

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Breier, Ricardo

Visão crítica do sistema penal nos crimes económicos no Brasil

<http://hdl.handle.net/11067/1193>

<https://doi.org/10.34628/aypv-2508>

Metadados

Data de Publicação	2014-10-08
Palavras Chave	Crime comercial - Brasil
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 04-5 (2007)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T02:17:42Z com informação proveniente do Repositório

**VISÃO CRÍTICA DO SISTEMA PENAL
NOS CRIMES ECONÓMICOS NO BRASIL**

Ricardo Breier

VISÃO CRÍTICA DO SISTEMA PENAL NOS CRIMES ECONÓMICOS NO BRASIL*

Ricardo Breier¹

Primeiramente gostaria de agradecer o convite da professora e amiga Maria Conceição Valdágua para participar deste evento em Direito penal, a nível internacional, onde estão reunidos professores de grande conhecimento técnico a respeito de nossa Ciência. Debater temas sobre o futuro do Direito penal é uma missão difícil, pois cada cultura nacional tem como objetivo desenvolver seu critério valorativo dentro de seu próprio sistema sócio-político e econômico, o qual em muitos casos possui um desnível na estrutura funcional-sistêmica (diversas classes sociais), o que dificulta um trabalho homogêneo de estrutura científica de nossa ciência, principalmente em meu país.

A unanimidade que posso identificar nesse momento é o esforço da Professora Maria da Conceição em organizar o presente evento, como contribuição à sociedade acadêmica e profissional de seu país de forma impecável e competente.

Na pessoa da professora, mestre e amiga, cumprimento a todos os colegas de jornada deste dia, na qual ficam consignados meus profundos votos de admiração e respeito por seus conhecimentos científicos.

Á platéia tenho um recado especial: Seguindo as palavras do professor e jurista argentino **Zaffaroni**, os eventos e seminários sobre nossa Ciência só têm importância quando a comunidade jurídica participa ativamente, principalmente nos assuntos de difícil abordagem e entendimento. Os senhores da platéia, estudantes ou profissionais tenham o meu reconhecimento de que suas participações têm uma fundamental importância para o crescimento e desenvolvimento dos temas aqui tratados.

Minha contribuição é procurar demonstrar os problemas que o sistema penal a que pertença vem enfrentando no tocante aos processos de causalidade e imputação subjetiva nos delitos sócios econômicos.

* Conferência proferida em Lisboa, na Universidade Lusíada em Outubro de 2004.

¹ Professor de Direito Penal. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre (Brasil).

Para tanto, delimitarei minha temática em três seguimentos distintos:

Primeiro: Questões atuais do Direito Penal Econômico.

A evolução de qualquer ciência está voltada, em geral, a mecanismos sociais determinados pelo desenvolvimento de cada sistema. A economia, a política e a estrutura das instituições responsáveis pela administração do Estado são a exteriorização ética e técnica dos institutos responsáveis pela conservação de um sistema jurídico justo, imparcial e principalmente operante.

As sociedades modernas, através do acréscimo de suas tecnologias, originam vários fenômenos que diversificam o atuar de seus agentes em diversos seguimentos. Não menos surpreendente vêm a ser as consequências de tal mutação social. Na matéria referente a nossa Ciência, esse fenômeno também produz efeitos nos comportamentos delitivos (crimes econômicos, genéticos e de informática).

Segundo **Klaus Tiedemann** (Poder econômico y delito – Introducción al Derecho penal económico y de la empresa. p. 121 e ss), *os avanços sociais e tecnológicos trazem paralelamente consigo, formas de criminalidades específicas que abarcam consequências em vários setores públicos e privados, principalmente na matéria sócio-econômica (fraudes bancárias, fraudes por meio de empresas, delitos fiscais e contra o meio ambiente)*.

