlar a dinâmica sociedade moderna na qual estamos inseridos. Refutou-se, apenas, a ampliação desenfreada de normas penais incriminadoras atuando em defesa da conveniência da Administração Pública e o afastamento de garantias constitucionalmente asseguradas com o fito de promover a persecução penal dos crimes econômicos.

Nesse mister, há, com efeito, uma legítima reivindicação social no sentido da necessidade última de punir a criminalidade econômica praticada no âmbito das organizações empresariais. Mas subsiste, por outro lado, a consciência da impossibilidade de transgressão dos clássicos princípios garantidores da responsabilidade penal pessoal, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Surge, então, na necessidade de se promover um diálogo entre a necessidade de coibir e punir a criminalização econômica, que notadamente se consubstancia no seio de uma pessoa jurídica, e o processo penal garantista e constitucional fundando no resguardo do cidadão contra todo e qualquer abuso de poder e arbítrio estatal. E, sendo inegável a dificuldade de se determinar a autoria e a participação nessa modalidade de delito, ante a complexidade organizacional das empresas, surge a denúncia genérica como alternativa para a persecução penal de tais crimes.

Porém, consoante tudo que foi dito alhures, revela-se impossível o desenvolvimento válido da relação processual penal a partir de uma acusação genérica, que não descreva individualmente a conduta de cada um dos agentes do crime, com as circunstâncias necessárias a possibilitar o efetivo exercício do direito à ampla defesa.

A despeito das particularidades dos crimes econômicos, não se revela justificável, todavia, que se tolere, com a denúncia genérica, a inobservância de direitos e garantias constitucionais – que ecoam, inclusive, a legislação internacional – e sua incompatibilidade com conteúdo instrumental-constitucional do moderno processo penal.

Retomando o que se buscou demonstrar na presente dissertação, a denúncia genérica representa uma ilegalidade de muitas faces, se consubstanciando como uma verdadeira violação ao texto constitucional, ao Direito Internacional, um possível retorno à odiosa responsabilidade objetiva, como a deflagração de um processo penal sem justa causa e, ainda, uma violação à literalidade do artigo 41 do Código de Processo Penal.

Dada sua relevância e incontestável recorrência a temática vem sendo amplamente discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Do recorte promovido na recente jurisprudência da Suprema Corte, abrangendo o período entre 1988 e 2013, pode-se perceber, de maneira cristalina, guinadas garantistas – que tratam a denúncia genérica como uma verdadeira mácula ao conteúdo instrumental-constitucional do processo penal – e guinadas utilitaristas que buscam defender a persecução da macrocriminalidade econômica, mesmo que isso se revele como uma possível afronta a direitos e garantias individuais. Certo que o assunto está longe de ser pacificado.

Justa e razoável que seja a preocupação da sociedade e do Poder Judiciário com a efetiva repressão à criminalidade econômica, os caminhos a serem trilhados para perseguir tal objetivo não devem passar pelo menoscabo a garantias processuais, que se fundam na própria Constituição e que representam, em última análise, a salvaguarda da liberdade e da segurança de todos e de cada um dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito¹¹⁴. Nesse contexto, ante a estruturação da lógica jurídica pátria nos princípios da proteção da dignidade da

¹¹⁴ PRATES, Renato Martins. *Acusação Genérica nos Crimes Societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 92

pessoa humana e da separação de poderes, cabe ao Poder Judiciário, justamente, frear todo e qualquer árbitro estatal e atos de ilegalidade. É no Poder Judiciário, como provedor da ordem garantista, que direitos e garantias fundamentais devem ser salvaguardados e jamais afastados em prol de uma suposta persecução criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Leonardo Coelho do. Crimes sócio-econômicos e crimes fiscais. *In*: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Régis (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. Direito Penal Tributário, Previdenciário e Financeiro. Volume 5. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17 janeiro/fevereiro/março de 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp> acesso em: 14 de dezembro de 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique, *Direito Processual Penal*: tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Tomo I. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em agosto de 2013

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em agosto de 2013

_____. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em agosto de 2013

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em agosto de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>.

CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 7ª Edição, p. 225.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre, Frabris. 2002.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Processo Penal e Constituição*. Princípios Constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

CERVINI, Raúl. Desafios Inherentes al Control Normativo del Crimen Organizado Económico Financiero. in *Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COLEMAN, James William. *A elite do crime: para entender o crime do colarinho branco*. Traduzido por Denise R. Sales. São Paulo: Manole, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. *Principios polítocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómicos en el proyecto de Código Penal*

Español de 1994. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1995, n. 11.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DE SANCTIS, Fausto. *Punibilidade no Sistema Financeiro*. Campinas, SP: ed. Millennium, 2003.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em Direito Penal Econômico*. In: Faria Costa, José de; MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária*. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 3, n. 11, jul/set. 1995, p. 245.

GOMES, Luiz Flávio. *A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem*. In: DOTTI, René Ariel; RADO, Luiz Régis (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. Direito Penal Tributário, Previdenciário e Financeiro. Volume 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal – fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano *et. al.* “Um tema da Criminalidade Econômica: A posição de Garante do Dirigente de Pessoa Jurídica e o Direito Penal Brasileiro”, in “*Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde*”, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.

KAFKA, Franz. *O processo*. Companhia das Letras: São Paulo, 2010, p. 7-9

KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia Genérica nos Crimes Econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 6. Ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 29

PRATES, Renato Martins. *Acusação Genérica nos Crimes Societários*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Marco Antonio Chaves da. *Autoria Coletiva em Crimes Tributários*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de Cullo Blanco*. Versión Completa. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Penal Processual Penal*. 8 ed. Salvador, Editora Jus PODIVM, 2013.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 1, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 392

YACOBUCCI, Guilherme Jorge. *Crítérios de Imputación Penal em la Empresa*, in “*Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde*”, Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.