

MARCELO KINTZEL GRACIANO

**O CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES SOCIETÁRIOS**

Curitiba  
2004

MARCELO KINTZEL GRACIANO

**O CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES SOCIETÁRIOS**

Dissertação apresentada no Curso de pós-graduação em Direito,  
do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal  
do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre

Curso de Mestrado em Direito  
Direito Criminal

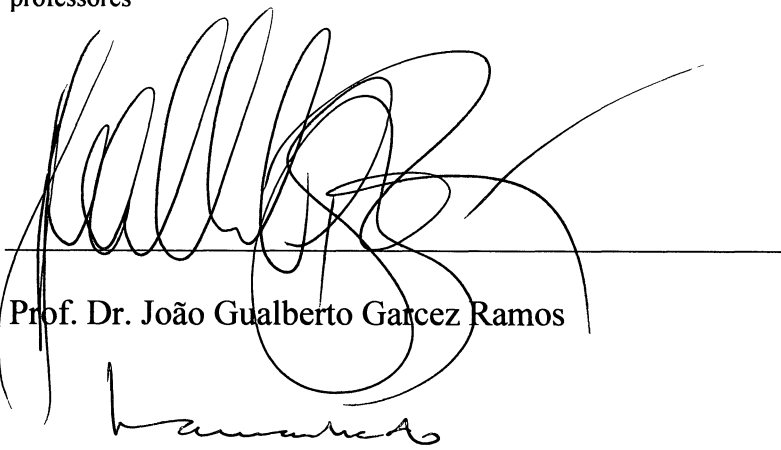
Curitiba  
2004

MARCELO KINTZEL GRACIANO

## O CONCURSO DE PESSOAS NOS CRIMES SOCIETÁRIOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores

ORIENTADOR:



---

Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos



---

Prof. Dr. Luiz Alberto Machado



---

Prof. Dr. Nilo Batista

Curitiba, 23 de fevereiro de 2004

DEDICATÓRIA

Ao meu filho Caio Moserle Graciano

## AGRADECIMENTO

Agradeço ao Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos pela inesgotável paciência e apoio técnico ao trabalho desenvolvido

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>		<b>1</b>
<b>Capítulo</b>	<b>I - A delimitação do conceito de autor.....</b>	<b>8</b>
<b>Seção</b>	<b>I - Teorias Objetivas. ....</b>	<b>13</b>
§	1 - Teoria Formal Objetiva.. ..	13
§	2 - As Teorias Materiais Objetivas. ..	15
A	- Necessidade do Aporte Causal... ..	15
B	- Cooperação Anterior e Simultânea ao fato ....	17
C	- Causalidade Física e Psíquica.....	18
D	- Supremacia do autor.. ..	19
<b>Seção</b>	<b>II - As Teoria Subjetivas .. ..</b>	<b>20</b>
A	- A Teoria do Dolo.....	21
B	- Teoria do Interesse .. ..	22
§	3 - Teoria do Domínio do Fato. ....	23
<b>Capítulo</b>	<b>II - O Concurso de Pessoas no Direito Brasileiro.....</b>	<b>26</b>
<b>Seção</b>	<b>I - Antecedentes Históricos ... ..</b>	<b>26</b>
§	1 - O Código Criminal do Império. ... ..	26
§	2 - O Código de 1890.....	28
§	3 - A Consolidação das Leis Penais.....	31
§	4 - O Código Penal de 1940.. ..	33
§	5 - As Tendências do Direito Ibero-Americano.. ..	35
§	6 - O Anteprojeto de 1963.....	36
§	7 - O Código de 1969. ....	37
§	8 - A Reforma da Parte Geral do Código de 1940.....	37
<b>Seção</b>	<b>II - Categorias do Concurso de Pessoas.....</b>	<b>39</b>
§	1 Autoria .. ..	40
§	2 Co-autoria.. ..	41
§	3 Autoria Mediata. ....	43
§	4 Participação. . . . .	45
<b>Capítulo</b>	<b>III - Crimes Ambientais: O <i>sui generis</i> Concurso de Pessoas..</b>	<b>48</b>
<b>Seção</b>	<b>I - A responsabilidade Criminal da Pessoa Jurídica. ....</b>	<b>49</b>
§	1 - <i>Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege</i> ... ..	51
§	2 - <i>Nullum Crimen Sine Culpa</i> .....	53
§	3 - O concurso <i>sui generis</i> de pessoas .. ..	55
<b>Capítulo</b>	<b>IV - O primado da responsabilidade subjetiva</b>	<b>59</b>
<b>Seção</b>	<b>I - Diretrizes gerais da responsabilidade nos crimes societários</b>	<b>61</b>
§	1 - A relevância da omissão do mandatário ....	65
A	- Sociedades por Ações ....	66

	B	- Os crimes contra as Relações de Consumo.....	68
	C	- Os crimes contra o Meio Ambiente.. . . . .	69
	§ 2	- Os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.. . . . .	70
	§ 3	- As práticas lesivas à Ordem Tributária. ....	72
<b>Capítulo</b>	<b>V</b>	<b>- A dedução da pretensão punitiva e a justa causa.....</b>	<b>74</b>
<b>Seção</b>	<b>I</b>	<b>- A denúncia e seus requisitos . . . . .</b>	<b>75</b>
§	1	- A imputação nos crimes societários .....	77
A		- Dispensa de descrição particularizada... ..	77
B		- Necessidade de individualização mínima... ..	79
C		- Análise das concepções em aparente confronto.....	82
§ 2		- A inépcia da denúncia e os efeitos decorrentes.. ..	84
A		- Crimes contra a Ordem Tributária.....	85
B		- Crimes contra a Previdência Social. ....	86
<b>Seção</b>	<b>II</b>	<b>- A Justa Causa nos crimes societários. ....</b>	<b>87</b>
§	1	- Acepção de justa causa para o processo... ..	87
§	2	- A plausibilidade da acusação. . . . .	90
 <b>CONCLUSÃO.....</b>			<b>94</b>
 <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>			<b>98</b>

## RESUMO

### “Concurso de Pessoas nos Crimes Societários”

O presente trabalho objetivou estabelecer as principais teorias acerca da delimitação do conceito de autor, das objetivas às subjetivas e finalmente a teoria do domínio do fato enquanto, com o mister de buscar decompor analiticamente os elementos integrantes do título, a fim de que tais concepções sirvam a bem orientar o aplicador do direito no tocante aos crimes societários. Segue reconstruindo os principais diplomas positivos e iniciativas de reforma, iniciando no Código Criminal do Império de 1830, até o advento da Lei n. 7.209/84. Sintetizam-se então as principais categorias do concurso de pessoas. Foi observado o tema da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, no tocante aos crimes contra o meio ambiente, apontando-se para concepções contra e a favor, a fim de concluir pela impossibilidade da existência do *sui generis* concurso entre o ente coletivo e a segunda. O primado da responsabilidade subjetiva em matéria criminal foi então foco de atenção, com ênfase aos crimes omissivos puros e comissivos por omissão, analisando a responsabilidade dos mandatários das sociedades por ações, nos crimes contra as relações de consumo, meio ambiente, ordem tributária e sistema financeiro nacional. Em arremate, abordou os requisitos da denúncia nos crimes societários, a fim de determinar a inépcia ante sua inobservância, exigindo mínima descrição da conduta dos mandatários na peça acusatória. Ademais, foi delineada a justa causa para o processo, bem como a obrigatória plausibilidade da acusação e, finalmente, a natureza jurídica da decisão que rejeita a denúncia neste paradigma.

## INTRODUÇÃO

DANTE ALIGHIERI ao escrever sua “Comédia”, reputada Divina por BOCCACCIO<sup>1</sup> e por toda a humanidade, retrata em um de seus livros a viagem imaginária ao Inferno.

Iniciando-a no equinócio de primavera do ano 1300<sup>2</sup>, acompanhado do poeta clássico VIRGÍLIO (seu guia) diante do portal prende sua atenção aos dizeres nele contidos. “*Lasciate ogne speranza voi ch'intrate*”<sup>3</sup>. Desconsiderando o aviso, tal como meros peregrinos a visitar outro Estado estrangeiro, chegam às margens do rio Aqueronte onde o barqueiro faz a travessia dos pecadores fadados às suas respectivas penas, consoante os nove círculos infernais<sup>4</sup>

Setecentos anos após, formalmente afastado do paradigma celestial, o homem, centro imediato da atenção do Estado e livre do *status* de ser decaído ante os grilhões da fé sob a vontade, vem buscando desvencilhar-se das construções teóricas que em matéria criminal remontam tal época.

O Direito Penal<sup>5</sup> continua representando imaginariamente o barqueiro, que tal como no relato, faz a travessia dos agentes, da liberdade experimentada no seio social, à reprovação das condutas através da pena que lhe é característica.

Inserido neste contexto surge o problema da incriminação das condutas dos sócios, diretores e enfim, mandatários, quando presentes indícios de autoria e

---

<sup>1</sup> ALIGHIERI, Dante A Divina Comédia p 10

<sup>2</sup> ALIGHIERI, Dante op cit , p 11

<sup>3</sup> “Antes de mim não foi criado mais nada senão eterno, e eterna eu duro, deixai toda esperança, ó vós que entraís” ALIGHIERI, Dante, op cit p 37

<sup>4</sup> Classificados pelo tipo de pecado, na seguinte ordem de profundidade 1 Não batizados, 2 Incontinência, 3 Violência e Bestialidade, Fraude Simples, 4 Traição – formando um cone com a base para cima, subdividido em diversos giros e valas

<sup>5</sup> Não desconsiderando o Direito Processual Penal, que enquanto instrumento de passagem, na metáfora, poderia ser reputado o barco que rompe as águas do Aqueronte

materialidade de um fato adequado à imagem reitora, porém imputável ao colegiado de determinada pessoa jurídica

A *vexata quaestio* que motiva o presente esforço repousa, em síntese, na resposta à indagação acerca da possibilidade de se admitir, metaforicamente, que atravessem os mandatários da pessoa jurídica o portal do Inferno, rumo ao barqueiro Caronte, sem se perquirir acerca da conduta individualizada que legitima a *persecutio criminis*

Acerca de tal tema, diversos doutrinadores e juristas pátrios contribuíram, porém, resta claramente evidenciada, ante a oscilação pendular das decisões junto aos casos concretos, a dificuldade do intérprete em conciliar seu convencimento com a estruturação do sistema constitucional-penal<sup>6</sup>

As garantias constitucionais modernas, primando pela dignidade da pessoa submetida ao processo criminal, dentre as quais o princípio *nullum crimen sine culpa*, se afiguram ao lado da inquestionável necessidade de repressão pelo Estado, dos crimes societários, quando na exploração das atividades a que se destina a pessoa jurídica.

Admitir-se imputação criminal a todos os sócios e administradores, sem se questionar acerca da conduta que concretamente a legitima, resta dissociada das garantias constitucionais do indivíduo e, de outro lado, exigir uma maior profundidade nas investigações preparatórias poderia gerar a impunidade, inviabilizando o exercício do direito de ação.

Neste ponto, surge pois a necessidade de escolha, onde caberá ao intérprete da norma positivada, em nome da harmonia de todo sistema repressivo penal, posicionar-se, ciente dos efeitos concretos derivados, ou supostamente romper com a estrutura do sistema para alçar novas soluções a fatos advindos da dinâmica econômico-social, não contemplados pelo modelo antevisto

---

<sup>6</sup> ELA WIECKO V DE CASTILHO O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional p 272 “A análise das decisões proferidas pelos tribunais mostra que, instado a examinar a falta de justa causa ou inépcia da denúncia (em geral, descrição deficiente em crimes societários), o Judiciário trancou inquérito policial ou ação penal, seja total, seja parcialmente, em 38 casos, e determinou o prosseguimento em 87 outros ”

A relativização de garantias constitucionais, admitindo um Direito Penal não condizente com o fato, vindo a extrair sua legitimidade da psique do agente, atinge um *status* alarmante, onde a hipertrofia do aparelho estatal de controle, criminalizando quaisquer condutas, é cotidianamente insuflada pelo legislador, numa verdadeira inflação de normas punitivas

Surgem cada vez mais crimes de perigo abstrato, punindo como assevera MOCIA, não o imediato risco de lesão ao bem jurídico, mas o imaginário *“astraendo quindi, da una rivelazione delle conseguenze dannose o pericolose, per l’incriminazione di schemi dei comportamento, che l’esperienza segnala come atti ad incidere negativamente sugli interessi che si intendono tutelare ”*<sup>7</sup>

Fala-se de uma tutela penal voltada à supraindividualidade, tal como nas relações de consumo, onde o bem jurídico, em suma, seria condizente com a simples lisura destas relações, a ser inserido na estruturação hierarquizada dos demais (vida, integridade física, liberdade . ) embora com *status* de autonomia.

Por certo o direito experimenta estágios de incessante e perene evolução, que jamais podem ser desconsiderados, quando mais partindo da premissa filosófica que o fato sempre precederá a norma. No entanto, resta ao aplicador a árdua tarefa de axiologicamente efetivar o juízo de adequação entre as novidades que buscam ingresso e as bases do sistema operante, permitindo ou negando-lhes passagem.

Cumpra notar neste ponto os malefícios do processo penal à pessoa do imputado, reconhecidamente através de acentuada restrição à sua liberdade ambulatoria, sem olvidar da suspeita no meio social, enquanto pena que se aplica antes mesmo do trânsito em julgado de eventual condenação

Sejam outrossim observados os inegáveis efeitos da simples imputação, tal como no caso da família MCMARTIN, educadores acusados de pedofilia nos Estados Unidos, ano de 1983, tendo como supostas vítimas crianças que freqüentavam sua escola, que perderam todo o seu patrimônio, assim como tiveram

---

<sup>7</sup> MOCCIA, Sergio La Perenne Emergenza Tendenze autoritarie nel sistema penale p 11

vilipendiada sua honra objetiva, mesmo antes do final decreto, *in casu* absolutório.

Desenvolve-se no texto, a refutação à possibilidade teórica de que possa a pessoa jurídica figurar como sujeito ativo da infração penal<sup>7</sup>, buscando-se demonstrar da impropriedade e inconstitucionalidade da nova Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) com a reafirmação do brocardo *societas non delinquere potest*, visto se a tratar de ficção criada pelo homem e, destarte, incapaz sequer de ação.

Ademais, se refuta a responsabilidade penal da pessoa jurídica, ora estabelecendo a correta hermenêutica constitucional acerca do tema, ora demonstrando a manifesta incompatibilidade com as normas de direito penal e processual penal vigentes.

Problematizando tal tópico do tema de pesquisa, cumpre buscar a correta hermenêutica do art. 173, § 5º., da Constituição Federal, inserida por TIEDMANN no contexto de normas que determinaram a entrada em vigor de “una verdadera responsabilidad de las personas morales con el Nuevo Código Penal francés a partir del 1.3.94, [...] o citar la Recomendación 18 del Consejo de Europa de 1988 y el mandato al legislador de la Constitución Federal de Brasil del mismo año (art. 173, § 5º).”<sup>8</sup> Autores sustentam o comando constitucional à incriminação da pessoa jurídica enquanto sujeito ativo, ao passo que, a grande maioria dos estudiosos de direito penal não perfilha tal tese.

Trabalha-se na demonstração de que todo o sistema penal foi erigido sob o paradigma do indivíduo, da pessoa física, não detendo quaisquer instrumentos normativos válidos à aplicação sob a pessoa jurídica.<sup>9</sup> Tanto no direito substantivo

---

<sup>7</sup> O que não serviria como solução ao problema suscitado, tendo em vista a independência das responsabilidades, consoante hermenêutica do art 173, § 5º da Magna Carta

<sup>8</sup> TIEDEMANN, Klaus Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado Apud Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e Medidas Provisórias de Direito Penal p 25

<sup>9</sup> ASUA, Luis Jimenez Códigos Penais Iberoamericanos p 346

quanto no âmbito processual penal Tal construção importaria em ruptura do sistema dogmático.

Doutrinadores mais afeitos a outros ramos, tal como o Direito do Consumidor, o Direito Econômico, ou mesmo o Financeiro, propuseram a formação de um microsistema, regido por regras próprias, apenas extraindo seu substrato de validade da Constituição Federal

Afim de que se possa avaliar da existência de um ramo autônomo do direito, no entanto, cumpre verificar se ele é diretamente dependente de normas substantivas de outro ramo, a ponto de que as suas apenas seriam aplicáveis quando inseridas neste sistema.

Respondendo-se afirmativamente a tal assertiva, tem-se não um ramo mas um sub-ramo de outro existente. Assim, tenciona-se demonstrar que a Lei de Crimes Ambientais, no tocante às suas normas incriminadoras, não detém qualquer efetividade se dissociada da Parte Geral do Código Penal, não podendo em tese conter normas que a contradigam ou que não se acomodem, repise-se, às engrenagens e diretrizes desta

Analisando o tema à luz do direito comparado, destaca-se a flagrante influência do novo Código Penal Francês de 01 03.1994, no tocante à incriminação de condutas diretamente provenientes de pessoas morais. No entanto, sem desconsiderar a Lei de Adaptação editada para buscar disciplinar a matéria, impondo normas autônomas no âmbito processual e de direito material, buscar-se-á a demonstração da completa desnecessidade da cindir o sistema positivo até então vigente, se observadas as regras de direito penal mínimo, produto de árduas lutas e embates travados no curso de sua evolução

Avança a obra tratando então da responsabilidade penal dos mandatários e administradores, uma vez refutada a do ente colegiado Neste tópico de análise busca-se trazer o conceito de crimes colegiais em RENDE<sup>11</sup>, bem como o

---

<sup>11</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro Direito Penal Econômico p 150

pensamento de GRISPIGNI<sup>12</sup>, ambos pautados na concepção de uma espécie de crime com responsabilidade penal objetiva de todos os integrantes do colegiado.

No entanto, não olvidando da responsabilidade subjetiva, pautada no fato concreto que legitima a persecução penal, a simplicidade deste raciocínio merece direta refutação, ao passo que a experiência da à frente das sociedades comerciais impõe a certeza de que a maioria das decisões não são tomadas através da reunião do colégio de sócios ou acionistas, mas por um ou alguns deles, dissociados dos demais.

Acresça-se à receita a atual estruturação positiva do Inquérito Policial, décadas atrasado e merecedor de revisão legislativa, e o resultado obtido é aterrador: a presunção da prática da infração penal largamente difundida entre os operadores do direito, através de uma imputação genérica, mascarando a responsabilidade objetiva de todos aqueles que integram a sociedade, no momento em que se deduz da pretensão punitiva estatal.

Asseverar simplesmente que o Brasil é um país de terceiro mundo, não possui recursos financeiros equivalentes ao do *Federal Bureau of Investigation* norte-americano, não parece suficiente para elidir a garantia constitucional que se traduz no exercício regular do direito de ser sócio ou administrar a pessoa jurídica. Aliás, fomentada constitucionalmente como meio de produção e capaz de, ao menos, mitigar as diferenças sociais pelo trabalho.

Evitando adentrar discussão ideológica, dissociada do mister dogmático do presente esforço de pesquisa, resta no entanto lembrar da importância dos estudos criminológicos de uma sociedade criminógena, a partir da concepção de classes sociais em MERKEL e dos fascismos sociais em BOAVENTURA SOUZA SANTOS

Destarte, por constituição a pessoa jurídica destina-se a fins lícitos, reconhecidos constitucionalmente que se prestam inclusive a combater as causas da criminalidade e das condutas socialmente desviantes, conforme os estudos

---

<sup>12</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro Idem, *ibidem*

supracitados. Balizadores teóricos voltados a explicitar e lembrar a importância das normas constitucionais acerca do tema devem pois ser construídos, servindo como indicadores objetivos ao aplicador da lei no momento em que venha a ser instado a decidir sobre a dignidade humana

A cada dia o intérprete é chamado a refutar velhos mas sempre presentes fantasmas, como o da intolerância, da aceitação tácita do constrangimento ilegal e, muitas vezes, as presunções facilitadoras que desprezam a necessidade de fundamentação concreta.

Não se admitindo o recurso à presunção, parece uma questão de tempo tal raciocínio justifique a rejeição da denúncia em se tratando dos delitos societários, quando não seja possível inferir do texto da vestibular acusatória, seja a descrição mínima da conduta praticada pelo denunciado, seja a plausibilidade da existência de um direito de punir

Neste ponto, ressalta-se a necessidade de se depurar o sentido e alcance da decisão que rejeita a vestibular acusatória, dando efetividade à garantia constitucional que veda ao Estado impor constrangimento ilegal à liberdade ambulatoria de seus jurisdicionados (justa causa). O processo penal não se presta a servir de experimento a mercê de influências políticas e econômicas, gerando insegurança jurídica

## Capítulo I

### A delimitação do conceito de autor

O concurso de pessoas nos denominados crimes multitudinários tem como ponto obrigatório de passagem os esforços para a construção de um conceito de autor, enquanto campo extremamente debatido na doutrina penal, permitindo a estruturação de teorias conflitantes e mesmo equivocadas quanto ao método utilizado.

Conforme bem assevera ROXIN<sup>13</sup>, os pontos de partida metodológicos podem ser resumidos em três distintas vertentes

Destarte, a primeira concepção ou método é notadamente o das teorias causais da autoria, inspirado pelo positivismo naturalista e sua ótica mecânico-causal da realidade. O caminho para se estabelecer um conceito de autor se afigurava condizente com a simples concepção de causa e efeito, trazendo como pressuposto o princípio da equivalência de todas as condições que interagem a gerar ocorrência do resultado. Assim, chega-se a afirmar que a doutrina da causalidade é a chave para se resolver o problema do concurso

Seguindo destarte os passos de uma concepção unitária de autor, cumpre reavivar a indagação trazida por KIENAPFEL, criticando os “cristais conceituais dogmáticamente talhados”<sup>14</sup> que permitiriam separação conceitual entre autor e partícipes: “É acaso necessário contar com estes cristais conceituais dogmáticos para avaliar o ilícito e a culpabilidade de cada concorrente, a fim de medir a justa pena para cada um deles?”<sup>15</sup>

Responde negativamente e propõe outrossim um desarme dogmático em favor de uma melhor elaboração doutrinária a justificar uma correta fixação da

---

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. *Taterschaft und Tatherrschaft* p. 24

<sup>14</sup> MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal parte general* p. 27

<sup>15</sup> MAURACH, Reinhart. *Idem, ibidem*

reprimenda, lembrando que no direito penal alemão, por determinação legal expressa, o indutor é sancionado com pena igual a do autor, enquanto o cúmplice tem em seu favor a minorante legal inserida no § 49 do BGH<sup>16</sup>.

A existência de distinção contida na norma positiva não afetou a concepção de cunho causalista, chegando HEIMBERGER a afirmar que o legislador penal não podia obrigá-lo a distinguir autor e partícipe, onde faltava capacidade para tanto.