A questão, a saber, vem a ser: nossa Dogmática penal está permanentemente atualizada para identificar e reprimir todas essas condutas ditas modernas? **Garcia-Páblos de Molina** já interpretava e descrevia muito bem tal questionamento, *nem sempre os avanços sociais estão inseridos no contexto dos critérios normativos para a espécie* (in Estudios penales, 1984).

As sociedades pós-industriais estão a determinar um crescimento econômico-financeiro, o que em contra partida, está aumentando os índices de comportamentos delitivos com características bem específicas, distantes do instrumental normativo tradicional do Direito penal.

Qual o papel que o Direito penal tem a desempenhar para procurar estar o mais atualizado possível, frente a evidente escala no mundo dos negócios que abrange as complexas relações do mercado capitalista?

A resposta parece que estabelece um elo específico com o Direito penal Econômico, não como um modelo científico ou acadêmico e sim sob o contexto social, ou seja, o relacionar das questões emergentes provocados pelos modernos avanços do tecnismo do século XXI.

A ingerência do Direito penal Econômico ratifica o seu nascimento pelos problemas de intervenção estatal nas atividades humanas de natureza econômica, o que **Jescheck**, situa historicamente após as consequências da primeira guerra mundial.

Tratar neste espaço sobre a temática intervencionista do Estado é ingressar num mar de correntes ideológicas. Essa, por hoje não é nossa missão. Mas o

que podemos extrair deste tema vem a ser o modelo e o movimento que delimitam os conceitos legitimados pelo Direito penal económico sobre o que significam determinadas nomenclaturas a respeito do que evidentemente possa ser definido por crime económico, crime de colarinho branco ou entender as formas de manifestação das operações de lavagem de dinheiro.

Esses conceitos podem estar relacionados num primeiro momento por critérios criminológicos, e com isso me reporto a **Sutherland**, responsável pelo estudo dos crimes de colarinho branco em vários países, o que não deixa de possibilitar de certa forma, um estudo dogmático a respeito destas temáticas que envolvem os crime económicos de uma forma ampla (consumidor, fraudes fiscais, meio ambiente, crimes farmacológicos e etc.), principalmente na temática causalidade e imputação objetiva e subjetiva.

Creio que a análise técnica de como identificar e determinar a responsabilidade criminal de agentes, os quais através de seus comportamentos, revelam um prejuízo perante a economia de determinado Estado (estamos falando de uma macrocriminalidade económica) se faz imperiosa ao ponto de nos defrontarmos com a velha problemática do Direito penal tradicional: qual o melhor critério para uma teoria de imputação penal?

Todos sabemos que o imputar determinado comportamento humano é necessário, o que significa o respeito aos critérios fundamentais que a lei penal determina no sentido de organizar um ato à forma precisa e concreta da norma penal.

O dinamismo funcional desta propositura de imputar o atuar humano, vem a ser um dos pontos de maior conflito ideológico de nossa ciência. As funções dos preceitos jurídicos, expressados pelos modelos de adequação objetiva iniciam a partida em busca do definir ilícito, como dimensão extensiva do comportamento lesivo ao bem jurídico protegido.

Sem desconsiderar que as dificuldades de identificar um atuar tecnologicamente ilícito, onde em muitos casos não conseguimos identificar as vítimas, mas sabemos que existem, e que são pulverizadas pela macrocriminalidade, também não diminuem as dificuldades de delimitar a responsabilidade causal dos agentes ativos (sócios, mandatários, gerentes e etc.), e que em muitas circunstâncias o Estado não consegue, através dos processos legislativos, desenvolver uma competente legislação penal para a espécie.

Em muitos casos, o legislador em matéria penal flexibiliza formas de punição que cada vez mais se afastam dos princípios garantistas. O responsabilizar pela participação criminal nas modalidades dos crimes económicos se tornou uma missão praticamente mirabolante, onde os institutos da dogmática penal rompem com o verdadeiro dogma de nossa ciência: o responsabilizar de forma clara, exata e precisa.

