

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

AUTORIA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

*Celso Antônio Três**

“Dependendo da verdade psíquica, o simples gesto de alcançar uma esmola a um mendigo pode ser um ato de filantropia, de ostentação ou de corrupção.”

Enrico Ferri

No mundo jurídico, tão-somente o Direito Criminal empresta esta transcendental importância à intangível, inaudível, invisível, em suma, intestável verdade psíquica (vínculo psicológico). De per si, razão suficiente a fazer do Direito Processual Penal o de mais complexo exame probatório.

Ainda mais, na delinquência do “colarinho branco”, criminalidade econômica, sonegação fiscal, previdenciária, delitos contra a economia popular, consumidor, sistema financeiro, ordem econômica e, especialmente no Brasil, causa maior da exclusão social pela apropriação dos recursos do erário ao atendimento dos direitos fundamentais, a desbragada corrupção – *lato sensu*, entendida como toda forma de uso da *res publica* ao locupletamento da *res privatae* –, perpetrada mediante a despersonalização do sujeito passivo da ação penal (pessoa física) por meio de inúmeras pessoas jurídicas, sociedades, a individualização da responsabilidade criminal (autoria) padece de especial dificuldade.

Sobre corrupção, o sempre atual, especialmente ante o presente desavergonhado surto de foro privilegiado, impunidade travestida de imunidade (Lei nº 10.628/02), Nelson Hungria, maior sapiência criminal pátria e invulgar talento literário, *verbis*:

“[...] De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis

* Celso Antônio Três é procurador da República em Santa Catarina.

ensaia o seu gládio; *mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O 'estado-maior' da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições [...]*" (Comentários ao Código Penal. Forense, 1959. v. 9, p. 384).

Afora a tergiversação mediante pessoas jurídicas, amiúde tituladas por “testas-de-ferro”, a delinquência do “colarinho branco” fragmenta ao extremo o *iter criminis* – cogitação, preparação, execução, consumação e exaurimento – segmentando a empreitada criminosa entre inúmeros atores. Tal qual linha de produção industrial, operários (“intermediários”, no dizer de Nelson Hungria), circunscritos a urdir as suas peças, ignoram o produto final (alienados, diria Marx), decidido pelos gerentes/administradores (v. g., lobistas, assessorias advocatícias, contábeis, econômico-financeiras, informática, etc.), em benefício do titular da *societas sceleris*, que capitaliza o polpudo *producta sceleris*, desconhecendo, contudo, o *modus operandi* (“circunstâncias” – art. 41 do CPP) do crime que indocumentadamente encomendara.

Os julgados que exacerbam o ônus do *parquet* em descrever, detalhada e precisamente, o *iter criminis* incorrem em petição de princípio. Impõem ao *Ministerium Publicum* explicitar ao denunciado minúcias de um *modus operandi* que ele próprio ignora. As “circunstâncias” (art. 41 do CPP) são as elementares do crime. Não as idiosincrasias do criminoso.

Além disso, o *locus delicti* é difuso, onipresente. Os diversos atos contributivos à delinquência, simultaneamente, são perpetrados em diversos locais não apenas do território nacional como também em Estados estrangeiros. Pior! Pela dinâmica das comunicações, informática, instantaneamente, em tempo real. No cenário em são que perpetradas condutas testemunháveis, o empreendedor do colarinho branco jamais será visto. Pior! Com idêntica otimização em que é praticado, são eliminados os vestígios, provas, *corpus delicti*, sabotando a plenitude probatória necessária à condenação.

Nesse contexto, quem é autor, partícipe?! Sendo delitos dolosos, inexistindo possibilidade de incriminação por contribuição culposa, o indefinido divisor de águas entre culpa consciente (quer a ação, prevê o resultado, crendo, entretanto, que o evitará) e dolo eventual (quer a ação, prevê o resultado, aceitando-o), quem se legitima à imputação?!

Embora a vultosa sofisticação hoje alcançada, essa terceirização, difusão do crime por diversos atores, não escapou à dogmática da antigüidade, conforme noticia Nelson Hungria, relativamente à Idade Média, *verbis*:

“[...] Entre as modalidades de participação distinguem-se o auxilium (proximum ou remotum, cooperativum ou non cooperativum, ante delictum, in delicto e post delictum), o consilium (instigatio, persuasio, adhortatio), o mandatum (determinação para o crime), a ratihabitio (ratificação do crime por aquele em cujo favor foi praticado), a receptatio

(favorecimento post delictum), o não-impedimento do crime (quando houvesse um vinculum speciale para impedi-lo, ou quando se tratasse de delicta atrocía) e a conscientia (não-denúnciação do crime de que tivesse conhecimento, desde que importasse causa comum com o criminoso) [...]” (op. cit., p. 401).

Modernamente, a Teoria do Domínio Final do Fato, pela qual, autor é quem tem o poder de decisão – domínio final – sobre a execução do fato típico, não apenas aquele que executa a ação principal, v. g., o autor mediato, que se vale de outrem que age sem dolo ou culpa. O chefe da quadrilha (máfia, autor intelectual) que, sem exercer o verbo nuclear (subtrair, fraudar, matar...), planeja e decide – domina – toda a atividade dos demais. Decide, em linhas gerais, o “se” e o “como” de sua realização. Quem tenha a última palavra e decida se o delito deve ser ou não praticado. Tomar nas mãos o acontecimento típico, deixar decorrer segundo sua vontade a realização do tipo, distinguindo autor de partícipe (MUNÕZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Sergio Fabris Editor; MAURACH, apud WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Tradução de Juarez Tavares. Sergio Fabris Editor, 1976).

