

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

12

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretora Financeira
Lidia Lobello de Oliveira Rocha

Diretora Comercial
Lêda Ferraz de Mendonça

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras Editora*,
com alterações procedidas por *Phoenix e*
Dialética

Capa (fundo)
Detalhe da obra
"100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem

Ilustrações
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolito da Capa
Binho's

Impressão
Gráfica Palas Athena

(SETEMBRO - 1996)



Marola Omartem
é o autor da obra
reproduzida em destaque
na capa.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Av. Bernardino de Campos, 327 - conj. 24
CEP 04004-050 - São Paulo - SP
Fone/fax (011) 284.2096 - 284.5362 - 284.5527

SUMÁRIO

Doutrina

- A transferência do “pedágio” - uma injusta e ilegítima concessão - *Bernardo Ribeiro de Moraes* 7
- ICMS - substituição tributária - *Hamilton Dias de Souza* 14
- A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária - *Hugo de Brito Machado* 27
- A não-incidência das contribuições para o PIS/Pasep e da Cofins sobre as operações com minerais do país - *João Luíz de Souza Pereira* 37
- IPI - comentários sobre as regras gerais de interpretação da tabela NBM/SH (TIPI/TAB) - *Paulo de Barros Carvalho* 42
- Cooperativas - o certo e o errado a respeito da tributação de suas aplicações financeiras - *Ricardo Mariz de Oliveira* 61
- Empreitada de construção civil com fornecimento de material produzido pelo empreiteiro fora do local da obra. Inconstitucionalidade e ilegalidade da incidência do ICMS sobre o material - *Roberto de Siqueira Campos* 91

A Denúncia Genérica nos Crimes contra a Ordem Tributária

Hugo de Brito Machado

1. Introdução

Movido pela necessidade, cada dia maior, de recursos o governo, nem sempre criterioso na aplicação destes, tem intensificado nos últimos tempos o uso da ação penal como instrumento de combate à sonegação de tributos, e nesse contexto surgem relevantes questões jurídicas a exigir meditação dos que lidam com o Direito, e a exigir sobretudo cautela dos que o aplicam. Meditação e cautela imprescindíveis sobretudo para evitar que, sob a pressão governamental, e muita vez diante de argumentação fortemente contaminada de preconceitos ideológicos, sejam deformados, e mesmo inutilizados, os instrumentos que a ordem jurídica oferece para garantia da liberdade e da dignidade.

O *devido processo legal*, por certo é o mais valioso desses instrumentos. Com a autoridade de autêntico cientista do Direito, Greco Filho assevera: "Uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direitos é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição de penas criminais"¹.

O direito ao *devido processo legal*, inscrito expressamente entre os *direitos e garantias fundamentais*², é tão importante que ninguém se atreve a negá-lo. Todavia, em inúmeras situações, sem o dizer, muitos o negam *de fato*, adotando teses com ele rigorosamente incompatíveis.

Em se tratando de crimes contra a ordem tributária, nos quais a efetiva supressão ou redução do tributo, ou pelo menos o dolo específico é elemento essencial do tipo penal, o *devido processo legal* assume excepcional importância. A legislação tributária, geralmente pouco ou nada conhecida daqueles cujas atividades não estão direta e permanentemente ligadas a sua aplicação, é excessivamente complexa e casuística, de sorte que enseja situações nas quais um fato, aparentemente relevante do ponto de vista tributário, capaz



Hugo de Brito Machado
é Juiz do Tribunal Regional
Federal da 5ª Região e
Professor Titular de
Direito Tributário da
Universidade Federal do
Ceará.

1 Vicente Greco Filho, Manual de Processo Penal, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 46.

2 Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV.

de ensejar supressão ou redução de tributo, na verdade não passa de uma infração a obrigação tributária acessória. Por outro lado, certas práticas, ou omissões, podem ser relevantes no concernente a um tributo, e não em relação a outro. A rigorosa observância do devido processo legal, assim, é de fundamental importância, e sua ausência pode levar à condenação contribuinte que na verdade não praticou crime nenhum.