Para concluir nosso primeiro apontamento, as questões mais atuais do Direito penal económico estão justamente no adequar da responsabilidade,

principalmente daqueles que atuam em nome de outrem, bem como no problema comprobatório do processo causal, através dos fundamentos de uma imputação subjetiva.

Segundo: Do processo causal objetivo nos crimes sócio-econômicos (visão da doutrina brasileira).

Seguindo a orientação do jurista alemão **Hans-Joachim Rudolphi** todos os delitos pressupõe um resultado antijurídico e estão estritamente delimitados a partir de uma conduta típica. O fundamento para imputar o resultado ao seu autor está determinado pela dogmática a partir de uma relação de causalidade entre a conduta típica e o resultado antijurídico.

Então, só poderemos considerar a produção de um resultado como obra do homem quando o mesmo, pela prática de uma conduta dolosa ou culposa de alguma forma concorreu para o evento.

Sabemos que somente o fundamento da causalidade não basta para determinar o injusto penal, mas somado a este temos obrigatoriamente que satisfazer as exigências normativas que resultam do respectivo tipo penal e a teoria geral do delito.

Numa retrospectiva doutrinal, podemos afirmar com certeza que a causalidade não é problema para alguns tipos penais (crimes contra a vida, lesões corporais), o que não desmerece a importância do tema para vários casos de nossa disciplina.

Como **Welzel** afirmava, a causalidade é um processo cego, uma cadeia de causas e efeitos, a finalidade é vidente. Possui razão parte dessa afirmativa do nobre jurista alemão, mas não podemos deixar de considerar que também a causalidade é algo real, uma categoria do ser, e não do pensamento. Segundo **Zaffaroni**, a causalidade física é uma situação da própria conduta humana, cabendo apenas ao tipo penal dar-lhe ou retirar-lhe sua relevância.

A doutrina ao longo dos tempos nunca foi unânime na matéria. Para alguns autores, o resultado e a causalidade são processos a nível pré-jurídico **Welzel**. Para outros ambos devem ser considerados na teoria do tipo **Maurach**, **Wessels**, **Zaffaroni**.

Seja qual for a teoria que procure definir o processo causal (seja a teoria da equivalência das condições na concepção filosófica de **Stuart Mill** e direcionada por **Glaser** – adotada pelo Código penal Brasileiro, em seu artigo 13, – a teoria da causalidade adequada atribuída a **von Bar**, **Massari** com algumas variações atribuídas por **Antolisei** e **Grispigni** e por fim a teoria da relevância causal, como representante **Mezger**) não encontramos uma forma concisa (**Elena Larrauri**) tal contatação resulta na projeção da teoria da imputação objetiva, como resposta aos obstáculos que as teorias causais enfrentam para determinados casos. Todavia, seu desenvolvimento a levou a caminhar em várias direções, de sorte que não podemos falar em uma única teoria da imputação objetiva.

O criar um legislativo penal tem como primeiro ponto selecionar condutas humanas que lesam ou expõe objetos valorados como essenciais à convivência humana, em determinado momento histórico social. Tanto a doutrina quanto à jurisprudência analisam quais são as circunstâncias que determinam o raciocínio de qual comportamento humano parte de uma compreensão punível para uma compreensão ilícita.

Sabemos que o conhecer dos elementos subjetivos ou momentos subjetivos dos agentes, fazem presentes na teoria do fato punível. O entender destes elementos tem como confirmar não apenas a ilicitude do atuar humano, como também os modelos específicos do comportamento humano.

A imputação subjetiva na sua conceituação é ampla e com várias denominações por parte da doutrina (**Gimbernat Ordeig, Jescheck** – denominam elementos subjetivos do tipo – **Muñoz Conde** 2 elementos subjetivos do tipo de injusto doloso – **Mir Puig, Mezger, Gomez Benitez** – elementos subjetivos do injusto e finalmente **Welzel** como elementos subjetivos do autor da ação).