Sobre o crucial tema do concurso de agentes, o mestre Raúl Zaffaroni nota que sua definição emana, não da lei, mas do ôntico, existência, *verbis*:

“[...] Autor e partícipe não são, como vimos, conceitos inventados pelo Direito Penal, mas recolhidos por este do ôntico, da realidade. Por tal razão, o código não tem motivos para defini-los, mas remetê-los aos dados ônticos, limitando-se a fixar a regra de que, em princípio, todos têm a mesma pena [...]” (*Direito Penal brasileiro*. Revista dos Tribunais, 1997. p. 667).

Razão pela qual, inexoravelmente, o regramento do concurso de pessoas é genérico (art. 29 do CP).

Todavia, se à lei, por imposição da própria natureza humana (mundo psíquico, vínculo psicológico), não é dado predefinir a co-autoria, é conferido a potestade de impor, não apenas a abstenção da ativa participação criminosa, como, sob pena de incorrer em idêntica imputação, o dever de agir (art. 13 do CP), impedindo a delinqüência.

Contribuição criminosa essa, freqüentemente sutil, imperceptível, *“[...] dadas as circunstâncias, um simples olhar ou aceno expressivo, ou mesmo silêncio a apontar aprovação [...]”* (HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 413).

A afronta a ostensivos deveres de obstar a criminalidade – cujo *producta sceleris* o beneficia –, zelar pela lisura societária, não se limita à culpa consciente. Adentra ao dolo, consoante lapidar lição do professor Alberto Silva Franco, *verbis*:

“Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de

querê-lo. Precisa, portanto, a observação de Wessels (Direito Penal, Parte Geral, p. 53), no sentido de que ‘existe dolo eventual quando o autor não tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado, e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordado com a ocorrência do evento do que renunciado à prática da ação’” (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 6. ed. Revista dos Tribunais. v. 1, p. 284).

Nesse diapasão, o novo Código Civil, atento ao cotidiano uso de pessoas jurídicas, não apenas à criminalidade, como também aos ilícitos civis, v. g., lesão aos consumidores, credores, etc., na esteira da *res publica*, que agravou o compromisso dos gestores com a economicidade nos dispêndios do erário (LC nº 101/00 – conhecida por *Lei da Responsabilidade Fiscal*, também com decorrências criminais, arts. 359-A/359-H do CP), dispõe-se chamar à devida prestação de contas os integrantes do quadro societário.

Em suma, estamos diante da *lei da responsabilidade societária*. Tanto no âmbito cível como no criminal.

Nesse contexto, tal qual vários administradores públicos bradaram contra a LC nº 101/00, hoje os segmentos vinculados às pessoas jurídicas, especialmente empresárias (art. 982 do CC), argüem vícios do novo ordenamento, tendo patrocinado intenso *lobby* no governo Lula, objetivando diferir a sua vigência. Fracassaram.

O Estatuto das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), subsidiariamente sempre aplicável às demais, especialmente às de responsabilidade limitada (art. 18 do Decreto nº 3.708/19), tipo jurídico mais freqüente, já por meio das alterações aduzidas pela Lei nº 10.303/01, firmou a tendência ora consagrada.

Em síntese, vincula-se, pessoalmente, o sócio à transparência (fidelidade da escrita comercial/fiscal e registros públicos) e à correção dos atos perpetrados sob a pessoa jurídica. A violação da lisura, independentemente de quem seja o autor imediato, acarreta-lhe o ônus de provar sua irresponsabilidade.

Valem ser transcritos os principais ditames do CC, *verbis*:

“Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes:

[...]

IV – denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade [...]” (canon semelhante ao art. 163, IV, da Lei n. 6.404/76).

“Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios” (canon idêntico ao art. 153 da Lei nº 6.404/76).

“§1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação” (canon semelhante ao art. 147, §1º, da Lei nº 6.404/76).

“Do contabilista e outros auxiliares

Art. 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele.

Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos.

Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito”.

Estatuto das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), *verbis*:

“Art. 158. [...]

§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, ao Conselho Fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia geral*” (grifei).

“Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

[...]

IV – demonstração das origens e aplicação dos recursos [*detecção de eventual Lavagem de Dinheiro, art. 1º da Lei nº 9.613/98 – nota do autor*].

[...]

§ 2º Nas demonstrações, as contas semelhantes poderão ser agrupadas [...] mas é vedada a utilização de designações genéricas, como ‘diversas

contas' ou 'contas correntes'".

“Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

I – a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os *impostos* [...]” (grifei).

Além disso, reforçam dispositivos explicitando a imputação criminal dos gestores (v. g., art. 6º da Lei nº 4.729/65; art. 37 da Lei nº 5.250/67; art. 51 da Lei nº 6.766/79; art. 25 da Lei nº 7.492/86; art. 11 da Lei nº 8.137/90).

Nesses termos, conclui-se que, implicada pessoa jurídica na delinqüência, os sócios, de per si, mercê da *lei da responsabilidade societária*, legitimam-se à imputação, cumprindo a eles o ônus de provar sua irresponsabilidade. Note-se! Não se trata de responsabilidade objetiva. Simplesmente, o natural ônus probatório de quem, afrontando rigorosa legislação que lhe impõe agir, zelar, vigiar, pela legalidade, a desacatou, no mínimo, aceitando o resultado criminoso.