Equiparando as diversas formas de colaboração causal ante a equivalência, surge, outrossim, uma concepção subjetiva para a participação, onde apenas através da vontade de co-autor e de cúmplice era possível distinguir estas categorias no concurso de pessoas.

O discurso causal puro aparece hoje totalmente fora de discussão<sup>17</sup>, visto que há muito sofria fortes críticas, principalmente no tocante aos crimes denominados ‘de mão própria’ onde o *extraneus* que efetivasse aporte causal à ocorrência do resultado típico deveria igualmente ser tido como autor, acarretando tal sistema a uma exagerada extensão punitiva

Neste sentido é o entendimento esposado por MAURACH, que tece críticas ao asseverar que “Ambas as formas de solução da unidade de autor conduziriam a uma considerável extensão da punibilidade. Por um lado, também o partícipe estaria submetido a plena punibilidade do autor, o que materialmente não se justifica.”<sup>18</sup>

Oportunamente acerca do conceito unitário de autor será desenvolvida a análise do direito positivo vigente no Brasil, segundo critérios próprios que não coadunam com a concepção causalista pura, sob o primado da teoria final da ação .

O segundo paradigma metodológico de obrigatória referência se traduz nas teorias teleológicas da autoria

---

<sup>16</sup> MAURACH, Reinhart Idem, *ibidem*

<sup>17</sup> ROXIN, Claus op cit p 25

<sup>18</sup> MAURACH, Reinhart op cit p 289

A partir de 1920, surgem as concepções ditadas na separação entre as ciências culturais e sociais, com a notável influência da escola neokantiana, distinguindo o plano do ser e o dos fenômenos culturais lastreados nas modificações da realidade por parte do espírito humano<sup>19</sup> Tal incontestável separação entre tais ciências fez MAYER afirmar que “[ ] o que para a consideração causal é igual, pode ser distinto para a teleológica; o que só tem um sentido para as ciências naturais pode ter vários para as ciências naturais”<sup>20</sup>

O primeiro autor a buscar desenvolver a concepção teleológica enquanto método de partida para separação entre autoria e participação foi SCHIMIDT, em sua monografia denominada “*A autoria mediata*”<sup>21</sup> Autor seria aquele que leva a cabo a lesão ou ameaça de lesão a um bem, um valor juridicamente protegido, sendo indiferente que execute por si próprio ou por intermédio de terceiro a conduta descrita no tipo objetivo.

Denomina-se pois tal conceito como extensivo de autor, que sem recurso ao método causal, igualmente o equipara ao do partícipe, na forma de induzimento ou cumplicidade, reconduzindo a solução do problema a um conceito unitário de autor, segundo nova base metodológica

A grande crítica ao conceito extensivo de autor repousa no princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ao passo que qualquer lesão ao bem jurídico determinaria fosse o agente reputado autor de prática delituosa, desconsiderando a função garantidora do tipo

Relembrando que o Código Penal da República Federal Alemã já trazia apriorística distinção entre autor e cúmplice, no tocante ao *quantum* de pena, recorre SCHIMIDT ao critério subjetivo do dolo para traçar a distinção entre estes, desconsiderando o aporte causal de cada um. Desta feita, se a pessoa quer o fato

---

<sup>19</sup> ROXIN, Claus op cit p 27

<sup>20</sup> ROXIN, Claus Idem, ibidem

<sup>21</sup> ROXIN, Claus Idem p 28

“como próprio”<sup>22</sup>, deverá sempre ser reputada autor. Ao contrário, se quer colaborar com terceiro, deverá ser considerada cúmplice ou indutor.

Além da crítica pautada no princípio da legalidade, aplicado ao tipo penal, cumpre observar a demasiada extensão da punibilidade no tocante ao cúmplice, quando utilizado tal método. Veja-se o exemplo de WELZEL<sup>23</sup> ao lembrar que “quem compra uma arma assassina para um sujeito decidido a cometer tal delito, deveria responder como autor da tentativa de homicídio, ainda quando o fato não seja executado, e tanto aquele que deveria ter disparado, quem não abandonou o estágio da preparação, seguiria sendo impune; para o cúmplice, a compra do meio delitivo constitui um começo de execução, não assim para o autor principal”

Outros exemplos vêm citados por ROXIN, sendo de grande valia para demonstrar a falha da concepção extensiva de autor, especialmente no tocante à teoria subjetiva da participação, quando assevera: “Se A determina ao enfermo mental B a ter conjunção carnal com sua irmã (de B), A é autor mediato do crime de incesto<sup>24</sup>. Também os pais do assassino, segundo SCHIMIDT, ao engendrar-lo, realizaram o tipo de assassinato do § 211 StGB, pois desde logo determinaram a lesão ao bem jurídico.”<sup>25</sup>

Seguidor do método teleológico, porém com resultados diametralmente distintos, se encontra BELING, quando da dedução da prestigiada teoria formal-objetiva da autoria, objeto de apreciação em tópico infra

Analisando o pensamento destes autores, o ordenamento jurídico traria suas raízes arraigadas no próprio povo, razão pela qual as valorações traduzidas em normas não foram simplesmente invenção do direito, mas a observação de fenômenos preexistentes a ele. Neste sentido WELZEL, sob forte inspiração de HARTMANN, assevera que os conceitos jurídicos não são “configurações

---

<sup>22</sup> MAURACH, Reinhart op cit p 298

<sup>23</sup> MAURACH, Reinhart Idem p 300

<sup>24</sup> O direito penal brasileiro não traz a figura típica do incesto, lembrando a separação entre a moral e o direito, conforme o paradigma garantidor do tipo penal

<sup>25</sup> ROXIN, Claus op cit p 29

metodológicas de um material amorfo, senão descrições de um ser configurado onticamente”.<sup>26</sup>

Destarte, restaria impossível se estabelecer um conceito de autor sem que este estivesse diretamente concatenado com o fim da norma, e o direito positivo teria o papel de unicamente captá-los no meio social, repise-se, dada à observação e valoração de fenômenos preexistentes. Neste sentido, manifesta-se também BELING, afirmando que “ .o método correto é aquele que concebe os conceitos como conceitos funcionais no sentido do fim do legislador. Sem estes, nunca se poderia superar a falta de clareza entre os pretendidos conteúdos de conceitos e a névoa que os envolve ”<sup>27</sup>

Relevante contribuição ao pensamento ontológico derivou de WELZEL, quando da edição de seus “Estudos sobre o sistema do direito penal”, afirmando que o autor detém o domínio final da execução da conduta descrita no tipo objetivo, enquanto o partícipe apenas sobre o auxílio material ou moral que presta à sua realização (aporte moral ou material em um fato alheio). Conclui, conforme a estrutura de pensamento ontológico, que o domínio do fato apenas é dado ao autor.

ROXIN cita interessante exemplo trazido por HARDWIG, onde o marido e a mulher trabalham em um jardim, a fim de explicar a distinção entre autor e partícipe, afirmando que:

Se o jardim serve de recreio e descontração de ambos, os dois esposos trabalham juntos, isto é, em certa medida são co-autores. Porém, se o marido é uma pessoa aficionadíssima por jardinagem, ainda que sua mulher se preocupe muito pouco com jardinagem, então a mulher se limita a ajudar o marido, assim, pois, o marido é autor e a mulher cúmplice. Se o marido é agricultor e é parte das tarefas da mulher se ocupar com o jardim, então o marido se limita a ajudar o trabalho de sua mulher”, deste modo, aqui a mulher seria autor e o marido “partícipe”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> ROXIN, Claus op cit p 32

<sup>27</sup> ROXIN, Claus Idem p 33

<sup>28</sup> ROXIN, Claus Idem p 36

A grande crítica efetivada ao pensamento ontológico do concurso de pessoas, reside no fato de que não se afigura evidente que o finalismo seja a “chave” para aclarar as formas de participação, mesmo porque se a finalidade for igual ao dolo, este também detém o partícipe, seja na forma de auxílio moral (induzimento ou instigação) ou cumplicidade. A realização do tipo e a forma como tal se efetiva é que permitiriam a separação buscada, não a vontade dos agentes, que pode estar orientada ao mesmo fim

## **Seção I - As Teorias Objetivas**

Objetivas são as teorias que buscam definir o concurso de pessoas a partir do plano concreto, ou seja, da conduta ou dos atos praticados, com preponderância do aspecto mecânico-causal, mas regidos pela vontade.

### **§ 1º. Teoria Formal Objetiva**

Tal teoria repousa suas diretrizes fundamentais no tipo objetivo, ao passo que separa a figura do autor da do partícipe levando em conta única e exclusivamente a sua realização no plano concreto. Destarte, reputam-se autores aqueles que concretizam a “imagem reitora” praticando os atos contidos no núcleo do tipo, condizente com o verbo que exprime a ação

Conforme bem assevera JESCHECK<sup>29</sup>, a teoria “se atém estritamente ao teor literal das descrições da ação nos tipos e, prescindindo da importância de sua contribuição efetiva no marco da totalidade do sucesso, considera autor todo aquele

---

<sup>29</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte Generale. p. 590

cujo comportamento entre no círculo que o tipo pretende abarcar e, ao invés, qualquer outro aporte causal ao fato somente pode ser participação”.

A simplicidade da separação aparentemente facilita a tarefa do aplicador do direito quando se depara com uma concepção restritiva de autor, de fundo notadamente causalista.

Cumprir observar que esta teoria repousa suas raízes em FEUERBACH, ao passo que:

imersa na consideração tradicional do delito como acontecer puramente causal, se encontrava obrigada a seguir o espinhoso caminho de intentar uma diferenciação entre autoria e cumplicidade também no campo da efetivação. A autoria se encontrava na criação da causa, e a cumplicidade na criação de condições que somente favoreciam o fato. A delimitação entre efetivação e promoção, entre execução (§ 25, inc 1º) e cumplicidade (§ 27) se realizava no âmbito da tipicidade.<sup>30</sup>

Dentre os partidários da teoria formal-objetiva, destacam-se dentre outros BIRKMEYER, que se valeu desta denominação, BELING, MAYER, LISZT, WEGNER, ZIMMERL, HEGLER, ROSENFELD, GRAF ZU DOHNA.<sup>31</sup>

Surgindo inúmeras críticas, as principais repousam sobre a incapacidade explicar a denominada autoria mediata, onde o verdadeiro autor se vale de alguém não culpável, e g, a fim de que este, enquanto instrumento, execute por si a ação descrita no tipo objetivo. Inexistindo a prática de atos de execução pelo autor mediato, este seria um mero partícipe

Também MAURACH<sup>32</sup> traz exemplos voltados a demonstrar a impropriedade do recurso exclusivo à prática de atos do tipo, a explicar a separação entre autor e partícipe, limitando demasiadamente a figura do co-autor. Veja-se o chefe de uma quadrilha ou bando, que tendo mentalizado todo o plano delituoso, reunido os membros para a execução do assalto, bem como fornecido os meios materiais para tanto, dirige à distância os atos de execução perpetrados pelos

---

<sup>30</sup> MAURACH, Reinhart op cit p 311

<sup>31</sup> ROXIN, Claus op cit p 54

<sup>32</sup> MAURACH, Reinhart op cit p 311

demais. Tal seria considerado mero indutor, concebido como aquele que simplesmente auxiliou a atuação dos executores diretos

ROXIN, em sua obra, arremata as críticas ao analisar o disposto no § 47 do StGb, asseverando que

Quando o § 47 StGb exige para a co-autoria que “vários executem conjuntamente uma ação punível, em nenhum caso está querendo dizer que cada um tenha que executar o tipo por inteiro, pois neste caso cada um seria de todos os modos autor segundo a teoria objetivo-formal, e resultaria supérfluo um preceito regulador da co-autoria. Porém tampouco há argumento que explique com clareza por que só vai haver “execução em comum” quando cada um dos intervenientes realizou um elemento do tipo [ ] Assim, não pode haver valorado o legislador. Mas bem é evidente que quis justo o contrário do que faz a doutrina objetivo-formal não contemplar isoladamente os aportes ao fato dos intervenientes individuais, senão como uma unidade, captando como (o) autores a cada um dos que atuam conjuntamente”<sup>33</sup>

## § 2º - AS TEORIAS MATERIAIS OBJETIVAS

Abarcadas pela concepção causal como substrato, as teorias objetivo-materiais não extraem exclusivamente do tipo objetivo a diferenciação entre autor e partícipe, assentando suas raízes em construções próprias e de apelo à teoria da linguagem.

### A - Necessidade do Aporte Causal

A imprescindibilidade do aporte causal, muito mais do que a prática de atos do tipo objetivo é o que determina quem deverá ser reputado autor. Tal

---

<sup>33</sup> ROXIN, Claus op cit p 56

assertiva traduz a denominada teoria da necessidade, equiparando ao (co-)autor todo aquele que contribui de forma *sine qua non* para a concretização fato, mesmo que não o faça pessoalmente.

Denominada teoria do cúmplice principal traz suas raízes no século XIX, especialmente na obra de FEUERBACH, onde este se traduz no aporte causal voltado a remover os obstáculos para que outros executem a conduta delituosa

Assim se manifesta BENER<sup>34</sup>, citado por ROXIN, afirmando que “Cúmplice principal chama a doutrina aquele cúmplice que aporta um auxílio sem o qual, como ele sabe, o delito não seria possível executar; pode-se chamá-lo de co-autor”.

Tal teoria, dissociada da praticidade que reclamam os aplicadores do direito, restou quase totalmente olvidada, sendo desconsiderado o paradigma causal como merecedor de acerto, enquanto ponto de partida metodológico. Ademais, o recurso a um terceiro observador, que valora o aporte da conduta como decisivo para a efetividade da prática, é critério sobremaneira duvidoso, ao passo que inexistente o “*homo medius*”, enquanto um verdadeiro fantasma a julgar fatos ocorridos no mundo dos seres humanos reais.

Ponto importante trazido pela concepção do aporte indispensável condiz com a constatação de que é o primeiro passo em dirigido à teoria do domínio do fato, que reputa que o autor detém em suas mãos “[.] o curso do acontecer típico”.<sup>35</sup>

Outras críticas são erigidas à teoria da necessidade, principalmente por não permitir qualquer distinção entre autor ou partícipe, na forma de auxílio moral à prática da conduta. Veja-se neste sentido o exemplo apontado por ROXIN<sup>36</sup>:

[.] um farmacêutico que se limitou a fornecer o abortivo necessário para o fato, não resulta evidente que tenha que ser co-autor somente por

---

<sup>34</sup> ROXIN, Claus Idem, *ibidem*

<sup>35</sup> ROXIN, Claus Idem p 60

<sup>36</sup> ROXIN, Claus Idem p 61

isto, ainda quando se observe que sem ele não seria possível a execução da conduta, pois a iniciativa e a decisão última e determinante sobre a comissão do delito corresponde ao comprador. Ademais, dificilmente caberá falar de “execução conjunta” requerida pela lei quando o sujeito só intervém na fase de preparação.

## **B - Cooperação Anterior e Simultânea ao Fato**

Seguindo os passos desta teoria, a participação simultânea à prática do ato típico é reputada especial e, outrossim, equiparada à co-autoria.

Eis a teoria da simultaneidade, que remonta a doutrina italiana medieval mas, apenas foi retomada com os estudos de BIRKMEYER<sup>37</sup> quando da proposta de reforma do Código Penal Alemão, a partir de 1908. A teoria da simultaneidade é basilar no direito anglo-americano ao estabelecer as hipóteses do “*principal in first degree*” (que executa de por si a ação típica) “*principal in second degree*” e, finalmente, “*accessory before the fact*”

Na segunda hipótese indicada tem-se o indivíduo que não comete o delito pessoalmente mas, está presente quando da prática dos atos de execução, auxiliando o “*principal in first degree*” quando do seu cometimento. Tal se pode reputar co-autor. Ademais, a última hipótese do concurso condiz notadamente com a participação anterior à prática dos atos de execução, através da instigação, induzimento ou auxílio material a terceiro para que o cometa, assim traduzindo a figura do partícipe.

Conforme se manifesta FUCHS<sup>38</sup>, o domínio da execução estará exclusivamente a cargo do autor, sendo independente da vontade do partícipe a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico

---

<sup>37</sup> ROXIN, Claus Idem, ibidem

<sup>38</sup> ROXIN Claus Idem p 63

Não sendo imune à críticas, a teoria da simultaneidade peca quando não fornece explicação aceitável à autoria mediata, ao passo que aquele que dirige como instrumento fosse a conduta de terceiro, *e g.*, imputável, apenas poderia ser considerado partícipe e jamais autor, quando observado que concorre em momento temporal dissociado da prática dos atos de execução.

Veja-se ademais outro exemplo que demonstra a insuficiência da teoria da simultaneidade, quando avalia a conduta daquele que atrai a vítima a um lugar ermo, com astúcia e aleivosia<sup>39</sup>, e não poderá ser reputado co-autor, ao passo que sua cooperação se encerrou muito antes dos golpes mortais desfechados por outrem, que aguardava escondido seguindo a orientação do primeiro.

### **C - Causalidade Física e Psíquica**

Assenta tal teoria material-objetiva sobre o matiz causal do aporte à ocorrência do fato típico. Quando a lesão ao bem jurídico é decorrência direta e imediata da atuação do indivíduo, tal deverá ser reputado autor. Quando, ao contrário, a atuação do indivíduo produz efeitos apenas facilitando a conduta daquele que promove a lesão, tem-se a figura do partícipe.

Destarte, autores ou co-autores, seriam aqueles que em plano de igualdade aportam uma contribuição causal que realiza por si só a conduta típica e não somente através da conduta de outro. O partícipe, ao invés, detém seu aporte causal subordinado à decisão acerca da prática ou não da conduta pelo autor e, apenas indiretamente contribui com sua realização.

ROXIN destaca, citando outros autores, que tal teoria vai desempenhar papel importante como precursora da teoria do domínio do fato, quando avaliada

---

<sup>39</sup> Aleivosia, conforme bem asseveram as Ordenações Filipinas em seu Livro V, condiz com “a maldade acometida sob mostrança de amizade”

sob o aspecto subjetivo, qual seja, o dolo do agente. seja com a vontade de contribuir, seja com a vontade diretamente dirigida ao fim último perseguido

As críticas que recaem sobre esta teoria seguem as mesmas objeções lançadas ao método causal

Suponha-se que duas pessoas resolvam atear fogo a uma determinada residência, sendo que um deles mormente repassa a outrem o material em chamas para que arremesse contra o alvo prévia e comumente determinado. Separar autoria de participação reputando autor o que arremessa o material e cúmplice aquele que simplesmente repassa, segundo o aporte causal, resta notadamente absurdo, tanto quanto se exigir, a fim de reconhecer co-autoria, que aquele acenda o material igualmente arremesse em direção da casa.<sup>40</sup>

#### **D - Supremacia do Autor**

Ainda sob o paradigma causal, DAHM e SCHIMIDT<sup>41</sup> desenvolvem a separação entre autoria e participação através da idéia de coordenação ou subordinação entre as condições que interagem para a ocorrência do fato.

Caso a conduta seja reputada coordenada, equivalente a dos demais que fazem gerar a lesão ao bem jurídico, ter-se-á co-autoria. Do contrário, se tal cooperação se apresenta subordinada ao aporte causal de outrem, apenas será ele reputado partícipe

Vejam-se, neste sentido as assertivas enunciadas por SCHIMIDT, promovendo a separação

---

<sup>40</sup> ROXIN, Claus op cit p 70

<sup>41</sup> ROXIN, Claus Idem, ibidem

Se dá co-autoria quando, a partir das circunstâncias do caso, tanto no tipo de cooperação, a juízo de um observador externo (objetivamente) como segundo o tipo de formação da resolução a partir do próprio parecer do partícipe (subjetivamente), os aportes ao fato são equivalentes. Cumplicidade se dá quando, a partir das circunstâncias tanto para o observador objetivo como para o próprio partícipe, o aporte ao fato de um se apresenta como limitada ou subordinada.<sup>42</sup>

Tal teoria foi denominada objetivo-popular por DAHM e igualmente cede espaço a pesadas críticas. Inicialmente, o fato de que sua construção é demasiadamente generalista, não servindo a garantir segurança jurídica própria de um instituto de direito penal. No entanto, reputa-se igualmente precursora da teoria do domínio do fato, quando trabalha com concepções de coordenação na prática dos atos de execução, traduzindo nos dizeres de ROXIN “um ponto de partida aproveitável”<sup>43</sup>

## § 2º - As Teorias Subjetivas

Encerrada pois a referência às teorias objetivas, cumpre de igual maneira referir às teorias tidas como subjetivas, que desconsideram o plano físico-causal externo e centram seus esforços em buscar numa concepção extensiva do conceito de autor, partindo do paradigma da equivalência das condições, sem que seja necessária a prática de conduta típica.

---

<sup>42</sup> ROXIN, Claus Idem, *ibidem*

<sup>43</sup> ROXIN, Claus Idem p 71

## A - A Teoria do Dolo

O marco inicial da teoria do dolo remonta o início do século XIX, a partir da distinção apriorística de vontade de autor e vontade de partícipe. Destarte, o partícipe detém subordinada sua vontade a do autor, tendo em vista dele depender a execução do delito, admitindo-se que estará sempre vinculado a uma resolução alheia de cometer ou não o crime, deixando a critério do autor que se produza ou não a consumação.<sup>44</sup>

Dentre seus representantes destaca-se VON BURI, que desenvolveu um raciocínio igualmente pautado na dependência da vontade do partícipe, frente a independência da vontade do autor, chegando a asseverar que “O partícipe quer o resultado somente se o autor o quer, e se o autor não o quer, tampouco ele. A decisão de se o resultado irá se produzir ou não deve, pois, ser deixada a critério do autor”<sup>45</sup>

Na atualidade, perfilha tal concepção BOCKELMANN, apontando para o dolo de autor e co-autor quando o agente não reconhece outra vontade superior a sua.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> ROXIN, Claus Idem p 72

<sup>45</sup> ROXIN, Claus Idem, ibidem

<sup>46</sup> “Assim, conseguiu abarcar distintos pontos de partida das teorias objetivas, significativas e suscetíveis de desenvolvimento, segundo a fórmula, voltada ao subjetivo, do ‘deixar a critério’, sem por em perigo a concreção e praticabilidade das soluções. O que caracteriza ao que executa o fato por si mesmo (teoria objetivo-formal), ao que realiza um aporte imprescindível ao fato (teoria da necessidade), ao que coopera no fato executivo (teoria da simultaneidade) ou realiza uma condição conducente diretamente ao resultado (teoria da causalidade física) o que informa o conteúdo material de todas estas teorias, oculto em outras roupagens formais e causais, é precisamente o que, globalmente considerado, a teoria do dolo resume em fórmula lacônica quando assinala que o autor ‘não reconhece outra vontade superior a sua’, enquanto que o partícipe ‘deixa a critério (do autor) se o fato vai chegar ou não a se consumir’. A figura dominante do autor e o fenômeno – do ser independente – do partícipe encontram aqui uma forma gráfica de expressão” (ROXIN, Claus op cit p 74)

## B - Teoria do Interesse

Retirando seus fundamentos de validade da teoria do dolo, trabalha esta concepção com a idéia do interesse próprio ou alheio, sendo o primeiro marco determinante da autoria e, o segundo, da participação.