Os elementos subjetivos do injusto são considerados como fatores do campo psíquico do agente, que revela a manifestação das intenções ou tendências (*fim de agir*) o qual fundamentam um juízo de valoração do comportamento ilícito.

Os elementos subjetivos do injusto cumprem também uma função orientadora da atividade legislativa considerando-se a realidade empírica das manifestações das velhas e das novas formas da criminalidade, propiciando um melhor conhecimento das inter-relações, que servem de substrato à valorização das normas penais. Têm especial relevância os elementos subjetivos do injusto, nos amplos e díspares supostos de ação típica, na qual a resolução concreta da conduta criminal por parte de um autor provém de atitudes passionais e de impulsos motivacionais do sujeito agente.

Os estados anímicos do autor devem assumir singular transcendência no sistema penal, contribuindo para a configuração de tipos delitivos, que descrevem atuações humanas que não são acromáticas nem despersonalizadas em sua manifestação criminológica na vida real. Sobre esta base realista, os elementos subjetivos servem, ainda, para orientar a aplicação da norma penal de uma maneira mais humana, atenta à consideração da personalidade de autor e ao próprio tempo mais eficaz. Entende-se, portanto, que a luz da compreensão dos atos do homem e suas motivações podem ser aplicados tratamentos executivos adequados aos fins das sanções jurídico-penais

Em ordem à punibilidade prevista nos tipos legais para cada comportamento delitivo, os elementos subjetivos do injusto representam a oposição da responsabilidade penal objetiva, sempre repudiada, mas não absolutamente erradicada das legislações criminais. A proclamação enfática do princípio de imputação subjetiva, como critério reitor da legislação punitiva, recolhida na Parte geral dos Códigos penais, às vezes, é mais uma declaração programática do que uma realidade positiva.

Os tipos de delito que qualificam intensamente uma conduta delitativa pela mera gravidade da produção criam uma antinomia legislativa. Dificilmente são compatíveis com as exigências do princípio de imputação subjetiva, e quando menos, criam a dúvida interpretativa e abrem um perigoso leito ao arbítrio judicial. Em outras ocasiões, a complicação da pena não atenta contra as exigências de culpabilidade, mas infringe o princípio de proporcionalidade, que é a mais fiel expressão em matéria penal.

Na esfera dos crimes econômicos o problema da imputação subjetiva é vasto, gerando enormes dificuldades, principalmente nas figuras que envolvem empresas como sujeito ativo de infrações tanto administrativas quanto penais.

Por princípios constitucionais a imputação subjetiva não pode se deslocar do campo físico e psicológico de seu autor, onde estão unidos por laços de vontade ilícita.

Sabemos que numa visão ampla das legislações que comportam nossa matéria, em grande parte maciça, prevê a modalidade dolosa (sejam nas várias classes da estrutura típica do Direito penal Econômico – Delitos de domínio, de infração de dever ou de omissão – **Silvina Bacigalupo**). Por conseguinte, raramente o legislador faz referência á modalidade de comportamento culposo.

Tal realidade típica vem sendo discutida pela doutrina especializada em matéria criminal econômica. Segundo **Tiedemann**, as renúncias de elementos subjetivos nas figuras típicas, simplificam as questões de determinados casos que envolvem provas em matéria processual penal, o que para o autor tem caráter primordial na esfera de Direito penal econômico.

Numa forma de sedimentar seu pensamento **Tiedemann** cita sistemas legislativos comparados (França, Itália e Espanha, e inclui o Brasil) onde determinados preceitos têm inserido elementos subjetivos que provocam enormes dificuldades para a comprovação tipifica subjetiva. Em situações específicas o julgador terá que analisar o grau dos ânimos do agente infrator, ou seja, se o mesmo através de seu comportamento realizou a conduta descrita no tipo penal. Caso não consiga identificar tal ânimo subjetivo, isso leva a impunidade do agente.