Entre as diversas questões concernentes ao *devido processo legal* coloca-se a de saber se é válida, ou não, a denominada *denúncia genérica*, vale dizer, a denúncia nos crimes de autoria plural, ou cometidos por intermédio de pessoa jurídica, na qual não é individualizada a conduta de cada um dos denunciados. Sobre essa questão vacila ainda a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, circunstância que torna este estudo ainda mais oportuno.

2. O Art. 41 do CPP

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

A *exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias*, é essencial na denúncia, tanto quanto a identificação do acusado. Por isto se diz que a leitura da denúncia deve oferecer resposta para as perguntas: *quem, o que, quando, como e onde*.

Deve a denúncia dizer *quem* é o acusado, *o que* está sendo a este imputado, *quando, como e onde*, se deu o cometimento delituoso, as circunstâncias de tempo, de modo e de lugar daquele cometimento. Denúncia que não responde àquelas perguntas é denúncia inepta.

Quando mais de uma pessoa participa da prática ilícita, a participação de cada uma é circunstância do fato criminoso e como tal deve constar da denúncia.

Note-se que a lei exige a exposição do fato com todas as suas circunstâncias. Não apenas com algumas delas. Todas. É que o fato deve ser individualizado, e a individualização de um fato, capaz de distingui-lo dos demais da mesma categoria, faz-se exatamente pela indicação de suas circunstâncias.

Não basta a descrição do fato típico, imputado ao acusado. A descrição do fato típico está na norma penal. Repeti-la, simplesmente, não atende a exigência do art. 41, do Código de Processo Penal. A afirmação, relativamente freqüente, de ser bastante a *denúncia descritiva de fato criminoso em tese*³, deve ser entendida em termos. Descrição de fato criminoso em tese, insista-se nisto, é a *que está na lei*. O fato imputado ao acusado deve ser individualizado pela indicação de suas circunstâncias. Diz-se que basta a descrição do crime *em tese* para significar que não é condição para o recebimento da denúncia a prova de que o fato efetivamente se deu com todas as circunstâncias ali descritas. Basta que o fato, com as circunstâncias descritas

3. STJ - 6ª Turma, RHC nº 2.514-5 - SP, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 12.12.94, unânime, RSTJ nº 68, ano 7, p. 95.

na denúncia, coincida com a descrição contida na norma que definiu o crime. Em outras palavras, basta que o fato descrito, com todas as suas circunstâncias, na denúncia, seja o suporte fático da norma penal⁴.

Tudo isto aplica-se, evidentemente, à denúncia por crime contra a ordem tributária, mesmo quando cometido por intermédio de pessoa jurídica. Tanto na doutrina como na jurisprudência, todavia, existem manifestações divergentes.

3. Manifestações Doutrinárias

Damásio E. de Jesus, em excelente estudo sobre o tema, ensina com inteira propriedade: “quando se trata de crime cometido por intermédio de empresa, não é suficiente à autoridade policial ou ao Ministério Público a descrição genérica e impessoal do fato, como se tivesse sido cometido pela pessoa jurídica (no estágio atual da legislação penal brasileira, incapaz de cometer delitos), relegando para a instrução criminal a individualização dos comportamentos”⁵.

Vicente Greco Filho ensina que “no caso de co-autoria ou participação, a denúncia deve indicar a conduta de cada co-autor ou partícipe individualmente”, mas ressalva: “a não ser que todos tenham participado igualmente da ação criminosa ou a conduta de todos tenha sido difusa ou multifária, como, por exemplo, num crime praticado por intermédio de sociedade em que não seja possível distinguir

a atuação de cada um”⁶. Mesmo quando se admita essa doutrina, tem-se de ter presente que nem sempre no crime cometido por intermédio de pessoa jurídica a individualização da conduta é impraticável. Em muitos casos pode ser difícil, problemática, mas não impraticável. E em muitos casos a individualização da conduta é relativamente fácil. Basta investigar a administração da pessoa jurídica e constatar quem pratica, ou ordena que sejam praticados os atos que configuram o crime.