Destarte, sob o plano objetivo nenhuma distinção existe entre o aporte causal do co-autor e do cúmplice, apenas sob o ponto de vista subjetivo, quando o primeiro quer o fato comum como próprio e, o segundo, quer o fato em que colabora como alheio. Tal concepção reputa que mesmo aquele que realiza por si o fato típico pode ser reputado cúmplice, quando não o queira como próprio. Inversamente, a pessoa que apenas induz outrem a prática delituosa poderá ser reputado co-autor, sempre que queira como próprio o resultado da conduta.

Na praxe, restou demonstrado que esse subjetivismo não combina com a função garantidora e de limitação do poder estatal, voltada a evitar o arbítrio das decisões judiciais. Ademais, querer o fato como próprio ou como alheio igualmente é critério sobremaneira vago.

Quanto à questão da autoria mediata, nenhum impeditivo surge quanto ao seu reconhecimento, ao passo que trabalha com a idéia de que presente estará o aporte causal e, do ponto de vista subjetivo, dê que não se subsuma a hipótese na cumplicidade ou na instigação, autor será quem se vale de terceiro para a prática da conduta típica que o interessa

Tal formulação encontrou respaldo jurisprudencial na então República Federal Alemã, conforme assevera ROXIN, citando trecho de decisão datada de 25 de junho de 1954, em que restou assentado que “É possível valorar o interesse no fato como indício de se quis o fato como próprio ou só quis favorecer um fato alheio”.

Trata-se de uma “*longa manus*” da teoria do dolo, buscando concretizar o elemento da subordinação da vontade. A importância dos motivos que permeiam a

realização da conduta típica, na verdade, tal como no sistema penal brasileiro, detém relevância apenas quando da fixação da pena, não servindo como critério diferenciador da autoria ou da participação.<sup>47</sup>

### § 3º - Teoria do Domínio do Fato

O termo domínio do fato remonta os trabalhos de HEGLER, referindo-se a tal para afirmar os requisitos da culpabilidade, totalmente dissociados da dinâmica da delimitação do conceito de autor. Destarte, domina o fato a pessoa reputada reprovável, tendo em vista não agir sob o domínio dos vícios da vontade que podem lhe servir de excusas exculpatórias.

Tal apenas vem deduzido na obra de LOBE, que em sua crítica à concepção subjetiva, assevera que “O essencial para a autoria não é ... só a existência de uma vontade com o conteúdo de cometer o fato como próprio senão que a realização dessa vontade deve ter lugar de maneira que o fato se execute sob o seu domínio, que a vontade também domine e dirija a execução tendente a sua realização”<sup>48</sup>

Prossegue mais adiante, ora referindo-se à participação, quando aduz que “[...] falta domínio da ação executiva, encaminhada a realizar o resultado, sendo que esta ação é mais bem desencadeada e dominada pela vontade de outro.”<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> [ ] quando, por exemplo, alguém realizou um aborto, com segurança é importantíssimo para determinar a pena se o fez em interesse próprio ou alheio, mediante paga ou por compaixão, porém para a realização do tipo e se estabelecer a autoria é irrelevante. Se por ele se pretendia considerar somente como partícipe o assassino mercenário que já recebeu sua paga e por isso ao executar o fato atua só em interesse de quem o contratou, a teoria do interesse operaria na realidade – para dizer-lo na sarcástica expressão de DAHM – como ‘teoria da salvação do fascínora (ROXIN, Claus op cit p 77)

<sup>48</sup> ROXIN, Claus op cit p 86

<sup>49</sup> ROXIN, Claus Idem, ibidem

No entanto, a efetiva contribuição para as bases da teoria em deslinde, vem com a obra de WELZEL, quando assinala como senhor do fato aquele que detém o efetivo domínio da execução (aspecto objetivo) conciliado com a vontade dirigida ao fim típico que persegue (aspecto subjetivo) com insubordinada vontade. Notadamente neste aspecto surge a idéia de que na co-autoria “a execução, distribuída entre várias pessoas, de atos parciais, inter-relacionados finalmente, de uma resolução de atuar conjuntamente sustentada por todos.”<sup>50</sup>

Concluindo, assevera o supracitado autor quanto à co-autoria que “[. .] a resolução e a execução do fato a sustentam todos, a distribuição dos aportes ao fato entre os distintos sujeitos decididos a cometer-lo é uma mera questão de funcionalidade, o fato, globalmente, é o feito de todos juntos.”<sup>51</sup>

Conveniente destarte buscar a separação entre a teoria do dolo, de matiz notadamente subjetivo e a teoria do domínio do fato, que nela se inspira. O ponto de partida de WELZEL, no entanto, não está fundado apenas na vontade, tal como na teoria do dolo, mas ao contrário, na vontade dirigindo o caminho causal trilhado na prática de atos de execução para que se atinja o fim típico

Quanto à separação entre autores e partícipes, a predominância deste aspecto objetivo resulta quase intuitiva na obra de WELZEL, quando da análise da autoria mediata. Isto porque rechaça a figura do “autor detrás do autor” apontando para este como mero indutor, ou seja, que mormente auxilia a prática, salvo quando dolosamente vier a provocar o erro em outrem, seja este de tipo ou de proibição

Neste ponto, no entanto, diverge MAURACH, admitindo inclusive uma co-autoria intelectual e asseverando que “é possível dizer que se pode reconhecer o domínio do fato a todo aquele que pode inibir, deixar correr ou bem interromper a realização do resultado completo.”<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> ROXIN, Claus Idem p 88

<sup>51</sup> ROXIN, Claus Idem, *ibidem*

<sup>52</sup> MAURACH, Reinhart op cit p 316

Tal pode claramente se observar mesmo em alguém que não pratica os atos de execução, mas à distância os domina, conforme assevera textualmente. “Portanto co-autor é aquele que, sem por as mãos na obra, supervisiona o curso do ato, dirigindo-o, indutor, aquele cujo aporte ao fato chega apenas a determinar a comete-lo alguém ainda não decidido, cúmplice, aquele cuja cooperação se limita a reforçar o que está decidido a cometer o fato mas em ambos os casos ‘deixam em suas mãos’.”<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> MAURACH, Reinhart Idem p 517 – O chefe da quadrilha ou bando é co-autor desde que dirija os demais na prática dos atos de execução

## **Capítulo II**

### **O Concurso de Pessoas no Direito Brasileiro**

Intimamente influenciado pelo pensamento continental europeu, o direito positivo brasileiro experimentou uma gradativa evolução no tocante à disciplina do concurso de pessoas, iniciando pela ânsia casuísta a querer antecipar abstratamente as condutas no meio social, até a renúncia as distinções conceituais, pautada no paradigma da causalidade e da equivalência do aporte causal dos concorrentes

Destarte, apresenta-se a seguir e de forma sintética, os antecedentes históricos da atual disciplina normativa do concurso de pessoas, tal como prevista nos artigos 29 e 30, ambos do Código Penal

#### **Seção I – Antecedentes Históricos**

Destaca-se nesta seção, um breve retrospecto no tocante à disciplina do concurso de pessoas, segundo a evolução dos diplomas brasileiros a tratar do tema. Iniciando-se nos idos do Império, e seguindo até atual Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que determinou a Reforma do Parte Geral do Código de 1940, bem como positivou a concepção finalista da ação no concurso de pessoas (Código Penal, art. 29)

#### **§ 1º - O Código Criminal do Império**

O Código Criminal do Império, em seu primeiro Capítulo, buscou conceituar expressamente autor e cúmplice, no entanto, sem nenhuma precisão

técnica, com diversas formas equiparadas e sobremaneira duvidosas no tocante à subsunção ao plano fático. O artigo 4º, do citado diploma legal trazia outrossim uma amplitude demasiada, nos moldes de uma concepção de fundo causalista, reputando autores aqueles que cometessem, constrangessem ou mandassem cometer crimes<sup>54</sup>

A confusão provocada pelo afã conceitualista prosseguia quando o Código buscava estabelecer um válido conceito de cúmplice, fazendo-o em demasia extenso, a fim de abranger qualquer contribuição causal dentro do arquétipo proposto, utilizando-se para tanto de dois dispositivos e parágrafos:

Art 5º São criminosos, como cúmplices, todos os mais que diretamente concorrerem para commetter crimes

Art 6º Serão também considerados cúmplices

§ 1º Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o forão ou devendo sabê-lo em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as receberão ou comprarão

§ 2º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos ou roubadores, tendo conhecimento de que commettem ou pretendem commetter taes crimes

A descrição dada pelo Código Criminal do Império, no tocante à cumplicidade, conforme se observa da simples leitura do artigo 5º do citado diploma não era senão exemplificativa, voltada a qualquer aporte causal de indivíduo não reputado autor pelo artigo precedente. No entanto, trazia condutas notadamente autônomas mas equiparadas à cumplicidade num prolongamento do crime precedente, tais como receber, ocultar e comprar coisas produto de crime<sup>55</sup>,

---

<sup>54</sup> Art 4º “São criminosos, como autores, os que commetterem, constrangerem ou mandarem commetter crimes ”

<sup>55</sup> Vide a atual redação dada ao crime de receptação, art 180 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n 9 426, de 24 de dezembro de 1996, especialmente a receptação qualificada (§ 1º) dispositivo reputado inconstitucional por ferir o princípio da proporcionalidade, quando fixa pena de 03 (três) a 8 (oito) anos de reclusão para a prática com dolo eventual, quando a pena do “caput”, de 01 (um) a 4 (quatro) anos se refere ao dolo direto

ou ainda dar asilo a criminosos<sup>56</sup>

Traço característico do *ancien regime* era o da separação das penas para autores e cúmplices, seguindo uma concepção dualista para o concurso, com a mitigação das penas na cumplicidade, esta equiparada à tentativa para tal fim.<sup>57</sup>

Finalmente, consigna-se que nesta fase primária da dogmática penal brasileira já havia preocupação do legislador quanto ao agravamento da pena imposta no concurso de pessoas, tal como se observa no § 17, do art. 16 do citado diploma ao estabelecer enquanto circunstância agravante “ter precedido ajuste entre dous ou mais indivíduos para o fim de commetter-se o crime ”

## § 2º - O Código de 1890

No dia 11 de outubro de 1890, um menos de um ano após a proclamação da República, o sistema penal fora novamente alterado, com o advento do Decreto n. 847, trazendo em seu bojo o segundo Código Penal pátrio.

A concepção dualista até então vigente, no sentido da separação conceitual no tocante a autores e cúmplices fora mantida e, ampliados inclusive os efeitos negativos de uma definição casuística e pouco técnica destas duas categorias. Seriam reputados autores aqueles que<sup>58</sup>: a) diretamente resolvessem e executassem

---

<sup>56</sup> vide o atual tipo incriminador do favorecimento pessoal, art 348 do Código Penal “Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa

<sup>57</sup> Art 35 “A cumplicidade será punida com as penas da tentativa, e a cumplicidade da tentativa com as mesmas penas desta menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente ”

<sup>58</sup> “Art 18 São autores § 1º Os que directamente resolverem e executarem o crime, § 2º Os que, tendo resolvido a execução do crime, provocarem e determinarem outros a executá-lo por meio de dádivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso de influência de autoridade hierarchica, § 3º Os que, antes e durante a execução, prestarem auxílio, sem o qual o crime não seria commettido, § 4º Os que directamente executarem o crime por outrem resolvido, Art 19 Aquelle que mandar, ou provocar, alguém a commetter crime, é responsável como autor § 1º Por qualquer outro crime que o executor commetter para executar o de que se encarregou, § 2º Por qualquer outro crime que daquelle resultar Art 20 Cessará a responsabilidade do mandante, se retirar a tempo a sua cooperação no crime ”

o crime; b) os que tendo resolvido a execução do crime, provocassem e determinassem outros a executá-lo, por meio de dádivas, promessas, mandato, ameaças, constrangimento, abuso de influência de superioridade hierárquica; c) os que, antes e durante a execução, prestassem auxílio, sem o qual o crime não seria cometido, d) os que diretamente executassem o crime por outrem resolvido; e) aquele que mandar, ou provocar alguém a cometer o crime (reputando-se inclusive autor de qualquer outro crime que o executor cometesse para executar o de que se encarregou e, ainda, por qualquer outro crime que daquele resultar).

Quanto à cumplicidade, tratamento casuístico igualmente foi dado pelo Código de 1890, tal como se fosse possível exaurir conceitualmente as formas de cooperação para a prática do crime, olvidando o legislador penal que o fato sempre precederá a norma. Destarte, reputava cúmplices<sup>59</sup>. a) os que não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecessem instruções para comete-lo e prestassem auxílio à sua execução; b) os que antes ou durante a execução, prometessem ao criminoso auxílio para evadir-se, ocultar ou destruir instrumentos do crime, ou apagar seus vestígios; c) os que recebessem, ocultassem ou comprassem coisas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabe-lo, pela qualidade ou condições de pessoas que as houverem; d) os que dessem asilo ou prestassem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como tais e o fim para que se reúnem.<sup>60</sup>

O obtuso Código Penal da República, que curiosamente reputava responsáveis criminalmente os maiores de 09 (nove) anos de idade (cf. art 27, § 1º.) silenciou quanto à separação de penas para autore e cúmplices, razão pela qual

---

<sup>59</sup> “Art 21 Serão cúmplices § 1º Os que, não tendo resolvido ou provocado de qualquer modo o crime, fornecerem instruções para commettê-lo e prestarem auxílio á sua execução, § 2º Os que, antes ou durante a execução, prometterem ao criminoso auxilio para evadir-se, ocultar ou destruir os instrumentos do crime, ou apagar os seus vestígios, § 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabê-lo, pela qualidade ou condições das pessoas de quem as houverem, § 4º Os que derem asylo ou prestarem sua casa para reunião de assassinos e roubadores, conhecendo-os como taes e o fim para que se reúnem,”

<sup>60</sup> Vide em cotejo os artigos 6º, §§ 1º e 2º, do Código Criminal do Império, com o art 21, §§ 3º e 4º, do Código Penal de 1890

teria aceito tacitamente a concepção unitária neste sentido. Ressalta-se todavia ter mantido a circunstância agravante do concurso de pessoas, quando o crime tivesse sido “ajustado entre dois ou mais indivíduos”<sup>61</sup>

A má-técnica, repise-se, do Código antigo, repercutiu gravosamente nos aplicadores do direito, razão pela qual diversos diplomas extravagantes foram sendo editados, a ponto de antecipar o surgimento de um novo projeto de Código Penal, no ano de 1893. No entanto, a característica conceitualista permeava igualmente este novo esforço, da autoria de JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, mantida a separação entre autores e cúmplices<sup>62</sup>, adotando um sistema híbrido entre a regra geral e a concepção casuística. Conforme NILO BATISTA “a mais importante contribuição deste projeto residiu em conter, pela primeira vez, regras sobre a comunicabilidade das circunstâncias<sup>63</sup>, de confessada inspiração no art 66 do código italiano de 1889.”<sup>64</sup>

Nova iniciativa de reforma adveio em 1913, em um novo projeto, ora da lavra de GALDINO SIQUEIRA, que segundo NILO BATISTA “inaugura a direção parificadora entre nós”.<sup>65</sup> Trata-se do marco que identifica o surgimento e predominância da teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*)

Rejeitando qualquer separação havida entre causa e condição, em seu artigo 42 assim preceituava “concorrendo vários agentes no cometimento de um

---

<sup>61</sup> “Art 39 São circunstancias agravantes § 13 Ter sido o crime ajustado entre dois ou mais indivíduos”

<sup>62</sup> “Art 15 – São autores os executores e cooperadores immediatos do fato punível, assim como aquelle que tiver determinado outrem a commette-lo Art 16 – São complices todos os mais que concorrerem para o crime, facilitando-o Art 17 – O culpado por algum fato de co-delinquencia será considerado autor e não complice, si sem o seu concurso o crime não se tivesse podido realizar Art 18 – Serão também considerados complices § 1º - os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabe-lo em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as houveram, § 2º - os que habitualmente derem asylo a assassinos e roubadores, ou prestarem sua casa à reunião d’estes, sabendo que commettem ou pretendem commeter mortes ou roubos ”

<sup>63</sup> Vide atual norma contida no art 30 do Código Penal “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime ”

<sup>64</sup> BATISTA, Nilo Concurso de Agentes p 11

<sup>65</sup> BATISTA, Nilo Idem, ibidem

crime, serão punidos com a mesma pena, salvo o disposto no art 7º. e o efeito de circunstancias pessoais”.

Notável iniciativa de reforma do Código Penal da República adveio com o projeto SÁ PEREIRA<sup>66</sup>, voltado à construção de um conceito unitário de autor, abrangendo aquele que viesse a executar a conduta, bem como reconhecido o instituto da autoria mediata ao equiparar ao autor aquele que determinasse outrem a executá-la ou que concorresse de qualquer forma para o desfecho típico

### § 3º - A Consolidação das Leis Penais

No ano de 1932, pressionada pela instabilidade e inflação legislativa, bem como ante a proliferação de projetos de reforma do antigo Código, foi aprovado o Decreto n. 22 213, de 14 de dezembro, denominado Consolidação das Leis Penais, da lavra do Desembargador VICENTE PIRAGIBE<sup>67</sup>

No entanto, permaneceram inalteradas as regras do concurso de pessoas, conforme dispostas pelo Código Penal de 1890, seja a descrição de autores e cúmplices (artigos 18 a 21) seja a circunstância agravante correlata (art 39, § 13 do antigo Código)

Permaneceu ademais inalterada a regra de que a pena para autores e cúmplices deveria ser a mesma, como bem se observa na hermenêutica do seu

---

<sup>66</sup> Observando a versão primitiva do projeto, datada de 1927, bem como a segunda versão, esta datada do ano seguinte, quando equiparava em seu artigo 129, nº 5, autores, co-autores e partícipes para fins de responsabilidade penal, apenas autorizando ao juiz uma quantificação distinta de apenamento de acordo com a importância da participação no crime perpetrado (cf BATISTA, Nilo Concurso de Agentes op cit, p 13)

<sup>67</sup> Considerando que, o Código Penal Brasileiro, promulgado pelo Decreto n 847, de 11 de outubro de 1890, tem sofrido inúmeras modificações, quer na classificação dos delitos e na intensidade das penas, quer com a adoção de institutos reclamados pela moderna orientação da penologia, Considerando que essas modificações constam de grande número de leis esparsas, algumas das quaes já foram, por sua vez, profundamente alteradas, o que dificulta não só o conhecimento como a aplicação da lei penal [ ]” cf Exposição de Motivos

artigo 294, a tipificar o crime de homicídio: “Art. 294 - Matar Alguém: § 1º – Si o crime for perpetrado com qualquer das circunstancias agravantes mencionadas nos §§ 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18 e 19 do art. 39 e § 2º., do art. 41: Pena – de prisão celllular por 12 a 30 annos”

Inegável a observância da “agravante” do concurso de pessoas, inclusive a fim de “qualificar” o crime de homicídio (§ 13 do art. 294) demonstrando-se outrossim que nenhuma diferença entre autoria e cumplicidade para tanto. Cumpre observar que o rigor conceitualista não detinha o condão de impor nenhuma quebra no paradigma de cunho causal que ganhava espaço em solo pátrio até então, no sentido da gradual equiparação de apenamento entre autores, co-autores e partícipes.

No entanto, a Consolidação das Leis Penais professava o modelo dualista em determinadas hipóteses, com a separação do *quantum* de pena para autores e co-autores. Neste sentido verifica-se o art. 107 do citado diploma ao tipificar prática delituosa contra a constituição da República: “tentar, directamente, e por factos, mudar por meios violentos a Constituição Política da Republica, ou a forma de governo estabelecida: Pena – de reclusão por dez a vinte annos aos cabeças; aos co-autores por cinco a dez annos ” Mais adiante, assevera o texto legislativo, numa tentativa de definir o que se poderia entender por “cabeças”: [...]os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento”<sup>68</sup>

A Consolidação das Leis Penais de VICENTE PIRAGIBE deve ser entendida, destarte, unicamente como uma lanterna acesa ao final de um túnel escuro, guiando os passos dos juristas, a fim de não permitir que comprometido fosse o sistema penal vigente, não servindo como paradigma determinante da adoção deste ou daquele sistema no tocante ao concurso de pessoas.

---

<sup>68</sup> Cumpre observar que a Consolidação das Leis Penais não se tratava notadamente de um Código Penal senão, repise-se, da compilação de diversas leis ulteriores ao Código Penal da República, com o intuito de indicar quais diplomas permaneceriam vigentes, tal como a Lei n 1 062, de 29 de setembro de 1903, cujos artigos 1º e 2º foram reproduzidos no preceito supracitado

Antes do advento do Código Penal de 1940, resta inafastável a referência ao Projeto ALCÂNTARA MACHADO, que igualmente perfilhava um mote causal de equiparação, e de regra unitário<sup>69</sup>, porém temperado por um sistema casuístico de agravamento e atenuação da reprimenda, de acordo com circunstâncias acidentais descritas em seus artigos 19 e 20.

#### § 4º - O Código Penal de 1940

Cerca de oito anos após, surge um novo Código Penal, veiculado pelo Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940, trazendo modificações no tema em apreço, sob a influência causalista, notadamente da teoria da *conditio sine qua non*, a renunciar expressamente a quaisquer diferenciações conceituais apriorísticas entre autoria e cumplicidade, na melhor forma da concepção unitária pautada no aporte causal do concorrente.