Não fosse suficiente essa problemática, temos ainda em muitos casos a substituição de elementos subjetivos do injusto penal econômico por elementos que expressam figuras objetivas de perigo concreto ou abstrato, como critério de identificar (objetivo) futuras lesividades aos bens jurídicos (ex. casos de alteração de preços, omissões de declaração de tributos, falsidade documental societária, onde se abandona a idéia de construção típica estritamente subjetiva), o que segundo **Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade**, lesam o princípio da proporcionalidade exigido como fundamento em muitas cartas Constitucionais.

Por conseguinte outra parte da doutrina julga necessária a demonstração na imputação subjetiva dos elementos anímicos para fins de comprovação do

injusto, sob pena de absolver o agente (ex. casos de crimes tributários onde a redação não se encontra tacitamente a presença do elemento subjetivo, mas que no corpo das decisões o magistrado tem considerado este critério como fundamento da sentença condenatória).

Outras questões pontuais vêm sendo discutidas pela doutrina referente aos aspectos subjetivos do comportamento humano em matéria penal econômica. Por questões de tempo não temos condições de aprofundá-las, visto que pretendo abordar questões dos crimes sócios econômicos na doutrina brasileira.

Temas como os problemas das tipificações de delitos sócio-econômicos imprudentes, onde ainda parte da doutrina tem lutado para não serem tipificados, vêm ocasionando uma repercussão prática, principalmente quando se trata da tormentosa matéria de erro penal.

Tiedemann, vê a possibilidade de incriminar condutas imprudentes pela premissa do *especial dever de comportamento*, onde determinaria a caracterização de uma negligência por parte do autor, o que já está tipificado no Código Penal alemão (fraude de subvenções imprudentes – ex. a ausência de dever de diligência, caracterizada no tipo, ocasionaria a quebra em determinados casos à proteção de crédito, trazendo enormes consequências para a manutenção da vida econômica, o que sob sua ótica legitimaria a incriminação de condutas imprudentes), caso contrário segundo o autor, em respeito ao princípio da legalidade, não há por parte do legislador a legitimidade da incriminação de delitos dessa natureza.

Neste campo questões que envolvem o dolo eventual e a culpa consciente em muitos casos carecem de certeza no enquadrar subjetivo em vários tipos penais de natureza econômica (crimes praticados por particulares contra a Ordem Tributária).

Sem entrar em questões profundas, saliento o problema que a doutrina enfrenta nas questões que envolvem delitos de perigo, visto a abundância de tipificações dessa natureza, e que vem a ser a possibilidade de enquadrar subjetivamente um comportamento humano a título de dolo eventual. A doutrina entende ser aceitável a possibilidade do dolo eventual em crimes de perigo concreto e não abstrato, pois no primeiro caso teremos a possibilidade acerca da possibilidade real de um resultado de perigo.

Em fim, são algumas questões que a doutrina têm enfrentado ao longo desses anos de estudos sobre a imputação subjetiva em matéria de crimes econômicos, onde em muitos casos estamos caminhando em direção a uma unanimidade, e, em outros, estamos distantes. Mas o importante neste contexto acadêmico, é que devemos sempre identificar a correta tipificação subjetiva, para não cometermos injustos legais ao cidadão acusado de infringir a legislação criminal econômica.

Terceiro: Aspectos da legislação penal econômica brasileira.

Em meu país não é diferente a problemática de temas voltados a criminalidade econômica propriamente dita. Em alguns seguimentos estamos muito atrasados na orientação doutrinal estrangeira. Utilizam-se ainda critérios do Direito penal clássico para resolver questões criminais.

Temos muitas legislações que tratam do tema, (crimes de sonegação, tributário, financeiro, consumidor, societários, previdenciários, ambientais e etc.). Em vários casos temos problemas não só de ordem de Direito material como formal.

Não menos diverso do que já exposto acima, a legislação penal econômica brasileira tem por excelência a tipificação dolosa como regra geral. Raramente o legislador tipifica uma conduta imprudente. Sendo assim a doutrina pouco explora as questões dogmáticas a respeito da causalidade e imputação subjetiva nos casos de comportamentos imprudentes.