4. Manifestações Jurisprudenciais

No Superior Tribunal de Justiça existem alguns julgados considerando inepta a denúncia que não individualiza a conduta de cada acusado. Neste sentido podem ser mencionados os que portam as seguintes ementas:

“Processual Penal. Denúncia. Inépcia. Falta de Descrição Circunstanciada. Falsidade Ideológica. Relatório Policial.

- Não contendo a denúncia, ainda que resumidamente, elementos que tipifiquem a conduta do indiciado, nem individualizem seu proceder, peca por inépcia, determinando, assim, o trancamento da ação penal.

- Precedentes do S.T.F. e do S.T.J.

- Recurso não conhecido”⁷.

“Ementa:

1 - *Habeas corpus*

Exame de prova. Possibilidade quando a matéria de fato não se apresente controvertida.

4 Assim, por exemplo, se a denúncia afirma que o acusado deixou de pagar imposto de renda, sem afirmar a prática de qualquer das condutas descritas nos incisos do art. 1º, da Lei nº 8.137/90, tem-se descrição de fato que, configurando simples dívida, não constitui crime. Em assim sendo, deve ser a denúncia rejeitada, porque o fato, em tese, não é crime.

5 Damásio E. de Jesus, A Denúncia nos Crimes Cometidos por Meio de Empresa, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 2, p. 19.

6 Vicente Greco Filho, Manual de Processo Penal, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 114.

7 REsp 5.652-ES, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, julg. 5.12.90, unânime, DJU de 25.3.91, p. 3230.

2 - *Crime contra a ordem econômica*. Elevação abusiva de preço, valendo-se de monopólio ou de situação dominante no mercado. (Lei 8.137/90, art. 4º, VII, com a redação determinada pelo art. 85 da Lei 8.884/94). Crime que não se confunde com a mera elevação isolada de preços de produtos fartamente existentes no mercado. A denúncia, no caso, para ser válida, deve demonstrar o abuso de monopólio ou de posição dominante no mercado.

3 - *Crimes societários. Denúncia.*

Requisitos. A atenuação dos rigores do art. 41 do CPP, nos chamados delitos societários, não pode ir até o ponto de admitir-se denúncia fictícia, sem apoio na prova e sem a demonstração da participação dos denunciados na prática tida por criminosa.

Ser 'acionista' ou 'membro do conselho consultivo' da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia.

A denúncia, pelas consequências graves que acarreta, não pode ser produto de ficção literária. Não pode, portanto, deixar de descrever o porquê da inclusão de cada acusado como autor, co-autor ou partícipe do crime.

Recurso de *habeas corpus* conhecido e provido para deferir a ordem e trancar a ação penal" ⁸.

Ementa: - Crime de sonegação fiscal - Inexistência de materialidade - Elementos indiciários de culpabilidade.

- Não obstante considerar-se que nos crimes com pluralidade de agentes como nos societários, a não-exigência da descrição pormenorizada (da conduta) de cada agente no ato tido por delituoso, necessário se faz afirmar que a peça acusatória não pode omitir os mais elementares requisitos que demonstrem estar presentes as indispensáveis condições para a *causa petendi*.

- A atenuação do rigorismo do art. 41, do CP, não implica admitir-se denúncia que, nem de longe, demonstre a ação ou omissão praticada pelos agentes, o nexo de causalidade com o resultado danoso ou qualquer elemento indiciário de culpabilidade.

- Evidenciada nos autos a inexistência do ilícito e menos ainda a pretensão dolosa afirmada na denúncia, é de ser tida esta por inepta.

- Ordem de *habeas corpus* concedida para o fim de trancamento da ação penal" ⁹.

Em sentido oposto, todavia, podem ser mencionados os julgados que portam as seguintes ementas:

"Penal. Processual. Sonegação Fiscal. Autoria Coletiva. Denúncia. Individualização da Conduta. Inépica. 'Habeas Corpus'. Recurso.