---

<sup>69</sup> cf art 18, que preceituava “Incorrerão nas mesmas penas cominadas para o crime, com as modificações constantes dos artigos 19 e 20 I – quem o houver diretamente resolvido e executado, II – quem tiver instigado ou determinado alguém a executá-lo, III – quem executar o crime resolvido por outrem, IV – quem antes ou durante a execução, prestar auxílio sem o qual o crime não seria cometido, V – quem de outra maneira participar da preparação ou execução do crime § 1º – Salvo expressa disposição em contrário, não serão puníveis, quando o crime não for cometido, o ajuste entre duas ou mais pessoas, ou a instigação para cometê-lo Em qualquer desses casos, porém, poderá o juiz aplicar medida de segurança ao que participar do ajuste ou fizer a instigação” (vide sistema do *doppio binario*) “§ 2º – São incommunicáveis entre os partícipes I – as circunstâncias pessoais de que resultem atenuação ou agravação do crime, ou isenção, diminuição ou aumento da pena, II- as circunstâncias reais de que o partícipe não tiver conhecimento, a menos que sejam elementos constitutivos do crime ou sirvam para lhe facilitar a execução § 3º - No crime culposos, se o evento resultar de ação ou omissão de mais de um agente, cada um deles ficará sujeito à pena estabelecida para o crime Art 19 – A pena será aumentada I – para quem promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos partícipes, II – para quem instigar ou determinar a cometer o crime (art 18, nº II) pessoa sujeita a sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade de qualidade pessoal, III – para quem houver querido participar de crime mais grave do que o cometido, não devendo, porém, a pena imposta exceder o máximo da cominada para o primeiro, IV – para quem houver executado o crime, no caso do art 18, III, mediante paga ou promessa de recompensa Art 20 - A pena será diminuída I – para quem, no caso do art 18, nº V, tiver participação de somenos importância na preparação ou execução do crime, II – para quem houver querido participar de crime menos grave do que o cometido, não podendo, porém, a pena imposta ser inferior ao mínimo da cominada para aquele ”

O Código Penal de 1940 foi sobremaneira influenciado pelo Código ROCCO, vigente na Itália fascista, adotando a teoria da *conditio sine qua non*, conforme o próprio Ministro FRANCISCO CAMPOS, em sua exposição de motivos: “O projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices. todos os que tomam parte no crime são autores. Já não haverá mais diferença entre participação principal e participação acessória, entre auxílio necessário e auxílio secundário entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele [...]”<sup>70</sup>

Trata-se da renúncia aos cristais dogmáticos especialmente talhados, tal como na concepção de KIENAPFEL, implicando naquele referido desarme e num conceito unitário de autor. Neste sentido a redação do art 25 do Código Penal de 1940, ao asseverar que: “Quem de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas ”

A análise efetiva da importância do aporte causal do co-autor ou partícipe, deverá ser sopesada exclusivamente no momento da fixação da pena, graduando-a para mais ou para menos segundo a relevância do concurso. No entanto, tal fórmula esconde um radicalismo não consentâneo com um ramo do direito que prima pela liberdade humana, em seu mais amplo sentido. Isto porque, ao se reputarem autores todos os concorrentes, resta claro que os balizadores mínimo e máximo da pena cominada junto a cada tipo incriminador serão notadamente os mesmos, seja para aquele que *e g* puxa o gatilho da arma de fogo, gerando e mantendo voluntariamente o processo causal que desencadeará a morte da vítima, seja para aquele que simplesmente concorre através da instigação, reforçando a idéia delituosa preexistente no sujeito ativo da prática

Contextualizando a concepção do aporte causal com a teoria da ação que detém o mesmo nome, não haveria qualquer problema insito neste tipo de raciocínio, relegando-se à culpabilidade inclusive a análise do dolo (balizador

---

<sup>70</sup>cf Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, item n 22

obrigatório da pena) a fim de se quantificar a reprimenda a ser imposta, bem como a aplicação da atenuante genérica da participação de somenos importância, prevista expressamente em seu artigo 48, inciso II e da limitada causa especial de diminuição de pena de 1/3 (um terço) até a metade (limitada ao balizador mínimo do crime praticado pelo autor) no caso do dolo do partícipe estar voltado a tipo penal menos gravoso (cf parágrafo único do art. 48)<sup>71</sup>

No entanto, aceitas as vantagens dogmáticas do pensamento finalista, tal resultado não poderia jamais subsistir.

## § 5º - As Tendências do Direito Ibero-Americano

Analisando o tratamento dispensado ao concurso de pessoas nos Códigos Ibero-Americanos, durante o início da década de cinquenta, estaria o intérprete verdadeiramente abrindo a caixa de Pandora, tendo em vista as diversas influências dogmáticas gerando, à época, uma total desarmonia no trato deste assunto.

No entanto, conforme bem assevera JIMENEZ ASÚA<sup>72</sup>, houve uma tendência à evolução neste período, no sentido de “simplificar a participação delinqüente”. Os Códigos mais modernos, nos termos do supracitado autor, passaram a reconhecer apenas a separação entre autores e cúmplices, entendendo que o “encobrimento” seria condizente com um delito autônomo, tal como professaram os Códigos Penais da Argentina<sup>73</sup> (artigo 45 e seguintes) Panamá

---

<sup>71</sup> “Art 48 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena [ ] II – ter sido de somenos importância sua cooperação no crime, Parágrafo único – Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até a metade, não podendo ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido ”

<sup>72</sup> ASUA, Luis Jimenez op cit p 349

<sup>73</sup> Código Penal da Argentina, de 29 outubro de 1921, art 45 “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a outro a cometerlo ”

(artigos 63, 64, 197, 370 e 371) Peru (artigos 100, 243, 331 a 333) Venezuela (artigos 83 e seguintes) Uruguai (artigos 59 e seguintes) Colômbia (artigos 19 e seguintes) e Costa Rica (artigos 43 a 48) <sup>74</sup>

No entanto, lembra-se que a tendência dualista permeava vários desses diplomas legais, estabelecendo distinto *quantum* de pena de acordo com a cooperação para o fato (matiz causal) conforme bem se observa no Código Penal da Argentina de 1921, nos termos do preceito contido em seu artigo 46: “Los que cooperem de cualquier outro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos com la pena correspondiente al delito, disminuída de un tercio a la mitad. [...]”

Já o Código Penal da Bolívia, vigente no início da década de cinquenta, ainda datava de 6 de novembro de 1834 e, em seu artigo 9º, não abdicava de uma descrição casuística que abrangia os autores, cúmplices, auxiliares e os encobridores, *mutatis mutandis*, acompanhando o Código Penal Brasileiro de 1890.

Destarte, frustraram-se completamente as iniciativas de se harmonizar o direito penal latino-americano nesta fase, quanto mais pelas dificuldades derivadas dos diversos tratamentos dados a vários temas em sede penal, dentre os quais, o concurso de pessoas.

## § 6º - O Anteprojeto de 1963

A iniciativa de reforma em 1963, consubstanciada em um novo anteprojeto de Código Penal, manteve o matiz de paradigma causal no tocante ao concurso de pessoas, no entanto, buscando mitigar em alguns pontos o direito penal do terror derivada da concepção absolutamente extensiva da lei vigente.

---

<sup>74</sup> ASUA, Luis Jimenez op cit p 350

Fiel a tal mister, o art 33 do Anteprojeto repetiu a draconiana fórmula do vigente artigo 25 do Código Penal de 1940, inclusive mantida a limitada causa especial de diminuição prevista pelo art. 48, parágrafo único, daquele *Codex*. No entanto, conforme bem assevera DOTTI “A conservação da fórmula extraída do art. 116 do Código Rocco manteve em nosso país as discussões que a doutrina italiana promove sobre o tema, reconhecendo, através da pena de seus melhores escritores, uma clara *ipotesi di responsabilità aggettiva*”<sup>75</sup>. Após a subsequente intervenção da Comissão Revisora, sensível aos reclamos da doutrina acerca do tema, a limitação da causa especial foi retirada do texto

### **§ 7º - O Código Penal de 1969**

No dia 13 de dezembro de 1968, os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica outorgaram ao povo brasileiro um novo diploma penal. As normas disciplinadoras do concurso foram então transpostas para os artigos 35 e seguintes do Código, ainda mantido o paradigma causal e a regra monista de equiparação do aporte causal do autor, co-autor e partícipe, para fins de estabelecer os limites da pena, sendo esta a regra matriz do direito positivo.

### **§ 8º - A Reforma da Parte Geral do Código de 1940**

A Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, ao reformular a Parte Geral do Código Penal, até então ditada pelo Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de

---

<sup>75</sup> DOTTI, René Ariel Reforma Penal Brasileira p 92 – Ressaltando que “a tendência da doutrina brasileira, com claros reflexos na jurisprudência, sempre foi no sentido de erradicar a ‘disponibilidade medieval’ que restaurou a decrépita fórmula do *versari in re illicita*”

1940, fez com que a reforma adotasse o paradigma causal no tocante ao concurso de pessoas, seguindo ademais expressamente a teoria da equivalência das condições.

Partindo-se do preceito penal cogente, no tocante ao concurso de pessoas, o legislador penal abdicou outrossim de qualquer distinção apriorística contida na lei, a separar a autoria e participação, seja sob o aspecto conceitual, seja de regra quanto ao seu apenamento, relegando tal importante tarefa à doutrina, ao assentar no art. 29, do Código Penal que. “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”

Trata-se da adoção do conceito extensivo de autor<sup>76</sup>, onde qualquer colaboração causal à prática da conduta típica imporia ao interveniente os limites de pena cominados em abstrato, no mínimo e máximo junto ao tipo penal que se confunde com a vontade deste, cabendo ao juiz medir o grau de reprovação através do recurso a formas distintas de aporte causal (seja no induzimento, instigação e cumplicidade) não precisados pelo direito positivo

Lembrando que segundo a concepção a que se filia WELZEL e seu finalismo, o plano concreto traz fenômenos a serem observados e valorados pelo direito penal, que não o constrói, apenas os descreve e valora, inegável prejuízo se encontra na opção legislativa que simplesmente desconsidera as distinções entre autoria, co-autoria, induzimento ou cumplicidade, do ponto de vista conceitual.

Contra tal conceito unitário de autor, se posiciona JESCHECK, ao afirmar que “desemboca em uma perda de matizações, porque exclui a possibilidade dos marcos penais atenuados para a indução e a cumplicidade”.<sup>77</sup>

Ademais, critica tal tomada de posição, asseverando que nos delitos de mão própria cumpriria fosse punido como autor mesmo o estranho que não preenche as qualidades especiais exigidas pelo tipo objetivo, tal como na hipótese do funcionário público, ao passo que bastaria o simples aporte causal Tal

---

<sup>76</sup> A influência do Código Rocco na construção do dispositivo contido no artigo 29 do diploma penal brasileiro resta inegável

<sup>77</sup> JESCHECK, Hans Heinrich op cit p 587

entendimento gera a necessidade da elaboração de regras relativas à comunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal (vide art 30 de Código Penal brasileiro) gerando outras discussões acerca da participação e co-autoria nos crimes de mão própria, no tocante ao elemento subjetivo do concorrente *extraneus*.

Os “cristais conceituais dogmáticamente talhados”, na referida crítica de KIENAPFEL às construções restritivas, foram outrossim igualmente rejeitados pelo direito positivo brasileiro, desconsiderando a sua utilidade.

Neste sentido, cumpre lembrar MUÑOZ CONDE, quando assevera da necessária adoção de um conceito restritivo de autor:

Do ponto de vista dogmático, é fundamental a distinção entre autoria e participação, porque esta é um conceito de referência e supõe sempre a existência de um autor principal em função do qual se tipifica o fato. Isso quer dizer, por exemplo, que o instigador e o instigado podem merecer a mesma pena, mas é evidente que a responsabilidade daquele vem condicionada pelos atos realizados por este e que não há instigação em si, senão a instigação para um fato alheio, que é o que serve de base para determinar a responsabilidade do instigador. Em uma palavra, a participação é acessória e a autoria principal, e isso independentemente da pena que mereça o partícipe ou o autor no caso concreto.<sup>78</sup>

## **Seção II - Categorias do Concurso de Pessoas**

A reforma da Parte Geral do Código Penal determinou outrossim a dogmática atualmente aplicável ao concurso de pessoas em solo pátrio. Razão pela qual sua análise se fará consoante os institutos abaixo investigados.

---

<sup>78</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoria General del Delito p 196

## § 1º - Autoria

Face às razões anteriormente expendidas, restou à doutrina penal estabelecer o conceito de autor, visto que a lei expressamente renunciou a tal missão, aderindo ao reputado conceito extensivo, sob o matiz sobejamente causal.

Diversos doutrinadores se posicionam acerca do tema em questão, escolhendo dentre as diversas teorias. Destarte, um dos primeiros escritos, de referência obrigatória, no tocante à tomada de posição da Comissão de Reforma da Parte Geral do Código em 1984, condiz com a contribuição de DOTTI.

Partindo do finalismo de WELZEL, adere à denominada teoria do domínio do fato, quando assevera que “nos crimes dolosos é autor quem tem domínio final do fato: o autor quer o evento como próprio enquanto o partícipe o quer o evento como alheio.”<sup>79</sup>

O texto acima enunciado, em que pese a referência expressa ao domínio do fato, aparentemente condiz com a teoria subjetiva do dolo, visto que dissociada do aspecto objetivo da construção. No entanto, mais adiante, arremata o autor, trazendo o *quid* que o insere no contexto enunciado. “A concepção acima anunciada se harmoniza com o sistema do Código Penal brasileiro em vigor, não obstante a regra de incidência generalizadora constante do art 25<sup>80</sup>. Aquele que promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes (art 45, I)<sup>81</sup> tem, como co-autor, o domínio do fato, mesmo não cumprindo nenhum ato típico.”

Tal forma de raciocínio se amolda sobremaneira ao entendimento esposado por MAURACH, repise-se, onde o domínio do fato dispensaria a prática

---

<sup>79</sup> DOTTI, René Ariel Reforma Penal Brasileira p 80

<sup>80</sup> Atual art 29 do Código Penal brasileiro, consoante a redação dada pela Lei n 7 209, de 11 de julho de 1984

<sup>81</sup> Atual art 62, I, do Código Penal Brasileiro consoante a redação dada pela Lei n 7 209, de 11 de julho de 1984

de atos de execução, desde que o dirigisse, mesmo que à distância, o curso causal da conduta dos executores, enquanto senhor do fim típico.

Conclui seu pensamento asseverando que a doutrina penal não se afasta, no entanto da teoria objetiva (formal-objetiva) que deverá ser complementada com o instituto da autoria mediata, asseverando finalmente que nem todos os problemas referentes ao concurso de pessoas podem ser solvidos à luz do domínio do fato, citando exemplos referentes aos crimes culposos, crimes omissivos e, finalmente, os de mãos próprias, dentre outros

Inúmeros autores brasileiros se filiam à teoria alemã do domínio do fato, sendo destarte a mais pronunciada vertente no atual desenvolvimento da dogmática penal pátria. No entanto, tal como acima observado, a teoria formal-objetiva pode ser reputada a que mais agrada a jurisprudência nacional, tendo em vista a facilidade que traz consigo no trato da separação entre autor e partícipe (vinculada sempre à prática de atos de execução, sejam totais ou parciais pelo autor).<sup>82</sup>

## § 2º - Co-Autoria

Deve ser reputado co-autor aquele que, através da divisão de trabalho com outrem, domina conjuntamente o curso causal da conduta típica, ambos querendo o fim buscado no plano concreto.

Buscando exemplificar tal divisão de trabalho, conveniente lembrar o exemplo trazido por DOTTI, quando reconhece hipótese de co-autoria “também no roubo, quando um dos agentes segura a vítima para ser despojada de seus valores

---

<sup>82</sup> No Brasil a teoria formal-objetiva, conforme anteriormente descrita ainda prevalece dominante, dentre vários autores que a esposam Aníbal Bruno, Salgado Martins, Frederico Marques, Mirabete e Beatriz Vargas Ramos

pelo outro ladrão. Ao lado, portanto, de uma decisão conjunta, é indispensável a execução conjunta da decisão para que a figura da co-autoria se aperfeiçoe.”<sup>83</sup>

Cabe ressaltar a tendência quase natural na doutrina brasileira em emprestar relevante valor à teoria formal-objetiva, ainda que ditada pela concepção do domínio do fato, na visão de WELZEL, onde o marco diferenciador entre autoria e participação reside sempre na prática dos atos descritos no tipo objetivo.<sup>84</sup>

Arremata então o citado autor, negando acerto isolado seja às teorias objetivas ou subjetivas, a fim de manifestar-se no sentido do reconhecimento da co-autoria quando “[. ] somente realiza simples atos preparatórios ou de ajuda, é co-autor, quando é portador da decisão comum do fato. Por isso, deve ser comprovada especialmente a participação na decisão do delito, para o que deve se levar em conta, como indícios, todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do fato. O *minus* na co-participação objetiva deve ser compensado pelo *plus* na comprovação particular da co-participação na decisão do delito, caso contrário, o objetivamente menos partícipe poderia ser punido como cúmplice.”<sup>85</sup>

Deixa-se destarte à análise do caso concreto a determinação da existência de co-autoria, ressaltando de forma a não olvidar a disciplina normativa brasileira que - salvo hipótese de cooperação dolosamente distinta, a merecer sejam separados os autores de condutas incriminadas em tipos distintos, conforme a demonstração do dolo individual e a regra da participação de menor importância

---

<sup>83</sup> DOTTI, René Ariel Reforma Penal Brasileira p 81

<sup>84</sup> “A co-autoria é autoria cuja particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Co-autor é quem, estando em posse das condições pessoais de autor, e participação da decisão comum do fato, sobre a base dela, co-participa na execução do delito. A co-autoria se baseia sobre o princípio da divisão de trabalho. Todo co-autor complementa com sua parte do fato as partes do fato dos demais em um todo delituoso, por isso responde também pelo total (§ 47). A lei exige, no § 47, uma execução comum do fato. A ela pertencem: I A decisão comum do fato - o entendimento recíproco, expresso ou tácito, para a execução comum do fato. O entendimento recíproco pode ser levado a cabo também durante o curso do fato, depois que o primeiro autor já tenha executado uma parte, é a chamada co-autoria sucessiva. O que se acrescenta, não responde pelos fundamentos de agravamento já executados, por exemplo, não responde pela violação da porta já realizada (FRANK, § 47, III). Cada um responde somente até onde vai o entendimento, portanto, nenhuma responsabilidade pelo excesso do outro.” (WELZEL, Hans op cit P 171)

<sup>85</sup> WELZEL, Hans Idem p 172

(causal) - autor e co-autor e partícipe serão punidos de idêntica maneira, lembrando o primado da teoria da *conditio sine qua non* a servir como regra primária no concurso de pessoas em solo pátrio

Lembrando MILTON em sua obra “*Paradise Lost*”<sup>86</sup>, quando o conselho infernal se reúne, sob a reverenciada liderança de Satã, a deliberar sobre o futuro dos anjos decaídos após a batalha celestial, todos assentem em corromper o novo ser criado por Deus (seguindo orientação do general Belzebu) qual seja, o homem, cabendo a Satã a execução da colegiada decisão, todos detendo domínio final do fato estabelecida a divisão de trabalho para tal fim *Mutatis mutandis*, um clássico exemplo de co-autoria, se possível fosse tipificar criminalmente a conduta de corromper o espírito humano, conforme os famosos cantos.

### § 3º - Autoria Mediata

A dogmática penal brasileira, seguindo estritamente a renúncia a qualquer conceituação de autor, sob o domínio da concepção monista de cunho causal, não se preocupa sequer em reconhecer a existência da autoria mediata, julgando que qualquer problema possa ser solucionado através da norma positiva do artigo 29 do Código Penal (o aporte causal somado ao elemento subjetivo do tipo).

Destaca-se na doutrina brasileira manifesta preocupação com tal tema, sob influência do direito comparado, buscando legitimar a punição do autor por detrás do inimputável ou não culpável, quando aquele o determina a prática delituosa. Conforme bem assevera DOTTI “são evidentes, no entanto, situações de autoria mediata no regime em vigor, como se poderá ver nas hipóteses de erro determinado por terceiro, coação física ou moral de caráter irresistível, ordem não

---

<sup>86</sup> MILTON, John Paraíso Perdido p 84

manifestamente ilegal de superior hierárquico, instigação ou determinação ao crime de alguém não punível em virtude de condição de caráter pessoal”<sup>87</sup>.

A solução já alvitrada condiz necessariamente com a adoção do modelo do domínio do fato, onde este pertence exclusivamente ao autor mediato, o homem por detrás, sendo o executor (autor imediato) mero títere, agindo no interesse e sob o controle causal de terceiro punível. Desta forma, não aproveita ao autor mediato a inimputabilidade ou ausência de culpa (*latu sensu*) do executor, devendo ser punido pela prática havida no plano concreto, segundo sua vontade manifestada. A única diferença está no reconhecimento de autoria ou participação no caso em deslinde, sendo que a norma geral da teoria unitária, ao ser aplicada, impõe idêntico tratamento a ambas as hipóteses

Tecnicamente no entanto, cumpre seja reconhecido autor e não mero indutor ou cúmplice, visto que detentor do domínio causal da conduta praticada por seu instrumento.

Veja-se o exemplo citado por WELZEL: “Um médico entrega a uma enfermeira com intenção de homicídio, uma injeção de morfina demasiada forte, para ser aplicada a um enfermo. A enfermeira injeta a droga e o paciente morre”<sup>88</sup>

Cumpre concordar observando que o médico citado será autor de homicídio doloso e a enfermeira somente poderia punida na forma culposa (delito comissivo por omissão) se houvesse previsibilidade subjetiva do excesso na dosagem do medicamento, fazendo derivar a infração do dever de cuidado no administrar ainda assim a dosagem, gerando o resultado não desejado ante a conduta mal dirigida ao fim lícito

No Brasil cotidiano, uma das hipóteses mais comuns de autoria mediata se afigura no uso de menores inimputáveis para a comercialização de entorpecentes, bem como práticas de homicídio, corrupção ativa e lesões corporais no trato com o tráfico. Atuando sob a estrita ordem do autor mediato, observando que apenas

---

<sup>87</sup> DOTTI, René Ariel Reforma Penal Brasileira p 84

<sup>88</sup> WELZEL, Hans op cit p 160

aquele detém o domínio do fato, cumpre desta forma igualmente eleger-lo como autor destas práticas, sendo a infração praticada pelo imputável punida segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) com as medidas sócio-educativas nele previstas

#### § 4º - Participação

A participação no direito positivo brasileiro não se encontra dogmaticamente estabelecida, a não ser pela via indireta, quando observado o disposto pelos parágrafos primeiro e segundo, do art 29 do Código Penal (de menor importância e em crime menos grave, respectivamente, conforme tratado infra). Coube tal esforço conceitual à doutrina pátria que sempre teve seus olhos voltados para as construções do direito continental europeu neste sentido.

Conceituar participação, apenas no sentido de dar contornos mínimos ao objeto de investigação, ainda assim não se afigura tarefa fácil. No entanto, seguindo o conceito de MAURACH<sup>89</sup>, repetido pela doutrina pátria<sup>90</sup>, tem-se como “colaboração livre e dolosa no delito doloso de outrem”.