Isso dificulta os estudos técnicos do Direito penal Econômico. Aliás, essa foi à constatação do curso de especialização em Direito penal Econômico que se realizou, em sua primeira edição a nível nacional em minha Universidade. Poucos foram os profissionais nacionais com que pudemos contar para desenvolver o programa do curso. Os estrangeiros, entre eles o prof. Andrea Castaldo (Itália), Prof. Raul Cervini (uruguai), Prof. Yaccobucci (Argentina) e Polaino Navarrete (Espanha), proporcionaram um avanço em nossos estudos não só teóricos como práticos.

Temas como bem jurídico, delimitação nos processos criminalizadores, administrativização do Direito penal, entre outros, foram o início dos problemas que estamos enfrentando em nosso país.

Sem me alongar nessas questões escolhi um tema que tanto a doutrina quanto à jurisprudência brasileira estão desenvolvendo, o que não tem sido aceito por grande parte dos estudiosos da matéria, a chamada acusação genérica nos crimes econômicos.

Se imputar ao agente tipificação subjetiva não é em muitos casos uma tarefa fácil, imaginem como prosperar um processo criminal, onde o órgão responsável pelo procedimento acusatório não individualiza condutas de responsabilidade de administradores de empresa.

É isso que estamos vivenciando no Brasil, a denúncia genérica. De acordo com o artigo 41 do Código de Processo Penal, determina que a conduta tem que ser individualizada, a denominada participação subjetiva. Assim, em se tratando de fato ocorrido no âmbito de uma empresa de qualquer natureza, mas que está operando ativamente no sistema econômico, deverá o órgão acusador individualizar a conduta de cada um dos participantes no ilícito econômico identificado,

Há, entretanto, inúmeras questões divergentes, inclusive nos Tribunais superiores, no sentido de validar a acusação que não descreve a conduta indi-

vidual de cada uma dos participantes no cometimento do ilícito económico. Exemplo: os típicos casos de crimes contra a Ordem Tributária do País.

Os que defendem a validade da denúncia genérica (vaga) invocam questões de natureza jurisprudencial referente aos crimes de ações coletivas, citando como exemplo os casos de crimes contra o património, assalto, nos quais dispensam a descrição da individualização das condutas. Por outro lado, aqueles que não sustentam essa posição, postulam a necessidade de determinar a participação individual de cada agente infrator, como respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Sem dúvida, admitir que alguém será ou é acusado pelo simples fato de ser gerente, diretor, ou simplesmente acionista de uma empresa, é admitir não só a responsabilidade de natureza objetiva, como não respeitar os princípios da própria teoria do injusto penal (imputação subjetiva).

Incensurável, portanto, aqueles que pensam como nossos Tribunais em aceitar esse posicionamento afrontador de princípios consagrados em nossa doutrina (individualização de comportamento e de acusação).

Concluindo: Temos que avançar nos estudos deste tipo específico de criminalidade, visto que suas formas estão cada vez mais complexas e dinâmicas. Os institutos do Direito penal não mais estão conseguindo prosperar nessa temática, o que sobrecarrega a missão dos institutos já institucionalizados como o da causalidade e o da imputação subjetiva e objetiva.

Os critérios doutrinários e jurisprudências que identificam o homicídio e outros crimes tradicionais, não podem ser trasladados para os crimes sócio-económicos. Sem ingressar na seara do Direito Administrativo ou do carácter subsidiário do Direito penal como solução a processos descriminalizadores, temos que efetuar dentro do que possuímos, atualmente, critérios claros e precisos de delimitação dos processos de imputação subjetiva. Então, nos delitos de mera atividade ou de perigo, há de se reconhecer e exigir uma adequação ou idoneidade do comportamento como requisito típico, sob pena da incidência do fenómeno da atipicidade, e para a sociedade o cruel fenómeno da impunidade.