1. Nos crimes societários ou de autoria coletiva não é imprescindível que a denúncia descreva a participação individual de cada acusado.

2. Descrevendo a denúncia crime em tese, havendo, portanto, materialidade e autoria, não se fala em inépcia para trancar ação penal por falta de justa causa" ¹⁰.

8 STJ, 5ª Turma, RHC 4.214-1/DF, Rel. Min. Assis Toledo, julgado em 22.2.95, unânime, DJU-1 de 27.3.95, pp. 7174/5.

9 STJ - 5ª Turma, RHC nº 3.960-4 - RJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, RSTJ nº 77, p. 265.

10 STJ, 5ª Turma, RHC 4.117-SP, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 30.11.94, unânime, DJU de 6.2.95, p. 1361.

"Processual Penal. Recurso de *Habeas Corpus*. Homicídio Qualificado. Ação Penal. Trancamento. Prisão Preventiva. Falta de Fundamentação.

1. Incabível o trancamento da ação penal, por pretensa inépcia da denúncia, se a exordial, preenchendo os requisitos do art. 41 do CPP, descreve, de modo claro, os fatos delituosos, permitindo a ampla defesa do acusado. Ademais, a jurisprudência pátria é remansosa no sentido de que, nos crimes de autoria coletiva, não está o membro do *Parquet* obrigado a pormenorizar, na denúncia, a conduta de cada réu, mesmo porque não é sempre que se pode dispor, no limiar da ação penal, de elementos detalhados a respeito do crime.

2. Se o decreto de prisão preventiva se apresenta exaustivamente fundamentado, principalmente na con-

veniência da instrução criminal e na garantia de ordem pública, não há como revogá-lo.

3. Recurso improvido" ¹¹.

No Supremo Tribunal Federal também existem manifestações divergentes. Apreciando "*habeas corpus*" impetrado a favor de dirigente da UNE, cuja responsabilidade pessoal não fora apurada no inquérito policial, sua Primeira Turma, à unanimidade, entendeu que em se tratando "de denúncia referente a crime de autoria coletiva, é indispensável que descreva ela, circunstanciadamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente" ¹². Sua Segunda Turma, porém, apreciando caso de loteamento irregular anunciado por sociedade mercantil, decidiu, por maioria, vencido o Ministro Firmino Paz, não ser exigível a descrição precisa, na denúncia, da participação de cada sócio ¹³.

11 RHC 4.299-PB, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, julg. 8.5.95, unânime, DJU de 12.6.95, p. 17645.

12 STF, 1ª Turma, RHC nº 45.456-GB, Rel. Min. Barros Monteiro, RTJ nº 49, p. 388.

13 STF - 2ª Turma, RHC nº 59.857-SP, Rel. Min. Décio Miranda (Relator para o acórdão), RTJ nº 104, p. 1052, com a seguinte ementa:

"Processual Penal. Denúncia. Nos casos de delitos praticados por diretores de sociedade comercial, em que se presume o proveito comum, a proposta de prova do Ministério Público há de ser precisa, idônea e crível em relação aos fatos que articula. Mas, quanto à divisão desses fatos, em relação às pessoas que agem dentro da sociedade, a precisão absoluta nem sempre é exigível".

Do voto condutor, do Min. Décio Miranda, destacamos:

"O ser necessário indicar, via de regra, a conduta de cada pessoa que se acusa é uma verdade que não estou contestando. Estou, apenas, dizendo que nesses delitos praticados em sociedades, delitos em que se presume o benefício de todos os sócios, a proposta do Ministério Público há de ser precisa, idônea e crível em relação aos fatos que articula. Mas, quanto à divisão precisa desses fatos, em relação a pessoas que agem intimamente dentro de um órgão, e que são, por natureza, solidários na prática de todos os atos, essa precisão nem sempre é exigível. É reclamar-se demonstração prévia de total impossibilidade, na maioria das vezes. O Ministério Público não pode convencer plenamente senão dentro do contraditório da própria ação penal, isto é, na discussão da proposta acusatória".