Alguns autores nacionais buscam, ao invés, estabelecer um conceito residual de participação, tal como BITENCOURT, asseverando que:

[ ] é a intervenção em um fato alheio, o que pressupõe a existência de um autor principal. O partícipe não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida. Não realiza atividade propriamente executiva. A norma que determina a punição do partícipe implica uma ampliação da punibilidade de comportamentos que, de outro modo, seriam impunes, pois as prescrições da Parte Especial do Código não abrangem o comportamento do partícipe.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> MAURACH, Reinhart op cit p 400

<sup>90</sup> BATISTA, Nilo op cit p 157

<sup>91</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto Tratado de Direito Penal parte geral p 390

Outros autores conceituam a participação de forma residual, a não-autoria, se valendo para tanto das concepções antes esposadas acerca do domínio do fato. Assim NILO BATISTA, ao asseverar em sua obra que o dolo do partícipe, seja na forma de instigador ou cúmplice “compreende conhecer e querer a colaboração prestada a um delito doloso determinado em suas linhas gerais”<sup>92</sup>

Divergências à parte, parece existir franca harmonia dentre os doutrinadores brasileiros acerca da subdivisão da participação, sendo esta em duas categorias complementares: a do auxílio moral (induzimento e instigação) e a do auxílio material (cumplicidade)

Induzir, dentro dos estreitos limites da participação e do concurso de pessoas, significa criar a idéia delituosa até então inexistente na *psiche* de outrem, ou seja, “tomar a iniciativa intelectual.”<sup>93</sup> Já a instigação, por sua vez, corresponderia a reforçar uma idéia preexistente, seja na forma de conselho, persuasão, dissuasão<sup>94</sup>, o comando<sup>95</sup>, a ameaça<sup>96</sup>

A tomada de posição extensiva ou de equiparação entre a conduta de autores e partícipes favorece sobremaneira a inexistência de balizadores dogmáticos de cunho conceitual, isto porque basta concorrer dolosamente para a prática da conduta descrita no tipo penal e, de regra, o *quantum* de pena a ser imposto deterá a mesma limitação cominada abstratamente, seja o indivíduo autor, co-autor ou partícipe, apenas ressalvadas as regras da participação de menor importância e em crime menos grave, próprias de um diminuto aporte causal ou de um dolo distinto a merecer uma delinação típica igualmente diferenciada. Tal é o tratamento simplificador do direito brasileiro.

---

<sup>92</sup> BATISTA, Nilo op cit p 158

<sup>93</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto op cit p 392

<sup>94</sup> BITENCOURT, C Idem p 392

<sup>95</sup> “é o exercício do poder (legítimo ou ilegítimo) que um sujeito exerce sobre outrem. A pena é agravada em relação ao agente que determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade (CP, art 62, III)” – cf DOTTI, René Ariel Curso de Direito Penal Parte Geral p 357

<sup>96</sup> DOTTI, René Ariel Idem, *ibidem* Destacando que a ameaça efetivada na forma de promessa de mal grave e injusto poderá determinar a autoria mediata, tendo em vista assumir o condão de coação moral irresistível, causa legal de exclusão da culpabilidade prevista no artigo 22 do Código Penal

O auxílio material para a prática da conduta descrita no tipo é o traço característico da cumplicidade em sede criminal. Distingue-se do induzimento e da instigação ao passo que exige que se concorra para a prática fornecendo um instrumento a ser utilizado pelo autor para tanto

Distingue-se a cumplicidade da co-autoria, segundo dois traços característicos. O primeiro condiz com o dolo do cúmplice, este dirigido unicamente a querer auxiliar o fato praticado pelo autor, não detendo domínio do curso causal da conduta deste, visto que “cúmplice seria o que, com sua contribuição, não decide o “se” e o “como” da realização do fato, mas apenas favorece ou facilita a sua realização”<sup>97</sup>

Neste aspecto, conveniente observar o critério de simplificação da teoria formal-objetiva, asseverando que o cúmplice, em seu auxílio material para a prática da conduta (fornecendo instrumentos tais como: arma, corda, veículo. .) não toma parte dos atos de execução, aqueles contidos no núcleo do tipo penal, que serão exclusivos do autor e co-autor.

Conforme já observado, a prevalência do aspecto causal da norma vigente no art. 29 do Código, detém como regra a equiparação da pena aplicável ao autor e ao cúmplice, excetuando unicamente as hipóteses de cooperação dolosamente distinta (§ 2º) e da participação de menor importância (§ 1º).

Conveniente destacar a separação entre a denominada cumplicidade necessária e desnecessária classificação intentada com o mister de se impor uma pena maior para o aporte sem o qual o delito não seria possível.<sup>98</sup>

Conforme aduz NILO BATISTA, a criticada separação é relevante quando se observa exatamente a regra da participação de menor importância (art. 29, § 1º do Código Penal).

---

<sup>97</sup> MUNÓZ Conde, Francisco op cit p 205

<sup>98</sup> BATISTA, Nilo op cit p 186

### Capítulo III

#### Crimes Ambientais: O *sui generis* Concurso de Pessoas

Advindo a Constituição Federal de 1988, nova polêmica ecoou na hermenêutica do tratamento dado aos crimes ambientais e a possibilidade, em tese, de que a pessoa jurídica fosse chamada a responder juntamente com a pessoa física que a representa ou administra.

O primado do princípio *societas non delinquere potest*, até então incólume no direito penal ibero-americano<sup>99</sup>, a não admitir pudesse o ente fictício figurar como autor de práticas delituosas passou a ser frontalmente debatido e, praticamente dez anos após a Promulgação da Magna Carta veio a ser afastado no tocante à práticas lesivas ao meio ambiente, com o advento da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que em seu artigo 3º passou a preceituar: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”

Busca-se desenvolver a partir deste ponto algumas linhas acerca dos efeitos gerados pela norma infraconstitucional, possibilitando em tese um inusitado concurso de pessoas em crime societário, bem como a análise sistemática do problema, avaliando a possibilidade de solvê-lo à luz do direito penal positivo.

---

<sup>99</sup> JIMENEZ ASÚA comentando os Códigos Penais Ibero-Americanos, especificamente acerca da Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica já escrevia em 1946 “Los Códigos iberoamericanos, en su inmensa mayoría, están pensados para la persona humana e individual Y si la ley es un pensamiento provisto de poder es obvio que la “voluntad” de esos cuerpos lelaes no admite que sus preceptos se apliquen a las personas jurídicas Por lo demás, a nuestro actual entender, las perlonas legales o sociales non tienen capacidad para perpetrar delitos porque no es posible que sus pretendidas acciones sean dolosas, ni es hacedero que la pena tenga para ellas sentido finalista” (Códigos Penales Iberoamericanos Estudio de Legislación Comparada V I p 346) No entanto cita o autor o Código Penal Cubano que à época previa em seu artigo 45, de forma expressa, a responsabilidade do ente moral

## **Seção I – A Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica**

Dispõe o artigo 225, parágrafo terceiro da Constituição Federal de 1988: “As condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Tal dispositivo constitucional fez surgir na doutrina uma verdadeira bipartição. De um lado autores afirmando que no tocante às pessoas jurídicas, consoante correta hermenêutica do texto constitucional, as sanções apenas poderiam ser as administrativas, visto que a correta interpretação do dispositivo estaria a exigir fosse acrescida a expressão respectivamente. Ou seja, às pessoas físicas estaria autorizado o legislador infraconstitucional a construir tipos penais incriminadores porém, às pessoas jurídicas caberia unicamente sujeitá-las às sanções de outros ramos do direito, dentre os quais notadamente o administrativo

Ademais, a Magna Carta separa no dispositivo supracitado “as condutas” e as “atividades”, observando que as primeiras estariam referidas às pessoas físicas e, as segundas à pessoa jurídica.

De outro lado, autores de direito penal e ambiental passaram a sustentar que a pessoa jurídica, conforme interpretação literal da Magna Carta, poderia ser responsabilizada criminalmente quando viesse a incorrer em condutas subsumíveis aos tipos penais que tutelam o meio ambiente, cabendo ao Direito Penal a partir de então adaptar-se a uma nova realidade, tal como inafastável evolução fosse

Dentre os partidários do primeiro entendimento, posiciona-se claramente BITENCOURT ao asseverar que “a obscura previsão do art 225, § 3º, da CF, relativamente ao meio ambiente, tem levado alguns criminalistas a sustentarem, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da

pessoa jurídica. No entanto, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual.”<sup>100</sup>

O ponto de vista da responsabilidade única e exclusiva da pessoa física, em sede penal, tem sido hoje defendida por diversos autores pátrios, dentre os quais RENÉ ARIEL DOTTI, JUAREZ CIRINO DO SANTOS, LUIS ALBERTO MACHADO, JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ROBALDO, dentre outros.

Assevera tal grupo de doutrinadores que o princípio *societas non delinquere potest* permaneceu vigorando em solo pátrio, conforme se pode extrair, ademais, da hermenêutica do artigo 173, § 5º da Magna Carta, que se insere no Título da Ordem Econômica e Financeira, ao dispor que “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Destarte, uma vez que a lei não comporta palavras inúteis, quanto mais a Magna Carta, cumpre observar que indiretamente o legislador constituinte afastou a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, quando veio a exigir punições compatíveis com a sua natureza, lembrando que a pena em sede criminal implicaria em privação ou restrição da liberdade humana impondo um necessário fim.

De outro lado, autores como SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA, JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR, WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG<sup>101</sup>, dentre outros, defendem distinta hermenêutica constitucional, aduzindo argumentos favoráveis à responsabilidade do ente coletivo

Segundo o raciocínio esposado pelos defensores da citada responsabilidade, assevera-se que os dois dispositivos constitucionais citados deteriam “articulação orgânica, que impedem possam ser examinados

---

<sup>100</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto op cit p 68

<sup>101</sup> *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal* Coordenação Luiz Flávio GOMES São Paulo Revista dos Tribunais, 1999, 2 v

separadamente, por estarem no âmbito de um mesmo contexto”<sup>102</sup> Concluem outrossim que a pessoa jurídica foi erigida à categoria de autora em sede criminal, motivo que autoriza o legislador discipliná-la, tal como o fez na Lei n. 9.605/98.

Particularmente, a idéia de que a interpretação literal do dispositivo seria motivo suficiente para transformar, tal como os antigos alquimistas buscavam, chumbo em ouro, não parece verossímil, quanto mais quando observados os inúmeros problemas decorrentes de tal solução simplista.

A estrutura do sistema penal foi erigida megavelmente segundo o paradigma do indivíduo e, *data venia*, a conduta humana é o objeto de sua existência. Destarte, duas indagações devem surgir a partir desta premissa a) a pessoa jurídica é capaz de agir segundo o seu significado jurídico-penal? b) Caso afirmativa a resposta, seria possível equiparar o agir da pessoa jurídica ao do ser humano, com o intuito de legitimar a aplicação das normas existentes acerca do concurso de pessoas?

### § 1º - *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege*

O princípio constitucional da legalidade, conforme sua dicção criminal, vem expresso no art 5º, inciso XXXIX da Magna Carta, que dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

Tal princípio, garantia fundamental inafastável, vem expresso em sede criminal pelo tipo objetivo e subjetivo e pela possibilidade de subsunção da conduta ao arquétipo legal genérico e abstrato supracitado

Avançando na análise do tipo subjetivo, ainda com vistas à possibilidade de adequação, surge outrossim a figura do dolo, consubstanciado no querer a

---

<sup>102</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal* p 134

concreção do tipo, regido pelo conhecimento<sup>103</sup> O elemento intelectual do dolo, enquanto representação mental da conduta, abrangendo não só a previsão do processo causal a ser desenvolvido para se atingir o fim eleito, como a escolha dos meios para tanto, não pode jamais ser afastado, visto que segundo WELZEL “o resultado típico já não é produzido dolosamente, quando é consequência causal da ocorrência de circunstâncias imprevistas, somente quando o resultado estava proposto de maneira final pela vontade, em sua produção concreta.”<sup>104</sup>

Trasladando tais basilares elementos do conceito de crime para a realidade da pessoa jurídica, resta negar-lhe a possibilidade de representação mental ou previsão da conduta típica, isto porque antever de acontecimentos futuros é qualidade exclusivamente humana, assim como da relação de causa e efeito entre o agir e o resultado dele decorrente. Não se está a negar a existência do dolo referido a um ou alguns dos tipos penais que exprimem condutas proibidas na salvaguarda do bem jurídico meio ambiente, mas sim quanto a qualquer tipo objetivo construído com tal finalidade, ao passo que a pessoa jurídica, consoante as razões expendidas, é incapaz de ação em sede criminal

No sentido do texto até então deduzido é o entendimento de ZAFFARONI<sup>105</sup>, asseverando que “O direito pretende regular conduta humana..” “uma sociedade comercial e um homem são entes distintos em sua estrutura, e que a conduta humana não tem seu equivalente no ato jurídico da pessoa jurídica. Revisando o CP, veremos que suas disposições referem-se a conduta humana”. “...A pessoa jurídica não pode ser autora de delito, porque não tem capacidade de conduta humana no seu sentido ôntico-ontológico.”

Destaca-se ademais, em idêntico sentido o entendimento de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS<sup>106</sup>:

---

<sup>103</sup> WELZEL, Hans op cit p 120

<sup>104</sup> WELZEL, Hans Idem p 125

<sup>105</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul Manual de Direito Penal Brasileiro p 411

<sup>106</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos conferência proferida na inauguração do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, em 6 de março de 2001, Curitiba, Paraná

Primeiro, a vontade pragmática da ação institucional é incapaz de dolo, como vontade consciente de realizar um tipo de crime (21), em que a vontade é a energia psíquica produtora da ação típica e a consciência é a direção inteligente da energia psíquica individual (22), ambas inexistentes no vazio psíquico da vontade pragmática impessoal da ação institucional da pessoa jurídica. Além disso, a vontade pragmática da ação institucional impessoal da pessoa jurídica é incapaz de erro de tipo, fenômeno psíquico negativo do dolo: o aparelho psíquico da vontade pragmática em que deveria se manifestar o erro de tipo, como defeito intelectual na formação do dolo (23), não tem existência real.

Em síntese, erigir à categoria de autora a pessoa jurídica constituiria flagrante violação ao princípio da legalidade, ao passo que não seria possível descrever através do dolo ou da culpa o indispensável elemento subjetivo do tipo, ou ainda, os tipos penais que descrevem a conduta humana punível não seriam aplicáveis ao ente colegiado, fazendo gerar a inexistência de norma positiva a incriminar suas atividades, tal como comanda o art. 5º, inciso XXXIX da Magna Carta, tornando inconstitucional o art. 3º da Lei n. 9.605/98, ao impor a aplicação de seus tipos incriminadores à pessoa jurídica, independente da obrigatoriedade tipicidade subjetiva.

As assertivas enunciadas se aplicam igualmente ao concurso de pessoas, visto que, seja na forma de autoria, co-autoria ou participação, o dolo deverá ser investigado e sua inexistência impede o reconhecimento da tipicidade da conduta, visto que o direito penal não se satisfaz com a mera responsabilidade objetiva, largamente aplicável a outros ramos.

## **§ 2º - *Nullum Crimen Sine Culpa***

Dentre os elementos que compõem a culpabilidade, consoante a reconstrução finalista, se afiguram tanto a imputabilidade penal quanto a consciência potencial da ilicitude. A ausência de qualquer destes afastaria a culpabilidade, fazendo cessar a investigação da ocorrência de um crime.

Iniciando a análise a partir da capacidade de ser responsabilizado criminalmente, nos termos do sistema biopsicológico etário, novo obstáculo surge quanto à incriminação da pessoa jurídica. Isto porque, do ponto de vista psicológico, a capacidade de entendimento do caráter lesivo do fato e a denominada dirigibilidade do agente reputam-se indispensáveis, nos termos do art. 26 do Código Penal, que dispõe: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”

A pessoa jurídica é igualmente incapaz de ser criminalmente responsabilizada, o que exclui de forma incontestada a sua culpabilidade, pouco importando em que tipo penal se busque subsumir sua atividade, visto não ser ela merecedora de qualquer juízo de reprovação em sede criminal

Pior ainda quanto à denominada consciência potencial da ilicitude, entendida *mutatis mutandis* como possibilidade do agente, através de um esforço de inteligência, fundado nos preceitos éticos, morais e sociais da comunidade a que pertence, compreender o caráter lesivo da conduta. Vale ressaltar que a pessoa jurídica não detém inteligência ou consciência, bem como tais valores de fundo moral foram construídos a informar o agir da pessoa física, não estando presentes nas atividades da pessoa jurídica

Admitir que o ente colegiado poderia deter uma consciência ou inteligência capaz de orientar-lhe o “agir” seria o mesmo que aceitar que uma máquina pudesse ser responsabilizada criminalmente quando lesionasse o meio ambiente, visto ter sido mal operada pelo homem. Destarte nunca havendo consciência potencial da ilicitude igualmente nunca haveria crime, restando totalmente sem sentido o comando normativo do art. 3º da Lei n. 9.605/98.

Diversas outras objeções se fazem presentes quando avaliado o tema em face do sistema positivo infraconstitucional, seja de direito material ou mesmo processual. No entanto, centrando a atenção no concurso de pessoas supostamente

gerado entre pessoas físicas e jurídicas, cumpre iniciar a sua abordagem, não olvidando que o primeiro obstáculo a ser vencido seria sua compatibilidade com os mais sagrados comandos constitucionais em sede penal.

### § 3º - O concurso *sui generis* de pessoas

Posta a premissa de que a pessoa jurídica, ao menos nos ditames da Lei n 9.605/98, deve figurar ao lado da pessoa física quando de suas atividades decorra conduta reputada objetivamente típica, cumpre investigar a existência e a natureza do concurso de pessoas gerado, bem como os efeitos deste em face do sistema positivo infraconstitucional.

A primeira questão, outrossim, momentaneamente deixando *a latere* a hermenêutica constitucional e adentrando os domínios da teoria do crime, condiz com a possibilidade de se legitimar o concurso *sui generis*

A prosperar a tese da responsabilidade criminal, teria o legislador imposto compulsoriamente a existência de um concurso necessário, havido entre o representante legal e a pessoa jurídica autônoma? Não obstante possa esta ser a primeira impressão, tal raciocínio não se sustenta em face do que dispõe o próprio art. 3º da Lei de Crimes Ambientais, ao exigir “in fine” que a infração tenha sido praticada “no interesse ou benefício da sua entidade”

Destarte, se a conduta proibida for praticada com motivação imediata de beneficiar unicamente a pessoa do representante legal ou contratual, o órgão colegiado, ou ainda qualquer *extraneus* que não a pessoa jurídica, a única leitura possível é no sentido de que apenas a pessoa física viria a ser responsabilizada criminalmente.

A interpretação literal do dispositivo em deslinde demonstra duvidosa técnica legislativa, ao passo que exige do juiz, ante o caso concreto, uma análise

sobremaneira aprofundada da conduta do autor (pessoa física) no intuito de estabelecer previamente a intenção de gerar benefício à pessoa jurídica, para só então admitir a responsabilidade desta. Mas observando que a pessoa jurídica, ao lhe ser outorgada personalidade autônoma pelo Estado tem como finalidade legal perseguir exclusivamente interesses econômicos, sociais, culturais, desde que reputados lícitos, seria um contra-senso admitir que a possibilidade de praticar condutas lesivas ao meio ambiente estaria recepcionada *e g* nos seus atos constitutivos

Seguindo as considerações acima expostas, poder-se-ia dizer que dissociados os interesses da pessoa física e jurídica, com fulcro na autonomia que lhes confere o ordenamento positivo, nunca a lesão ambiental seria reputada benéfica à segunda, visto que em tese a sujeitaria a sanções impostas pela ordem jurídica, estas capazes inclusive de determinar a suspensão total ou parcial de suas atividades, nos termos do que dispõe o art. 72, inciso IX do diploma legal citado, enquanto sanção administrativa

Se os interesses da pessoa jurídica pudessem restar dissociados daqueles que formalmente figuram em seus atos constitutivos, quais então seriam eles? Apenas os de cunho patrimonial? A norma não aduz subsídios, silenciando e fazendo gerar crassas dificuldades ao intérprete

Em síntese, a investigação do fim mediato da conduta do representante legal ou contratual, junto aos tipos penais incriminadores contidos na Lei 9605/98, ainda que não exigida para a tipicidade subjetiva da conduta da pessoa física, visto ser irrelevante para o aperfeiçoamento do dolo, serviria tal como uma condição de procedibilidade ou de persecução da pessoa jurídica

Noutras palavras, o legislador passou a exigir uma “condição subjetiva de procedibilidade” na responsabilização da pessoa jurídica, esta reflexa ao fim mediato da conduta perseguida pela pessoa física, que não pertence à tipicidade, à ilicitude, ou mesmo à culpabilidade.

Lembrando MUÑOZ CONDE “distinguem-se as condições objetivas de procedibilidade ou de persecução, que condicionam não a existência do delito, mas sua persecução processual, isto é, a abertura de um procedimento penal Trata-se de obstáculos processuais que, no fundo, têm a mesma função das condições objetivas de punibilidade”<sup>107</sup>

Concluindo, a ausência de tal condição de procedibilidade, no entanto, não afasta o concurso de pessoas, visto que não integra em nosso sistema o conceito de crime, apenas afetando a persecução criminal a ser intentada em face da pessoa jurídica. Porém, sob o aspecto processual penal, a sua ausência estaria a gerar constrangimento ilegal decorrente do processo, visto que faltaria justa causa para a ação penal, nos termos do que dispõe o art. 648, I do CPP.<sup>108</sup>

Cumpre ademais referir a notória dificuldade de investigação por parte do órgão jurisdicional em se estabelecer *initio litis* a motivação mediata da pessoa física que representa a pessoa jurídica, unicamente com fulcro em elementos mínimos de convicção colhidos no Inquérito. Destarte, caso não transpareça *ictu oculi*, tal apenas seria possível quando da sentença

Requisito do concurso de pessoas corresponde à homogeneidade do elemento subjetivo do tipo, ou seja, apenas existindo quando ambos os concorrentes tenham agido de forma dolosa no tocante às elementares objetivas deste, seja na prática de atos de execução, seja na colaboração moral ou material para tanto Segundo bem assevera DOTTI

não se exige um *pactum sceleris* ou um simples acordo para a configuração do elemento subjetivo Basta a consciência de cooperar de qualquer modo, em maior ou menor grau, para a ação de outrem visando praticar o fato punível A reciprocidade do elemento subjetivo

---

<sup>107</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco op cit p 170

<sup>108</sup> A idéia da eventual ausência de justa causa quando não preenchida a condição imposta pela Lei, frise-se, é adaptada analogicamente ao ente fictício, ao passo que o preceito contido no art 648, I disciplina o constrangimento ilegal à liberdade ambulatoria, atributo que não detém a pessoa jurídica Tal raciocínio impede inclusive a impetração de “habeas corpus” em favor da pessoa jurídica e, outrossim, caberia avaliar se a pretensão seria subsumível às regras do mandado de segurança, enquanto única ação de impugnação porventura cabível

também é necessária, pois se um dos concorrentes não souber da colaboração de outrem no mesmo fato não haverá, para ele, o concurso <sup>109</sup>

Negando-se a existência de conduta dolosa à pessoa jurídica, visto que é incapaz de ação, obviamente não há que se falar em homogeneidade do elemento subjetivo, uma vez que as atividades da pessoa jurídica apenas poderão ser subsumíveis ao tipo objetivo

A partir desta constatação, as regras contidas nos artigos 29 e 30 do Código Penal não seriam aplicáveis à hipótese, em que pese a pessoa jurídica possa deter aporte causal infinitamente superior ao do seu representante na consecução do resultado lesivo ao meio ambiente, alocando para tanto todos seus recursos materiais e pessoais

O concurso de pessoas física e jurídica, não obstante a norma contida no art. 3º da Lei n. 9 605/98, poderia ser solvido a partir da concepção de autoria mediata, onde os seus representantes legais (pessoas físicas) deteriam total e absoluto domínio do fato, valendo-se do ente fictício unicamente como instrumento impunível (em sede criminal) para a consecução das práticas típicas abrangidas pelo seu dolo. Aliás, tal raciocínio já informa o direito positivo no tocante à desconsideração da pessoa jurídica no âmbito civil, do consumidor, bem como do próprio diploma legal em deslinde

---

<sup>109</sup> DOTTI, René Ariel op cit p 354

## Capítulo IV

### O Primado da Responsabilidade Subjetiva no Direito Criminal

O direito penal modernamente se afigura livre dos grilhões da responsabilidade objetiva para o reconhecimento da existência de um crime, isto é, exige a prática de uma conduta típica e ilícita por parte do indivíduo, a fim de que possa ela ser censurada e imposta a respectiva pena no âmbito da culpabilidade.

Trata-se da prevalência do fato praticado, sendo este o pressuposto da investigação acerca da ocorrência ou não do crime, não admitindo o Estado Democrático de Direito qualquer iniciativa em se buscar a punição a partir do cargo ocupado pelo agente, na genérica repartição de atribuições contida nos estatutos da pessoa jurídica, ou mesmo no organograma hierárquico da instituição a que ele pertence, seja de direito público ou privado.

Concepção distinta, privilegiando o ser humano pelo que ele representa socialmente, num juízo valorativo a partir de suas tendências políticas, culturais ou mesmo a partir de sua raça ou origem, dissociada do fato praticado, legitimou a ascensão de regimes totalitários, bem como o vilipêndio das liberdades individuais em flagrante infração aos mais basilares princípios que garantem a dignidade e a igualdade dos seres humanos.

A concepção “*nullum crimen sine culpa*” se funda exatamente na dignidade do ser humano, garantia constitucional inserida no art 1º, III, da Magna Carta, servindo como balizador, seja para a impossibilidade da construção de tipos penais incriminadores que desprezem o substrato fático, fundados unicamente na pessoa humana, seja para determinar a necessária investigação da conduta praticada, que permitirá futuro juízo axiológico acerca de sua reprovabilidade

Particularmente no tocante aos crimes reputados societários, tal axioma deterá importância sobremaneira destacada, proibindo a válida dedução da pretensão punitiva estatal, veiculada pela denúncia ou pela queixa, sem que ao

menos seja imputado um fato concreto e determinado ao seu autor, assim como co-autor e partícipe. A mitigação do princípio da responsabilidade subjetiva não reflete em vetor positivo na busca da verdade real, ao contrário, quando exacerbada, faz gerar a convalidação do constrangimento ilegal próprio da inépcia da peça acusatória, ou mesmo da ausência de justa causa para ação penal.

A descrição individualizada da conduta dos pretensos protagonistas, descrita no arquétipo legal, acrescida a mínimos elementos de convicção acerca da plausibilidade da imputação (autoria e materialidade) é imperativo inafastável da ordem constitucional. Tal tendência orientou a própria exposição de motivos do Código Penal de 1969, ainda sob a égide de um Estado de exceção, nas palavras do Ministro da Justiça LUÍS ANTÔNIO GAMA E SILVA: “Tendo-se presente a realidade brasileira, procurou-se ajustar a nossa legislação penal às exigências de um direito penal da culpa, que visa a proscrever toda forma de responsabilidade objetiva, proporcionando-se, por outro lado, soluções eficientes para a repressão da criminalidade grave”<sup>110</sup>

No entanto, a oscilação acerca do tema pela jurisprudência pátria, conforme oportunamente analisada, muitas vezes se posiciona na contra-mão de direção desta inconteste conquista, sob o fundamento de uma busca cega pela suposta eficiência no combate ao crime, a gerar uma verdadeira hipertrofia do aparato punitivo estatal, insegurança e preconceito.<sup>111</sup> Conforme FIGUEIREDO DIAS, ao tratar da consciência da ilicitude em direito penal (especialmente da ignorância da lei) aquilo que pode ser provado não precisa ser presumido. Destarte, se o Estado pode se valer da investigação criminal, seja através do Inquérito Policial, seja através de elementos de convicção coligidos diretamente pelo órgão do “parquet”, a odiosa simplificação dos requisitos mínimos para o processo crime não combina com a dignidade do homem e do cidadão.

---

<sup>110</sup> Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, item n. 03

<sup>111</sup> MOCCIA, Sergio op. cit. p. 11

## **Seção I - Diretrizes gerais da responsabilidade nos crimes societários**

Conforme estudos levados a efeito por PIMENTEL<sup>112</sup>, a denominação “crime colegial” remonta o direito penal italiano, na pena de RENDE, admitindo este autor que tais delitos deveriam ser elevados a uma categoria autônoma no tocante ao Direito Penal tradicional, impondo uma solidariedade do colegiado no tocante à responsabilidade individual de seus componentes.

Tal raciocínio mascarava uma solução antevista para o Direito Civil, impondo a odiosa responsabilidade objetiva dos componentes do órgão diretivo da pessoa jurídica e, de antemão, foi duramente criticada por autores como ANTOLISEI, NUOVOLONE, MINERVINI, ZUCCALÁ TONDO E PIETRO MIRTO, prevalecendo destarte a concepção da autonomia dos ramos do direito a determinar soluções díspares de acordo com as demais engrenagens componentes de cada sistema em deslinde

A denominação crime societário ou multitudinário, desta forma, não impõe a existência de um concurso necessário de pessoas, envolvendo sócios, administradores e mandatários das pessoas jurídicas, no tocante à suas condutas típicas, ilícitas e censuráveis Nada mais representa senão, via de regra, a existência de co-autoria ou participação em crimes monossubjetivos perpetrados pelas pessoas físicas que, reunidas em órgão colegiado, ou não, emprestam vontade à pessoa jurídica e outrossim determinam as atividades desta.

Não se busca dotar tais práticas de autonomia, tal como se pertencessem a um novo ramo do direito, dissociado por especialidade dos dogmas que regem o direito penal O próprio direito penal econômico, conforme assevera a obra de PIMENTEL, repise-se, não detém tal autonomia, cingindo-se a ser reconhecido como uma mera ramificação daquele:

---

<sup>112</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro op cit p 150

Estamos convencidos, também, de que o Direito penal econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se, simplesmente, de um ramo do Direito penal comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste. Não há como negar que se trata de um conjunto de leis especiais, necessariamente editadas sob a pressão de necessidades novas, objetivando a defesa dos bens e interesses ligados à política econômica do Estado. Mas, é inegável, igualmente, que tais leis de caráter penal não podem fugir às exigências que se colocam em volta de todos os preceitos penais.<sup>113</sup>

Caso contrário, a disciplina dos denominados crimes econômicos ou societários esbarraria nos mesmos problemas dogmáticos impostos à responsabilização criminal da pessoa jurídica, qual seja, a verdadeira anomia, visto que dissociado de uma construção sistemática que lhe conceda substrato de existência.

Destarte, os denominados crimes societários abrangem condutas que se subsumem aos tipos penais fundamentais contidos no Código (estelionato, apropriação indébita,...) às condutas lesivas à ordem tributária, financeira, à lisura das relações de consumo e, até mesmo as infrações contra o meio ambiente, dentre outras. O traço diferencial que autoriza assim denominá-los condiz unicamente com a prática ter sido intentada pelo órgão de administração ou gestão de uma pessoa jurídica, através de uma ou mais pessoas a ele pertencentes.

Conforme já observado, a estruturação do sistema penal, no tocante aos mandatários da pessoa jurídica, abrangidos pelo conceito não somente os procuradores, mas também os representantes legais, administradores, enfim todos que exerçam a gestão do ente fictício, funda-se na estrita observância à responsabilidade subjetiva, ou seja, própria do direito penal do fato, onde a conduta

---

<sup>113</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. Idem p. 15. Arrematando na mesma linha de pensamento: “Nem mesmo a alegação de que este Direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, poderia justificar a quebra dos princípios gerais do Direito Penal, aqueles mesmos já mencionados, como os da reserva legal e o da responsabilidade subjetiva. Se se tratasse de um Direito autônomo, que somente adotasse a sanção penal, não se cogitaria de tais restrições, pois a sua construção própria e especial, mais chegada à natureza privatística, refugiria a tais exigências dogmáticas.”

concretamente praticada informa a tipicidade, a ilicitude e, finalmente, a culpabilidade.

A partir deste raciocínio, a premissa lógica da incriminação não se funda na posição ocupada pelo sócio ou administrador junto ao ente coletivo, sendo irrelevante o indivíduo estar em posição hierarquicamente destacada dos demais, tal como presidente, gerente delegado (nos estatutos sociais). A responsabilidade em sede criminal exige *ab initio* a prática da conduta descrita no tipo incriminador ou ao menos que para ela tenha concorrido o agente na forma de induzimento, instigação ou cumplicidade, regidos pelo dolo ou pela culpa.

Ademais, conforme o princípio constitucional da presunção de inocência, garantia prevista no art 5º, LVII da Magna Carta, resta de todo impossível se presumir a prática da conduta por conta do sócio ou administrador, unicamente pelo cargo ou posição ocupada junto à pessoa jurídica, tal como se decorresse logicamente da direção desta. Não há que se falar em solidariedade ativa no tocante à conduta proibida, tal como ocorre no direito civil, comercial, do consumidor dentre outros ramos. Neste sentido se manifestam PEDRAZZI e PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR<sup>114</sup> ao afirmarem que “O sistema da solidariedade é válido apenas no âmbito da responsabilidade civil. no campo penal, cada diretor responde pela própria conduta, e somente por ela. Diante de um episódio delituoso, o juiz deverá verificar quais dentre os diretores participaram.”

Nas palavras do Ministro CELSO DE MELLO<sup>115</sup>. “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 apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório”.

Tal problema se agrava sensivelmente quando observadas pessoas jurídicas que detém o órgão colegiado em determinado município e, muitas vezes, diversas

---

<sup>114</sup> PEDRAZZI, Cesare e COSTA JUNIOR, Paulo José Direito Penal Societário p 20

<sup>115</sup> Supremo Tribunal Federal Habeas Corpus n 73 590 Primeira Turma Relator Ministro Celso de Mello v u j em 06 08 96 DJU de 13 12 96, p 50 162

filiais espalhadas pelo território pátrio. A aplicação do princípio *nullum crimen sine culpa* impõe seja avaliada a efetiva participação da pessoa física que detém o poder decisório, no tocante às atividades reputadas ilícitas do ente coletivo, junto ao local do pretense crime

Tal se exige a fim de não se permitir possa ela vir a responder a processo criminal se não houve aporte causal quanto ao resultado, quanto mais quando ausente a previsão própria do elemento intelectual do dolo ante a delegação de atribuições a administradores locais

Decidindo acerca do tema em deslinde, o Superior Tribunal de Justiça, em Acórdão da lavra do Ministro FERNANDO GONÇALVES<sup>116</sup>:

É inepta denúncia, desbordando-se, inclusive, em abuso, que, sem apontar um só fato capaz de fornecer indício - ainda que mínimo - acerca da atuação dos sócios, se limita à referência de ação continuada, com unidade de desígnios, reduzindo o recolhimento de valor do ICMS. O único delito seria o posto ocupado pelos sócios individualmente na empresa que, possuindo, mais de 50 estabelecimentos, em todo Brasil, tem sede no Rio de Janeiro, onde reside a diretoria, ocorridos os fatos em loja na cidade de Belo Horizonte

O primado da responsabilidade pessoal ademais impõe que no tocante às denominadas decisões colegiadas, ou seja, decorrentes do voto do conselho diretivo da sociedade, que o mandatário apenas responderá quando assentir expressa ou tacitamente para a prática da conduta incriminada não se podendo estabelecer responsabilidade criminal no caso de restar ausente à deliberação ou, ainda, quando vier a votar contra a referida prática

Concluindo, no tocante à incriminação dos mandatários da pessoa jurídica, a boa técnica legislativa estaria a recomendar a criação de tipos culposos, próprios a determinar a responsabilidade pessoal ante a infração ao dever de fiscalizar, por parte do mandatário, punindo outrossim de forma pessoal a omissão deste. Neste

---

<sup>116</sup> Superior Tribunal de Justiça RHC 8143/MG Rel Ministro Fernando Gonçalves – in DJ 28/06/99 p 153 – v u

sentido é o entendimento de PIMENTEL<sup>117</sup> a afirmar que “*de jure condendo* é recomendável a adoção de dispositivos que imponham o dever de diligência dos diretores e administradores da pessoa jurídica, responsabilizando-os pela omissão negligente, ou por atos de imprudência ou imperícia, impondo-lhes a obrigação de impedir ou tentar impedir a prática de crime em nome da sociedade.”

### **§ 1º. A relevância da omissão do mandatário**

O Código Penal em seu art. 13, parágrafo segundo, estabelece as hipóteses da relevância da omissão em sede criminal, destacando. a) o dever legal ou contratual de agir, b) a posição de garantidor, c) quando o agente fez gerar, por seu comportamento anterior, o risco da existência do resultado,

Além da responsabilidade pela conduta positiva (ação) e a própria dos crimes omissivos puros, alguns diplomas legais instituem a existência de um dever legal de agir para impedir o resultado, por parte dos administradores, diretores, enfim mandatários da pessoa jurídica, tornando relevante a omissão dolosa ou culposa (conforme o tipo incriminador) e viabilizando outrossim a responsabilidade

Destacam-se a seguir alguns diplomas que estabelecem a obrigação legal de agir para os mandatários das pessoas jurídicas, impondo outrossim a responsabilidade pela omissão da conduta esperada.

---

<sup>117</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro op cit p 156

## A - Sociedades por Ações

A disciplina jurídica das sociedades por ações é objeto da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações dadas pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. O primeiro diploma legal citado, estabeleceu critério a fim de disciplinar a responsabilidade dos administradores destas sociedades junto ao parágrafo primeiro de seu artigo 158, onde se estatui:

Art 158 O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo,

II - com violação da lei ou do estatuto

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral

A interpretação sistemática de tal dispositivo com o preceito que trata da relevância da omissão, contido no art. 13, § 2º, “a” do Código Penal, faz surgir para os representantes de tais sociedades a possível ocorrência de crimes omissivos próprios e impróprios, a serem imputados aqueles que tivessem ciência e pudessem agir para impedir o resultado proibido.

O dever legal de impedir o resultado, tal como nos denominados crimes omissivos impróprios, não está a gerar a responsabilidade objetiva, isto porque a subsunção da conduta do administrador ao tipo subjetivo exige a forma dolosa ou culposa, nos termos da respectiva norma incriminadora. Desta feita, decomposto o dolo em seus elementos cognitivo e volitivo, a responsabilidade apenas será identificável quando detenha ele ciência prévia da conduta do terceiro, das

elementares que a descrevem e da forma de execução (previsão) conjugada com a vontade livre e consciente de não agir para impedir o resultado previsto.

Ademais, a conivência, nos termos do § 1º, do art. 158 da Lei das Sociedades por Ações, não deve ser entendida tal como o conceito próprio do direito penal, onde o espectador passivo não detém o dito dever legal de agir e, por conseguinte, não pratica conduta relevante do ponto de vista criminal.

Conveniente destacar que a norma contida na lei comercial, a fazer gerar a responsabilidade pela conduta omissiva é de difícil aplicação, conforme bem asseveram PEDRAZZI e PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR<sup>118</sup>, ao passo que “O reconhecimento de uma omissão relevante, como causa pressupõe não só a obrigação, se não também a possibilidade concreta de agir eficazmente para evitar o resultado. De tal possibilidade, via de regra, não dispõe o membro isolado da diretoria, ao qual a lei não fornece instrumental válido para impedir a atividade delituosa de seus companheiros.”

A relevância da omissão enunciada pela Lei de Sociedades por Ações abrange igualmente a conduta culposa, quando prevista tal forma (CP, art. 18, §). Ou seja, mesmo que o resultado não seja querido pelo administrador e a omissão decorra da infração ao dever objetivo de cuidado, que consistiria na adoção de providências voltadas a fiscalizar a conduta de seus subordinados ou pares, bastaria a previsibilidade objetiva/subjetiva deste para que viesse a responder ante a culpa inconsciente. Ademais, a previsão da possibilidade de ocorrência do resultado lesivo, derivado da conduta positiva de outro administrador ou subordinado, pode informar a denominada “culpa ex lascivia” quando o omitente deixasse de fiscalizá-los acreditando de forma sincera que tal evento não viria a ocorrer.

Concluindo, vale asseverar que a subsunção da conduta do omitente ao tipo subjetivo, seja na forma dolosa, seja na forma culposa, não se presume. Destarte, apenas haverá dolo quando conjugada a previsão do resultado à vontade

---

<sup>118</sup> PEDRAZZI, Cesare e COSTA JUNIOR, Paulo José da op cit p 20

de sua concretização e, culpa, quando conjugada a previsibilidade/previsão à infração do dever objetivo de cuidado a determinar o resultado

## **B - Os crimes contra as Relações de Consumo**

A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) igualmente impõe aos mandatários da pessoa jurídica o dever de agir para impedir o resultado ou o risco de sua ocorrência, conforme se observa em seu art. 75, nos seguintes termos: “Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.”

Destarte, a simples alegação de ausência de conduta positiva do mandatário, seja diretor, administrador ou gerente, é incapaz de *per se* vir a elidir a responsabilidade criminal, desde que omitida de forma dolosa ou culposa a conduta esperada, quando possível a sua realização.

Por exemplo, se o sócio-gerente de uma sociedade limitada tem ciência que um seu empregado está expondo à venda mercadoria em condições impróprias para o consumo e não obsta a prática, poderá vir a responder juntamente com ele como incurso nas sanções do art 7º, IX, da Lei n. 8 137/90, tendo em vista a aplicação das normas gerais do Código de Defesa do Consumidor à referida lei extravagante.

## **C - Os crimes contra o Meio Ambiente**

Destaca-se igualmente a norma contida no art. 2º, da Lei n. 9.605/98, que dispõe acerca da responsabilidade criminal: “Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

Novamente é possível afirmar que a Lei de Crimes Ambientais impôs aos diretores, administradores e mandatários da pessoa jurídica, o dever legal de fiscalizar a conduta de seus subordinados e pares, com o fito de tentar impedir a ocorrência da lesão ambiental

No entanto, utilizando-se de técnica que prima pela responsabilidade pessoal, condiciona a existência de crime à necessária tipicidade subjetiva da omissão do mandatário, ao asseverar que o dever de agir decorre da ciência da conduta delituosa que outrem está a praticar (da previsão do resultado lesivo ao meio ambiente – elemento intelectual - e da adesão da vontade – elemento volitivo do dolo) quando não refreia a conduta de terceiro dirigida a desencadear o processo causal, seja porque igualmente quer o resultado proibido, ou ainda, o tolera, anuí com sua ocorrência (dolo eventual).

Observe-se v.g. o tipo penal contido no art. 54 da referida Lei, condizente com a poluição ambiental capaz de gerar dano à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora, ante o derramamento de óleo (§ 2º, V). Se o diretor da pessoa jurídica tem ciência da intenção do gerente operacional em promover a poluição ambiental e, não tenta impedir o resultado antes da prática da conduta, aderindo ao plano delituoso deste, responderá pela omissão ante a prática na forma dolosa

## § 2º - Os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

A Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1996 disciplina as práticas delituosas dirigidas à lesão ou ameaça de lesão ao sistema financeiro nacional, estabelecendo em seu art. 25 a regra matriz da responsabilidade dos mandatários, nos seguintes termos: “São penalmente responsáveis, nos termos da Lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (vetado).”

A primeira discussão trazida a lume condiz com a natureza do rol de pessoas indicadas no *caput* do art. 25 da lei.

Em que pese o entendimento voltado a uma interpretação restritiva do dispositivo, admitindo que apenas responderiam os controladores e os administradores da instituição financeira (diretores e gerentes) tal como se a norma detivesse a natureza de *numerus clausus*, tal raciocínio não se afigura correto, conforme dois motivos a seguir analisados

O primeiro deles condiz com a existência de tipos penais na própria Lei em comento que erigem à categoria de sujeito ativo da infração penal pessoas estranhas àquelas indicadas no rol acima. Destarte, o funcionário público, ainda que não detenha nenhuma vinculação com a pessoa jurídica, é sujeito ativo do crime de mão própria previsto no art. 23 da Lei n. 7.492/86<sup>119</sup>. A *contrario sensu* observa-se no preceito incriminador contido no art. 19<sup>120</sup> da supracitada lei, que por ser reputado crime comum, autoriza a qualquer pessoa figurar como sujeito ativo da fraude contra instituição financeira.

A segunda razão que desautoriza o reconhecimento de um rol taxativo no tocante à responsabilidade, diz respeito à aplicação subsidiária do Código Penal ao

---

<sup>119</sup> Art 23 “Omitir, retardar ou praticar o funcionário público, contra disposição expressa de lei, ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, bem como a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira ”

<sup>120</sup> Art 19 “Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira ”

diploma extravagante e, destarte, a extensão imposta pelo conceito unitário de autor, nos termos de seu art 29, *caput*.

No sentido acima esposado se manifesta com propriedade TIGRE MAIA<sup>121</sup>, ao asseverar que “Trata-se de uma presunção *juris tantum*, porque a própria lei contém dispositivos que são próprios de sujeitos ativos não indicados no dispositivo (*v g* arts. 14 e 23) e porque a matéria subordina-se às normas vigentes no Código Penal acerca do concurso de agentes (art. 29 do CP). Tal entendimento é igualmente o de PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR<sup>122</sup>

No entanto, a técnica legislativa empregada, em descrever os sujeitos que comumente viriam a responder pela conduta proibida, não gera a nenhuma presunção (relativa ou absoluta) de que eles seriam obrigatoriamente erigidos à categoria de réus Pune-se porque os administradores praticaram a conduta incriminada e não por serem administradores.

Em síntese, seja para a determinação da autoria, nos moldes do art. 29 do Código Penal (e art. 25 da Lei n 7.492/86) seja para a determinação do concurso de pessoas, mister se faz a precedente investigação voltada a delinear a conduta dos administradores, gerentes, diretores, enfim mandatários da pessoa jurídica, a fim de que se determine a existência ou não da prática de atos do núcleo do tipo penal ou, ao menos, do auxílio moral ou material para que a conduta proibida fosse aperfeiçoada Não se admite a eleição da figura do sujeito ativo unicamente através da consulta aos Estatutos ou ao Contrato Social, visto restar proscrita a responsabilidade objetiva

---

<sup>121</sup> TIGRE MAIA, Rodolfo Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional p 144

<sup>122</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da, QUEIJO, Maria Elizabeth, MACHADO, Charles Marcildes Crimes do Colarinho Branco p 152

### § 3º - As práticas lesivas à Ordem Tributária

Idêntico raciocínio se impõe aos denominados crimes contra a ordem tributária, condutas tipificadas pela Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, quando observado o art. 11º do referido diploma legal, que dispõe. “Quem de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

Neste aspecto merece aplauso a iniciativa do legislador penal tributário, visto que a redação do supracitado preceito normativo se espelhou na revogada Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, que prestigiava expressamente a responsabilidade penal subjetiva no art. 6º, nos seguintes termos: “Quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.”

Não obstante a incontestada adesão à fórmula de matiz causal e simplificadora, extensiva que remonta à edição do Código Penal de 1940, consoante já referido, não buscou exemplificar os pretensos sujeitos ativos da prática (administradores, sócios, dentre outros) em estrita observância à derivação do princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da Magna Carta) que impõe a *lege certa*<sup>123</sup>

As diretrizes gerais enunciadas para a responsabilidade pessoal ante as práticas que lesionam ou ameaçam de lesão a ordem tributária, destarte, seguem as regras referidas ao nexo de causalidade (CP, art. 13 e parágrafos) bem como as correlatas ao concurso de pessoas (CP, art. 29 e 30)

Ademais, vale o registro de que a Lei n. 8.137/90 não possui preceito impondo ao particular o dever de agir para impedir o resultado e, desta forma,

---

<sup>123</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal p. 29

quanto aos crimes omissivos próprios e impróprios, o concurso de pessoas apenas restará aperfeiçoado quando outro diploma (lei ou contrato) vier a impor tal dever

Durante conferência aos membros do Ministério Público e Juizes Federais, realizada no Rio de Janeiro, no ano de 1987, interessante proposta foi enunciada a respeito do tema por JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR, no sentido de que ao art. 13, parágrafo segundo, do Código Penal fosse acrescentado que o dever de agir deveria “[...] decorrer da própria condição de administrador. Com esse pequeno ajuste à regra integradora do art. 13 do Código Penal, estaria atendido o problema e aberto caminho para que em outras áreas do direito criminal o exemplo venha a ser seguido”

Enquanto tal não ocorre, forçoso ressaltar que o dever legal de agir, nos crimes supracitados não se presume, devendo ser analisado de acordo com o diploma legal em deslinde ou com outras normas legais ou contratuais que o venham a impor, sob pena de se reinstalar a responsabilidade objetiva.

## Capítulo V

### A dedução da pretensão punitiva e a justa causa

A plausibilidade da existência de uma prática tida como delituosa, com contornos mínimos acerca da autoria e materialidade delitivas, especialmente nas atividades desempenhadas pela pessoa jurídica, acrescida ao primado da jurisdição em matéria criminal impõe ao Estado, inúmeras vezes na figura do órgão do “parquet”, que deduza judicialmente sua pretensão punitiva, ou seja, a sua vontade de ver o autor ou responsável condenado, e que lhe seja imposta a necessária reprimenda.

Surge pois um entrechoque de forças, de um lado o Estado-Administração e sua pretensão punitiva, de outro o réu a sustentar seu *status libertatis*. Observando que o Estado não pode impor ao indivíduo sua vontade senão por intermédio do processo (*nulla poena sine iudicio*) surge o Poder Judiciário como único detentor do poder-dever de compor tal conflito, aplicando o direito material e impondo coercitivamente as suas decisões. Acentua FREDERICO MARQUES<sup>124</sup> que “A aplicação da lei penal só se torna possível, como corolário desses princípios, através de coação indireta. Sem que o Estado demonstre a existência do *jus puniendi*, de forma a não violar com a aplicação da pena o *jus libertatis* do indigitado autor do crime, não pode ser imposta a sanção penal adequada”.

A dedução da pretensão punitiva estatal, de forma escrita junto à denúncia ou à queixa, detém algumas particularidades quando a imputação envolve a coexistência de autor e co-autor ou partícipe, no tocante às práticas societárias ou mesmo outros delitos de concurso igualmente facultativo. Busca-se neste Capítulo determinar quais requisitos obrigatoriamente deverão ser observados pelo órgão acusador, a fim de que inexistam deficiências na narrativa fática, estas a fazer gerar

---

<sup>124</sup> FREDERICO MARQUES, José Elementos de Direito Processual Penal p 07

a inépcia da vestibular acusatória ou, ainda, o seu trancamento por ausência de plausibilidade do *ius puniendi* estatal.

Ademais, igualmente cumpre sejam avaliados os efeitos da infringência à norma processual cogente, ditada no interesse público no tocante à validade do processo, bem como estabelecidos os instrumentos de controle jurisdicional ao alcance da parte que está a sofrer constrangimento em sua liberdade ambulatoria.

### **Seção I - A denúncia e seus requisitos**

A norma contida no art. 41 do Código de Processo Penal estabelece os elementos mínimos a estarem contidos na vestibular acusatória, a fim de que lhe seja aferida a validade formal. Dispõe o citado preceito normativo: “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas a 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.”

Não interessa necessariamente ao objeto de investigação, consoante proposto, a análise dos dados de qualificação do acusado, a classificação do crime e o protesto pelas provas que pretenda o órgão do *parquet* vir a produzir judicialmente mas, de forma incontestes, a correta hermenêutica e o alcance da exigência de que se descreva o fato com todas as suas circunstâncias.

Inúmeros doutrinadores contribuíram para elucidar tal questão, aduzindo o significado da exigência normativa. Dentre eles ADA PELLEGRINI GRINOVER, citando JOÃO MENDES JUNIOR: “A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (art 41 CPP), isto é, ‘não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que a determinaram a isso

(cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando)’ (João Mendes Jr) ”

Sintetizando, o exercício da ampla defesa, enquanto garantia constitucional prevista no art 5º, LV da Magna Carta, impõe à dedução da pretensão punitiva a descrição de todas as circunstâncias de tempo, espaço e maneira de execução referidas ao fato que se imputa ao indivíduo, visto que delimita o campo da defesa, bem como o poder-dever do órgão jurisdicional no caso em deslinde, a fim de que se garanta o princípio do *nemo iudex sine actore* (demanda). A demonstração da veracidade de tais assertivas se encontra no tratamento dado à denominada *mutatio libelli*, conforme prevista no art. 384 do Código de Processo Penal e a correlata aplicação do art 28 do citado diploma, na hipótese de dissentimento entre o órgão julgador e o *parquet*.

A investigação criminal preparatória pode versar, consoante acentua FREDERICO MARQUES, sobre um fato incerto uma vez que o seu objetivo determinante é exatamente elucidá-lo, descobrindo ou não a existência de um crime. Raciocínio oposto, no entanto, ocorre quanto à acusação, visto que delimita o julgamento do pedido, cabendo outrossim ao órgão acusador que “exponha os fatos em que descansa a pretensão do Estado, de maneira precisa e clara ”<sup>125</sup>

A incerteza, a prolixidade, a descrição superficial do fato imputado geram a impossibilidade de se aduzir a devida defesa técnica, dada pelo defensor constituído ou nomeado, ou ainda a própria autodefesa, oportunidade em que o réu, interrogado na fase da *persecutio criminis in iudicio*, pode expor livremente sua versão dos fatos, servindo ademais como tese defensiva autônoma em cotejo com a deduzida pelo advogado.

---

<sup>125</sup> FREDERICO MARQUES, José Estudos de Direito Processual Penal p 148

## **§ 1º. A imputação nos crimes societários**

Tratando-se de crimes societários ou colegiais, repise-se, havendo possível concurso de pessoas na prática da infração penal, seja na hipótese de co-autoria ou participação, a correta hermenêutica do art 41 do Código de Processo Penal é objeto de dissenso doutrinário e jurisprudencial.

Os autores que buscaram enfrentar o tema repartem-se em duas formas de estabelecer o alcance e o sentido do que se entende pela “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”, formando-se correntes aparentemente distintas

### **A - Dispensa de descrição particularizada**

De um lado, ponderam os primeiros que a dificuldade de se penetrar na estrutura interna da pessoa jurídica, quando das investigações preparatórias, levadas a efeito pela Polícia Judiciária, muitas vezes torna impossível ao órgão acusador individualizar a conduta de cada mandatário no tocante ao aporte causal havido para a prática do crime. Destarte, exigir *v g* do Ministério Público que não deduza a pretensão punitiva antes de colher tais elementos indiciários seria fator preponderante para perpetuar a impunidade dos autores do delito, quanto mais observando que a demora das investigações poderia conduzir à prescrição e conseqüente extinção da punibilidade.

Tal raciocínio estaria a impor ao magistrado uma certa tolerância ao avaliar a peça acusatória, nos termos do que preceitua a norma processual cogente e, desde que o fato imputado seja típico, mesmo não se estabelecendo a forma de participação ou o contributo de cada um supostos concorrentes para o seu

aperfeiçoamento, caberia reputar válida a imputação extensiva aos co-autores, isto porque, nesta fase vigoraria o princípio *in dubio pro societate*, exigindo a dedução da pretensão punitiva pelo “parquet”

Segundo este primeiro entendimento, deve o Juiz receber a vestibular acusatória, dando início ao processo criminal, desconsiderando a ausência de individualização. Conforme as considerações expendidas se manifesta ROCHA<sup>126</sup>, asseverando que “Já restou anotado, que, na forma do art. 41 do CPP, deve a denúncia, ou a queixa, descrever a conduta ilícita imputada ao acusado. Não obstante, algumas vezes, nos crimes societários, torna-se impossível individualizar a conduta de cada um dos agentes. O não-cumprimento dessa imposição, no entanto, não tem o condão de anular a peça acusatória, como têm decidido nossos tribunais.”

Efetivamente tal forma de pensar encontra respaldo nas decisões dos Tribunais brasileiros, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, a orientar o entendimento dos Tribunais de Justiça e Alçada dos Estados, conforme bem se observa em recente acórdão da lavra do Ministro FELIX FISCHER, em cuja ementa assim destaca: “[...] Em se tratando de crimes que envolvem um grupo de pessoas, a jurisprudência desta Corte tem admitido a prescindibilidade de descrição pormenorizada da participação de cada um dos acusados (Precedentes).”<sup>127</sup>

A corrente jurisprudencial encontra assento inclusive no Pretório Excelso, conforme diversos julgados, sendo que a Ministra ELLEN GRACIE, ao julgar o *Habeas Corpus* de n 82246, afirmou. “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

---

<sup>126</sup> ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Curso de Processo Penal p 143 Cita o autor precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

<sup>127</sup> Superior Tribunal de Justiça 5ª Turma RHC 14929/Pr Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2003/0157240-1 Dj 15/12/2003 pg 326 Relator Min Felix Fischer

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 )”.<sup>128</sup>

## **B - Necessidade de individualização mínima**

Opondo-se à primeira concepção perfilharam-se muitos autores e magistrados, observando que a consequência da mitigação do rigor da norma processual, transcende o âmbito da simples tolerância na análise dos requisitos da formais da denúncia, a gerar flagrante constrangimento ilegal à liberdade ambulatoria, bem como um caminho aberto para o retorno da odiosa responsabilidade objetiva

O primeiro argumento condiz com a impossibilidade do denunciado exercer no processo penal, que se inicia, o direito à ampla defesa (CF, art 5º, LV).

Criticando um acórdão em *Habeas Corpus*, julgado pelas Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, FREDERICO MARQUES, frente a um caso de “acusação de co-autoria”, assentou em sua obra<sup>129</sup>: “Por paradoxal que pareça, a acusação é uma exigência do direito de defesa. Já o salientou, em vários de seus trabalhos sobre processo penal, o professor JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA. É que ninguém pode defender-se no vácuo, ou seja, ignorando o crime que se lhe imputa. “Sem que o réu tenha conhecimento e notícia do fato delituoso que lhe é atribuído, impossível lhe será rebater, através da defesa, a denúncia contra si endereçada.”

O segundo obstáculo aduzido condiz com a inversão do ônus da prova,<sup>130</sup> com a aceitação da responsabilidade objetiva, ao passo que caberia ao mandatário

---

<sup>128</sup> Supremo Tribunal Federal 1ª Turma – HC 82246/RJ Relatora Ministra Ellen Gracie  
Fonte DJ de 14/12/2002 p 33

<sup>129</sup> FREDERICO MARQUES, José op cit p 148

<sup>130</sup> DOTTI, René Ariel Curso de Direito Penal p 360

da sociedade demonstrar no curso da instrução criminal que não concorreu para a prática do crime que lhe é atribuído genericamente na denúncia, sendo que tal incumbência, seria exclusiva do órgão acusador.

Não obstante as normas processuais penais serem de inafastável cunho instrumental, bem como o recebimento da denúncia estar fundado unicamente na plausibilidade do direito do Estado em obter uma sentença condenatória, prevalecendo no curso do processo a presunção de inocência, é pacífico do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial que a *persecutio criminis in iudicio* gera sensível restrição à liberdade ambulatoria do indivíduo, que terá que comparecer aos atos procedimentais, inclusive sob pena de restar legitimada a custódia cautelar (“*ex vi*” da disciplina da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal).

O repúdio à responsabilidade objetiva em sede criminal, conforme acentua LUIZ VICENTE CERNICCHIARO informa o pensamento das nações civilizadas, ecoando nas raízes da história do direito

O Direito Penal moderno realça, cada vez mais, a importância da responsabilidade subjetiva, banindo categoricamente a responsabilidade objetiva. Os códigos mais modernos conferem roteiro seguro para ilustrar e afirmação República da Alemanha, Áustria, Portugal e Espanha. Na Itália, o Código Rocco de 1930 subscrevera a responsabilidade objetiva, nos termos do art. 42. Ao lado da responsabilidade por dolo ou culpa, ressaltava os casos de delitos preterintencionais e a redação quanto às contravenções gerou séria divergência. A doutrina, não obstante antiga decisão da Corte Constitucional, de 1956, no sentido de a responsabilidade objetiva não ser contrastante com o art. 27 da Constituição, tem adotado postura contrária.<sup>131</sup>

Ademais, a afirmação judicial da existência de justa causa para a ação, condizente com o efeito do recebimento da vestibular acusatória pode ser igualmente utilizada para o ajuizamento de medidas assecuratórias em sede processual penal, tais como o arresto, o sequestro e a hipoteca de bens imóveis (cf.

---

<sup>131</sup> CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal na Constituição. p. 75

CPP, art. 125 e seguintes) dispensando-se inclusive o “*periculum in mora*” para a sua decretação, em face da autonomia dos ramos do direito, cada qual com requisitos próprios

Conforme assevera DOTTI: “No entanto, a melhor jurisprudência não tem feito *tabula rasa* das garantias constitucionais e legais atinentes ao princípio da individualização. Ao contrário, vem proclamando a inépcia da denúncia quando o seu redator podia e devia promover uma investigação – ainda que mínima – para apurar a natureza e o grau de participação”<sup>132</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, em que pesem as manifestações de abrandamento da inteligência do art. 41 do Código de Processo Penal, se posicionou inúmeras vezes não admitindo a denúncia genérica, tal como no julgamento do *Habeas Corpus* n. 18338/PR, em acórdão da lavra do Ministro HAMILTON CARVALHIDO:

O fundamental, em remate, é que, em verdade, trata-se de responsabilização objetiva, por fatos não apurados com suficiência, figurando os pacientes na posição de réus, simples e puramente porque eram, ao tempo cogitado na denúncia, os ocupantes dos cargos de direção ou de administração da Cooperativa tomadora do financiamento

[ ] Procedendo assim, readmite a acusatória pública a proscrita responsabilidade penal objetiva e é manifestamente infringente do direito penal em vigor, informado pelo princípio *nullum crimen sine culpa*, que requisita, como pressuposto, já ao nível da conduta e, pois, da tipicidade, a efetiva prática ou a participação da e na ação criminosa, em última análise, afirmadas desnecessárias<sup>133</sup>

Simetricamente à concepção anterior, no Supremo Tribunal Federal igualmente se encontram julgados exigindo o contorno fático mínimo, no tocante à conduta de co-autores e partícipes, conforme se observa no julgamento do *Habeas Corpus* n. 80549/SP, em acórdão do Ministro NELSON JOBIM:

<sup>132</sup> DOTTI, René Ariel Curso de Direito Penal p 360

<sup>133</sup> Superior Tribunal de Justiça - HC 18338/PR 6ª Turma Relator Ministro Hamilton Carvalhido v u Publicação DJ de 10/02/2003

Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica. Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado. É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão da paciente. Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41 e os Tratados Internacionais sobre o tema. Igualmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Denúncia que imputa co-responsabilidade e não descreve a responsabilidade de cada agente, é inepta. O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjeto). A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva. Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar. Outra, é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado.<sup>134</sup>

### **C - Análise das concepções em aparente confronto**

Aparentemente contraditórias, as duas concepções enunciadas permitem perfeita justaposição, tal como se fosse possível afirmar: Nos crimes societários ou de autoria coletiva não se exige a descrição pormenorizada da conduta de cada concorrente, no entanto, em estrita observância aos princípios da responsabilidade pessoal e da ampla defesa, deve conter a denúncia um contorno fático mínimo do aporte ou ação de cada um destes.

Cumprido lembrar que a adoção do primeiro posicionamento, de forma absoluta e irrefletida, colocará em risco a própria harmonia do sistema processual penal e as garantias individuais enunciadas pela Magna Carta, servindo como porta de passagem ao arbítrio e ao constrangimento ilegal. Afinal, o combate à

---

<sup>134</sup>Supremo Tribunal Federal Relator Ministro NELSON JOBIM Julgamento 20/03/2001 Órgão Julgador Segunda Turma Publicação DJ DATA-24-08-01 p 44 Vide também os precedentes citados no Acórdão “RHC-57667, (RTJ-95/549), RHC-60652, RHC-62893,(RTJ-115/675), HC-64870, HC-71788, HC-71899, (RTJ-156/574),HC-73324, HC-73419, HC-73590, (RTJ-163/268), HC-74791,HC-79399 ”

criminalidade não autoriza o raciocínio maquiavélico, privilegiando unicamente a segurança pública em detrimento da liberdade humana.

Não se justifica, ademais, presumir a impossibilidade da obtenção de indícios de autoria e materialidade delitivas sem envidar esforços para tanto, seja através de documentos, testemunhos ou mesmo perícias intentadas na fase preliminar de investigação. A complexidade da divisão de atribuições dentro de uma pessoa jurídica de grande porte não pode servir como bem assevera o Ministro NELSON JOBIM “escudo retórico” para a inércia da Autoridade Policial ou do representante do *parquet*

Tendo como premissa a concepção de que os erros e experiências do passado devem ser os instrumentos a orientar a correta hermenêutica da norma positiva em tempo presente, cabe lembrar uma passagem do “*Malleus Maleficarum*”, escrito no ano de 1484 pelos inquisidores HEINRICH KRAMER E JAMES SPRENGER, enquanto manual a orientar o processo nesta negra fase do direito criminal. No entanto, abordando os métodos para dar início à *persecutio criminis*, recomendam o seguinte na formalização escrita da acusação com o depoimento de testemunhas

Feito o juramento, será interrogado para esclarecer de que modo sabem serem verdadeiras as suas declarações, e se viu ou ouviu tudo aquilo que jura. E se disser que viu alguma coisa, como, por exemplo, que a acusada estava presente em determinado momento de uma tempestade, ou que tocou um animal, ou que entrou no estábulo, o Juiz deverá indagar quando a viu e onde, e quantas vezes e em presença de quem, compondo artigos separados para cada um desses itens. E o Escrivão ou Notário há de anotar a denúncia imediatamente, [ ]<sup>135</sup>

Um reparo de ordem técnica se faz necessário quando avaliado o argumento de que a ausência de descrição na denúncia, da conduta do co-autor ou partícipe, viola o princípio da responsabilidade pessoal. Isto porque parece evidente tal princípio informar o mérito da ação penal proposta, onde em tese as normas de

---

<sup>135</sup> KRAMER, Heinrich e SPRENGER, James. O Martelo das Feiticeiras p. 398

direito material serão aplicadas, e solvido o litígio com a procedência ou não da pretensão punitiva do Estado

Ousa-se afirmar no entanto, quando as investigações forem completamente exauridas sem que se estabeleçam elementos de convicção acerca da conduta do mandatário da pessoa jurídica (sócio, administrador, ..) que carecerá a ação penal de uma de suas condições indispensáveis, qual seja, a justa causa, razão a determinar o arquivamento do Inquérito ou das peças, nos termos da hermenêutica do art 43, inciso III, combinado com o art. 648, I, ambos do Código de Processo Penal, sem que se cogite da pretensa solidariedade do colegiado.

## **§ 2º - A Inépcia da denúncia e os efeitos decorrentes**

Efeito da inobservância das normas processuais, especialmente dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, a inépcia da denúncia condiz com a sua invalidade formal, via de regra referida à omissão de circunstâncias elementares do tipo, e que permeiam sua prática, assim como, no concurso de pessoas, com especial relevo aos crimes de autoria coletiva, quando não vier a expor minimamente o aporte causal de cada um dos concorrentes para a prática dos atos de execução

Não obstante os defeitos da denúncia possam ser sanados até antes da sentença, nos termos do que dispõe a norma contida no art. 569 do Código de Processo Penal, a inépcia gera nulidade *ab initio* do feito, com a conseqüente renovação dos atos decisórios. Ademais, nos termos da correta hermenêutica do art 117, do Código Penal, a contagem do prazo de prescrição apenas será reputada interrompida ante o recebimento da denúncia formalmente perfeita. O que significa que a denúncia inepta não interrompe a contagem até que outra válida seja recebida

As omissões ou deficiências da vestibular acusatória, no entanto, deverão ser aduzidas pela defesa (ou reconhecidas *ex officio* pela autoridade processante) até a sentença, sendo que após tal ato serão reputadas sanadas, devendo a insurgência se dirigir diretamente a esta conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades <sup>136</sup>

Resta concluir, destarte, que além da prescrição outros fatores podem vir a impedir a renovação da vestibular acusatória quando declarada inepta. Dentre estes, especial destaque para as infrações que atentem contra a ordem tributária, nos termos da Lei n. 8.137/90.

#### **A - Crimes contra a Ordem Tributária**

O reconhecimento da inépcia da vestibular acusatória ganha especial relevo nas práticas de crimes contra a ordem tributária, tendo em vista o advento da Lei n. 9.249/95, que em seu art. 34 preceitua “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8 137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia

A referida inépcia da denúncia, uma vez decretada judicialmente, restitui aos acusados os benefícios da citada Lei do imposto de renda e, se quitados ou parcelados os valores totais devidos ao fisco, antes do advento de nova e válida acusação, restará extinta a punibilidade, fulminando a pretensão punitiva estatal

Neste sentido se manifestou a Terceira Seção, do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa na decisão do *Habeas Corpus* n. 28.278/SP, em acórdão da lavra do Ministro JORGE SCARTEZZINI, que assevera “Uma vez deferido o parcelamento, em momento anterior ao recebimento da denúncia,

---

<sup>136</sup> Vide HC 68 756-3-DF, DJU de 14 11 91 p 17 357

verifica-se a extinção da punibilidade prevista no art. 34, da Lei nº 9.249/95, sendo desnecessário o pagamento integral do débito para tanto (entendimento adotado pela 3ª Seção desta Corte por ocasião do julgamento do RHC 11 598/SC).”<sup>137</sup>

## **B - Crimes contra a Previdência Social**

Porém, no tocante aos crimes contra a previdência, observando o disposto pelo parágrafo segundo, do art. 168 do Código Penal, uma vez reconhecida a inépcia da vestibular acusatória, a determinar a nulidade absoluta e *ab initio* do feito, o pagamento total do débito, mesmo antes da nova e válida imputação, não permitirá a não ser a aplicação do perdão judicial previsto pelo parágrafo terceiro, inciso I do citado dispositivo, ou ainda, do art. 16 do Código Penal, causa especial de diminuição de pena de um a dois terços

Isto porque, a condição imposta para a extinção da punibilidade, conforme o “favor rei” para tais crimes, não condiz com o recebimento da vestibular acusatória, mas sim que o pagamento se efetive antes do início da ação fiscal, conforme interpretação literal do texto normativo “É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”.

No entanto, observando a irretroatividade absoluta da *lex gravior*, caso a infração penal tenha sido praticada segundo sob a égide do art 95, alínea “d”, da Lei n. 8 212/91, até antes do advento da Lei n. 9983, de 14 de julho de 2000, o pagamento ou o parcelamento antes da denúncia recebida autorizam a extinção da punibilidade (art 34, da Lei n 9.249/95).

---

<sup>137</sup> HC 28278 / SP Fonte DJ DATA 01/12/2003 PG 380

## Seção II - A Justa Causa nos crimes societários

Tratando-se de tema polêmico e debatido, a justa causa se apresenta de diversas formas, seja referida à legitimidade de parte, seja ao preenchimento dos requisitos legais da custódia preventiva e, finalmente orientadora da existência de condição do exercício do direito de ação

Destarte, algumas considerações preliminares se fazem necessárias, a fim de se delimitar o entendimento da justa causa consoante o último paradigma indicado, que apresenta especial relevo nos crimes societários.

### § 1º - Acepção de justa causa para o processo

Em verdade, a inépcia da vestibular acusatória pode indiciar nos crimes societários a inexistência de elementos mínimos de convicção, colhidos na fase preparatória da *persecutio criminis*, acerca da autoria delitiva genericamente imputada.

Justa causa, ou causa *secundum ius*, conforme acentua MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA<sup>138</sup>, detém os mais variados sentidos: a) legalidade da prisão cautelar decretada; b) a inexistência de crime a justificar a concessão da ordem de *habeas corpus* para trancamento da ação penal; c) a inexistência dos motivos ensejadores da rejeição da denúncia (CPP, art. 43), d) “elemento identificador de coação ou constrangimento ilegal,”<sup>139</sup> e) finalmente, é elencada como uma das condições para o exercício do direito de ação, igualmente legitimando quando ausente, o trancamento em *habeas corpus*

---

<sup>138</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Justa Causa para a Ação Penal p 174

<sup>139</sup> MOURA, M Idem, *ibidem*

Conforme este último significado, os autores partidários de uma teoria geral do processo vinculam seu conteúdo ao denominado interesse de agir, seguindo o binômio utilidade/interesse da tutela jurisdicional, que para ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>140</sup> condiz com a possibilidade de se alterar o estado de coisas até então existentes, com efeito, restringir ou suprimir de forma temporária a liberdade ir e vir do indivíduo, com a possível procedência da pretensão punitiva estatal.

A justa causa enquanto condição da ação, pode destarte ser entendida como *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) a representar segundo o interesse de agir, a plausibilidade da existência do *ius puniendi* estatal, a ser reconhecido ao final do processo com o advento de uma sentença condenatória. Vale destacar que este entendimento se não afigura expresso no art 43 do Código de Processo Penal que estabelece textualmente as hipóteses de rejeição da denúncia, sendo construção doutrinária e pretoriana, com assento inclusive diplomas extravagantes, dentre os quais se destaca a Lei nº. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, conforme previsão expressa do parágrafo primeiro de seu art. 44, que dispõe “A denúncia ou a queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal, bem como nos casos previstos pelo art. 43 do Código de Processo Penal”.

Em síntese, a justa causa engloba todas as condições para o exercício da ação, acrescentando a possibilidade de existência do direito invocado, a ser aferida no caso concreto a partir dos elementos de convicção coligidos no curso do Inquérito Policial ou das peças de informação que instruem a denúncia. Tal plausibilidade, por sua vez, retira seu substrato de existência na prova material da existência do fato, bem como nos indícios suficientes da autoria delitiva. Neste sentido, ademais, se manifesta MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, asseverando que a “Prova indubitosa da ocorrência de um fato delituoso, na hipótese, e prova ou indícios de autoria, apurados em inquérito policial ou nas peças de informação que

---

<sup>140</sup> Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho. As nulidades no Processo Penal p 65

acompanham a acusação: é neste binômio que, para esta postura, consiste o fundamento tido como indispensável para a acusação, sem o qual inexiste justa causa para a instauração do processo criminal.”<sup>141</sup>

Quanto aos indícios mínimos de autoria, a análise da justa causa, no entanto, não autoriza o exame aprofundado dos elementos de convicção coligidos no Inquérito, nem mesmo o da prova produzida sob crivo do contraditório e da ampla defesa. Neste sentido é o pacífico entendimento jurisprudencial, conforme se observa em Acórdão da lavra do Ministro HAMILTON CARVALHIDO, quando se assevera que “O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, em sede de habeas corpus, se restringe aos casos em que a atipicidade, a inexistência do crime e a falta de indícios de autoria se mostram na luz da evidência, *primus ictus oculi*”<sup>142</sup>

A decisão colacionada, repise-se, aponta para a impossibilidade da ponderação dos elementos de prova colhidos. Destarte, aodado é o trancamento da ação penal por ausência de justa causa, ou mesmo a rejeição liminar da denúncia ofertada, quando se observa nos Autos o entrosque desses elementos, uns servindo para negar a autoria, outros apontando para o indivíduo, enquanto provável autor

Conforme já observado anteriormente, na instauração da *persecutio criminis in iudicio*, ou seja, no momento em que o magistrado recebe a denúncia, prevalece o princípio *in dubio pro societate*<sup>143</sup>. Na sentença, porém, conforme a garantia constitucional da presunção de inocência, a dúvida favorecerá necessariamente o réu, *ex vi* do que dispõe o art. 386, VI do Código de Processo Penal, corolário lógico do princípio contido no art. 5º, LVII da Magna Carta.

---

<sup>141</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Op cit p 241

<sup>142</sup> Superior Tribunal de Justiça RHC 14268 / PR RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2003/0050754-4 Sexta Turma j em 09 12 03 Fonte DJ DATA 02/02/2004 P 364 Citando precedentes da Corte STJ - RHC 11122-RS (RT 796/558), RHC 9483-SP (RDTJRJ 45/109), HC 10871-MG, HC 16913-RS, RESP 212959-MG (RT 793/562)

<sup>143</sup> JARDIM, Afrânio Silva Ação Penal Pública Princípio da Obrigatoriedade p 104

## §2º - A plausibilidade da acusação

Não se busca desenvolver a justa causa dissociada da concepção de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, isto porque a avaliação da existência de tais elementos, tal como a descrição individualizada da conduta, formam o teatro de operações na guerra em prol da liberdade dos mandatários da pessoa jurídica, com inúmeras baixas registradas ante o vilipêndio aos princípios vetores do processo penal.

Ademais, crime societário é classificação útil quando chama a atenção para a lógica formal do sistema, em tempo de hipertrofia do aparato punitivo estatal, sob o pseudo fundamento de lei e ordem. Representa a justa causa, neste aspecto, verdadeira tábua de salvação a conter os desmandos do Poder Executivo, dê que não seja vilipendiada a partir de motivações apodíticas (ausência de fundamentação das decisões jurisdicionais - Magna Carta, art. 93, IX)

Conforme as considerações até então expendidas, o fato de ser sócio, diretor ou administrador de uma pessoa jurídica jamais poderá ser reputado indício de autoria a autorizar o início do processo criminal. A descrição de uma conduta típica em todas as suas circunstâncias, própria da válida acusação deduzida igualmente em nada interfere no âmbito da plausibilidade de uma sentença condenatória. Afinal, é possível imputar a qualquer pessoa crime reputado hediondo, pouco importando a classe social, raça ou religião professada.

Assim observando que o “processo penal atinge o *status dignitatis* do acusado [ .] se nem o *fumus boni iuris* pode descobrir-se, para alicerçar a peça acusatória, seria iníquo que o juiz permanecesse impassível e, como simples autômato, fosse recebendo a denúncia ou queixa.”<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> FREDERICO MARQUES, José Estudos de Direito Processual Penal p 145

Indícios não se confundem com a prova ou com a certeza da autoria, própria da sentença condenatória, no entanto, pressupõem sinais concretos voltados à prática de atos de execução.

Conforme já observado pela jurisprudência em inúmeras oportunidades, se inexistem *ab initio litis* sequer sinais da autoria, sendo que os elementos de convicção colhidos na fase inquisitória já sinalizam para o resultado da prova durante a instrução criminal, aguardar a sentença para absolver o mandatário é apenas acentuar o constrangimento ilegal imposto pelo processo.

A partir do entendimento de que o despacho que recebe a denúncia condiz com decisão interlocutória simples, não necessitando de fundamentação, as garantias individuais ficam exclusivamente à mercê do “arbítrio de bom varão”<sup>145</sup> do Juiz. Magistrados afeitos à interpretação das normas processuais segundo a Magna Carta, sem dúvida efetivarão o juízo prévio de admissibilidade da denúncia. Outros, simplesmente poderão mandar confeccionar um carimbo com os seguintes dizeres. Presentes indícios de autoria e materialidade delitivas, recebo a denúncia. Designo interrogatório para o dia tal, cite-se e intime-se.

Nas práticas em tese criminosas imputadas aos mandatários da pessoa jurídica, segundo esta odiosa hipótese, bastaria verificar se o nome do denunciado figura no contrato social e se ele detém poderes de administrar o ente coletivo. Havendo dois sócios, ambos com o poder de gerência, os dois seriam reputados possíveis autores do crime.

Imprescindível instrumento de tutela dos direitos individuais, no entanto, se encontra no *habeas corpus*, que permite seja deduzida a pretensão de trancamento da ação penal, bastando para tanto que inexistam qualquer documento, testemunho ou perícia apta a fazer gerar em tese a autoria do mandatário.

Determinado no entanto o trancamento, cumpre indagar a natureza jurídica desta decisão, a fim de definir a possibilidade de que, a partir de novos elementos de convicção coligidos, possa ou não a denúncia ser repetida. Raciocínio idêntico

---

<sup>145</sup> FREDERICO MARQUES José Estudos de Direito Processual Penal p 146

se aplica à decisão que liminarmente rejeita a vestibular acusatória deduzida pelo *parquet*

Limitando o problema exclusivamente à inexistência de *fumus boni iuris*, qual seja, indícios de autoria, ainda assim existe dissenso doutrinário.

A primeira corrente formada equipara a decisão que reconhece atipicidade de conduta àquela que rejeita a vestibular acusatória por inexistência de plausibilidade do direito do Estado, em face da ausência de *fumus boni iuris*. Em ambos os casos, tal decisão diria respeito ao mérito da causa e, outrossim, proíbe a renovação da acusação, haja vista os efeitos da coisa julgada material

No entanto, o entendimento adequado, em se tratando da rejeição da vestibular acusatória por ausência de elementos mínimos de convicção, se afigura no sentido de que se trata de decisão que não se confunde com o mérito mas, simetricamente ao processo civil, apenas reconhece ausente uma das condições da ação, extinguindo o processo sem o julgamento deste (analogicamente ao art. 267, VI do Código de Processo Civil).

Tal decisão não impedirá a renovação da denúncia, desde que amparada em elementos concretos coligidos acerca da autoria e materialidade delitivas, aplicando-se em síntese, a inteligência da Súmula n. 524 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

Esposa tal concepção MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, quando assevera: “Para nós, o ato decisório que rejeita a denúncia ou queixa, sob fundamentação de insuficiência de prova do fato e/ou indícios insuficientes de autoria, é terminativa, isto é, puramente processual; e enquanto não extinta a punibilidade, nada obsta a que seja instaurada ação penal, se surgirem novas e relevantes provas, que modifiquem a situação”<sup>146</sup>

---

<sup>146</sup>MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis op cit p 259 Trazendo idêntico fundamento de Ada Pellegrini Grivover

Idêntico, ademais é o posicionamento de AFRANIO SILVA JARDIM, afirmando que “[ ] se o inquérito foi arquivado à mingua de provas para justificar a acusação penal, por coerência lógica, não poderá ser formulada nova denúncia sem que o autor apresente novo quadro probatório. Se faltava justa causa para a ação penal e o inquérito foi arquivado por falta de base para a denúncia, não surgindo novas provas, a situação anterior perdura.”<sup>147</sup>

Concluindo, nenhum óbice a partir deste posicionamento se afigura na concessão da ordem de *habeas corpus* com o fito do trancamento da ação penal, ou ainda a rejeição da denúncia que não se ajusta à condição da ação denominada justa causa. Caso efetivamente possa carrear elementos mínimos de convicção, o órgão do “parquet” obrigatoriamente a repetirá (CPP, art. 24).

---

<sup>147</sup> JARDIM, Afrânio José op cit p 45

## CONCLUSÃO

As considerações até então expendidas apontam para a necessidade de agir com extrema cautela na recepção por parte do Direito Penal de inovações dogmáticas que ganham vulto em outros ramos do direito, bem como detém passagem livre no que tange a mudanças sistêmicas.

Não perdendo de vista a função do Direito Penal em servir como instância de controle e restrição do poder estatal, sob o primado da liberdade humana, , cumpre indagar acerca da efetiva necessidade de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, nos crimes lesivos ao meio ambiente.

Inúmeras críticas de cunho infraconstitucional podem ser lançadas de antemão, além das presentes no corpo do trabalho, dentre as quais a incompatibilidade da aplicação de normas de direito penal e processo pena, tais como do critério etário da responsabilidade crimina, a impossibilidade de se estabelecer a cooperação dolosamente distinta e a participação de menor importância, ou mesmo o trato da citação, da regra do art. 366 do Código de Processo Penal e o interrogatório da pessoa jurídica em juízo enquanto ato processual dissociado da inquirição do seu representante

Ademais, negada a autonomia de um direito penal ambiental, cuja existência pressupõe a das normas materiais e processuais dos respectivos Códigos, a cada incompatibilidade gerada ter-se-á uma lacuna no sistema normativo, a ponto de retalhar inteiramente o sistema erigido sob o paradigma da pessoa física, perdendo inclusive a necessária identidade.

Por outro lado, o caráter de prevenção geral da pena, enquanto contra-estímulo ao impulso criminoso no seio social, jamais foi demonstrado, sendo destarte falaciosa a alegação de que o artigo terceiro da Lei de Crimes Ambientais produziu tal efeito no mundo dos crimes societários

Ademais, o diploma legal supracitado detém instrumentos eficazes de repressão às infrações de natureza administrativa contra o meio ambiente, que em essência se prestam a prevenir e reprimir as lesões levadas a efeito. Não parece acertada a afirmação de que o direito penal mínimo não teria aplicação neste campo ante as pronunciadas e desconhecidas lesões ambientais, como iniciativa de resguardar os interesses de uma geração futura.<sup>148</sup>

A assertiva acima se justifica claramente na incontestada aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, detendo sim o caráter de comando a contra-estimular as referidas práticas, porém o destinatário da ameaça penal nunca será a pessoa moral, senão o homem, único capaz de ser intimidado. Neste raciocínio, prevalece inatacável a concepção de um direito penal mínimo, mas desnecessária a aplicação de qualquer pena

Conforme bem assevera JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS “No caso do Direito Penal, a existência de valores arraigados na consciência dos estudiosos revela-se com nitidez absoluta. Trata-se segundo NUVOLONE, de uma espécie de ‘núcleo central’ do Direito Penal, formado ‘constantes’ imutáveis em qualquer momento e em qualquer local”<sup>149</sup>

Assim os princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade se impõem, não admitindo senões ou ressalvas a tentar justificar a inclusão forçosa de uma realidade que não se ajusta à formação e estruturação de tal ramo do direito.

De outro lado, igualmente não atende aos reclamos do sistema a possibilidade de se responsabilizar a pessoa física dos mandatários de forma objetiva nos crimes tidos como colegiais. Atenuar a hermenêutica do art. 41 do Código de Processo Penal se afigura possível, no entanto, desprezar completamente a norma, admitindo a acusação genérica e, muitas vezes, dissociada da justa causa, é infringir citado princípio do *nullum crimen, nulla poena sine culpa*

---

<sup>148</sup> FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Gilberto Passos Crimes contra a Natureza p 35

<sup>149</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez A Inconstitucionalidade do Direito Penal do Terror p 22

Se o Estado tem como missão significativa primar pela segurança pública, ao mesmo tempo a Magna Carta lhe impõe a obediência aos direitos individuais e à dignidade do ser humano. Não se tratam de valores em conflito, a determinar segunda as regras da proporcionalidade qual deverá ser sacrificado. Isto porque as construções retóricas que servem de substrato para a responsabilidade objetiva não resistem à acurada análise do problema, que detém como solução tangível e garantidora a efetivação de investigações preparatórias voltadas ao deslinde da participação do mandatário no cometimento da infração penal.

Dispensar a descrição pormenorizada da conduta não detém equivalente semântico na renúncia ao contorno fático mínimo voltado a impedir um direito penal de autor, odiosa experiência intentada pelo nazismo, onde o espírito do povo elegia os seres humanos pela raça, credo ou ideologia, a fim de lhes impor a pena

A releitura das teorias que serviram como base para a construção do concurso de pessoas, ademais, não professam a responsabilidade objetiva, repudiada no Brasil frente a um regime de exceção, conforme bem se pode observar na Exposição de Motivos do Código Penal de 1969. Ao contrário, a teoria do domínio do fato, definindo a figura do autor (e plenamente aplicável aos crimes societários) exige o controle do curso causal dos atos executivos, acrescido no campo subjetivo à vontade livre, insubordinada a de terceiros e dirigida a realizá-los no plano concreto

Expressando tal pensamento em uma única frase. Ser sócio ou administrador de uma pessoa jurídica não indízia a prática de atos do tipo penal ou o comando dirigido a seus subordinados para que efetivem a conduta proibida.

Apresentam-se duas alternativas complementares a solver o problema da suposta dificuldade de investigação por parte do *parquet*, nos crimes societários. A primeira delas condizente com a criação de tipos culposos, erigidos a partir do acréscimo à disciplina da relevância da omissão, do dever de agir do administrador da pessoa jurídica nas alíneas parágrafo segundo, do art. 13 do Código Penal.

A segunda, alternativa possível, que o legislador eleja em quais diplomas legais extravagantes, estabeleceria a relevância da omissão dos mandatários a orientar a responsabilidade (crimes omissivos próprios e impróprios) dêse que incólume a necessidade de subsunção da conduta ao tipo subjetivo (dolo ou culpa).

Neste ponto adquirem notável relevo os instrumentos jurisdicionais de controle, especialmente através do *habeas corpus*, com o fito do trancamento da ação penal quando ausente justa causa, seja com o mister de se obter a declaração de nulidade *ab initio* da ação penal veiculada pela denúncia genérica e que renuncia à descrição fática que legitima a própria imputação

Concluindo, talvez seja mais correto afirmar, lembrando DANTE ALIGHIERI, que todos nós somos os barqueiros instados a devolver o ser humano à margem da liberdade, cada qual exercendo sua distinta e indispensável função. O Juiz, o Ministério Público e o Advogado

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia inferno* São Paulo: Editora 34, 1998.

ASÚA, Luiz Jiménez de *Códigos Penales Iberoamericanos* Caracas. Editorial Andrés Bello, 1946, 2 v

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes – Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro* 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BETTI, Francisco de Assis *Aspectos dos Crimes contra o Sistema Financeiro no Brasil – Comentários às Leis 7 492/86 e 9 613/98*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto *Tratado de Direito Penal parte geral*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, 1 v.

CASTILHO, Ela Wiecko V de. *O Controle Penal nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional* Belo Horizonte: Del Rey, 199

CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais. 1990.

CONDE, Francisco Muñoz *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do Colarinho Branco* São Paulo Saraiva, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DOTTI, René Ariel *Curso de Direito Penal parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001

\_\_\_\_\_. *Reforma Penal Brasileira* Rio de Janeiro. Forense, 1988.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos *Crimes Contra a Natureza de acordo com a Lei 9 605/98* 7 ed, ver, atual e amp, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNADES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães *As Nulidades no Processo Penal* 4 ed., rev. e amp., São Paulo: Malheiros Editores, 1995

JARDIM, Afrânio Silva *Ação Penal Pública princípio da obrigatoriedade*. 4. ed. ver.e atual , Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte Generale*. 4. ed., corrig. e amp , Granada. Comares Editorial, 1993

KRAMER, Henrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum - O Martelo das Feiticeiras*. 12. ed., Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – Anotações à Lei Federal n 7 492/86* São Paulo: Malheiros Editores, 1999

MARQUES, José Frederico *Elementos de Direito Processual Penal* 2. ed., rev. e atual., Campinas: Millennium, 2000, 2 v.

\_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2. ed Campinas: Millennium, 2001

MAURACH, Reinhart; GOSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz *Derecho Penal – Parte General formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho* 7. ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, 2 v.

MILTON, John *Paraíso Perdido*. São Paulo: Martin Claret, 2002

MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza Tendenze autoritarie nel sistema penale* Napoli: Ediziom Scientifiche Italiane, 1995.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para Ação Penal – Doutrina e Jurisprudência* São Paulo Revista dos Tribunais, 2001.

PEDRAZZI, Cesare; COSTA Júnior, Paulo José da *Direito Penal Societário* 2 ed., São Paulo Malheiros Editores, 1996.

PIMENTEL, Manoel Pedro *Direito Penal Econômico* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973

RAMOS, João Gualberto Garcez *A Inconstitucionalidade do “Direito Penal do Terror”* Curitiba Juruá, 1991

*Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*  
Coordenação Luiz Flávio GOMES São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 2 v

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. *Curso de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROXIN, Claus. *Autoría Y Dominio Del Hecho En Derecho Penal*. 7. ed., Madri: Marcial Pons, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

WELZEL, Hans *Direito Penal* Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.