Do voto vencido do relator originário, o Min. Firmino Paz, destacamos:

"Sr. Presidente, o fundamento do meu voto está em que a Constituição Federal assegura a qualquer acusado ampla defesa. Em virtude desta disposição constitucional, veio a lei ordinária, que é o art. 41 do Código de Processo Penal, em que se limita a liberdade de denunciar do Ministério Público. Limitação de liberdade, limitação de poderes. O Ministério Público, pelo simples fato de ser titular de cargo público, não tem poderes de chamar alguém à barra dos tribunais, a seu nito, à sua vontade, porque entendeu ou presumiu fatos. Na lei, claramente, diz-se:

'A denúncia ...'

Portanto, isso é prévio, é antes de qualquer coisa.

'A denúncia - diz-se na lei - ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, em todas as circunstâncias'.

Não admite que ele possa ocultar, ou esteja oculta, circunstância, porque, na lei, se diz que ele terá que expor *com todas as circunstâncias* que estão em torno do fato. Alguma circunstância fundamental cabe ao Ministério Público, prová-la, de antemão, preliminarmente; não esperar que vá ser apurado no curso do processo penal. Tem que provar, desde logo, todas essas circunstâncias, sem exceção de uma só, para não atentar contra a liberdade individual".

Na jurisprudência mais recente registramos decisão de sua Primeira Turma, no sentido da desnecessidade da descrição individualizada das condutas dos acusados ¹⁴. De sua Segunda Turma, todavia, registramos manifestação em sentido contrário, no HC 70.763-DR, do qual foi relator o Ministro Celso de Mello, por este é invocada, entre outros precedentes, em judicioso despacho no qual deferiu medida liminar em "habeas corpus", do qual destacamos:

"Cumpre ter presente, neste ponto, a advertência constante do magistrado jurisprudencial desta Suprema Corte, que, ao insistir na indisponibilidade de o Ministério Público identificar, na peça acusatória, a participação individual de cada denunciado, observa que 'Discriminar a participação de cada co-réu é de todo necessário (...), porque, se, em certos casos, a simples associação pode constituir um delito *per se*, na maioria deles a natureza da participação de cada um, na produção do evento criminoso, é que determina a sua responsabilidade, porque alguém pode pertencer ao mesmo grupo, sem concorrer para o delito, praticando, por exemplo, atos penalmente irrelevantes, ou nenhum. Aliás, a necessidade de se definir a participação de cada um resulta da própria Constituição, porque a responsabilidade criminal é pessoal, não transcende da pessoa do delinquentes (...). É preciso, por-

tanto, que se comprove que alguém concorreu com ato seu para o crime' (RTJ 35/517, Rel. Min. Victor Nunes Leal).

Tem-se, desse modo, que se revela inepta a denúncia, sempre que esta, sem especificar a participação de cada um dos acusados - senão todos eles diretores ou administradores do mesmo organismo empresarial - vem a atribuir-lhes, genericamente, a responsabilidade pelo evento delituoso (RHC 50.249, Rel. Min. Xavier de Albuquerque)" (D.J.U. I, 6.12.95, p. 42460) ¹⁵.

No Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em face da divergência reinante no STJ e no STF, optou-se pela tese que nos parece melhor. E assim decidimos que:

"Admitir a denúncia que não diz em que cada um dos denunciados concorreu para a prática do crime impõe maus tratos a dispositivo do art. 41 do CPP, e do art. 11 da Lei nº 8.137/90, além de inverter o ônus da prova, com afronta ao princípio da presunção de inocência e afrontar a garantia constitucional de ampla defesa" ¹⁶.

5. Denúncia Genérica e Responsabilidade Objetiva

Admitir a denúncia que não descreve, ainda que sumariamente, a participação de cada acusado no cometimento criminoso, é uma forma oblíqua de admitir a responsabilidade objetiva.

Assim, para responder por um crime contra a ordem tributária, basta o

14 HC 73.419-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 12.3.96, Informativo STF.

15 Revista Dialética de Direito Tributário, nº 5, fevereiro de 1996, p. 147. DJU de 8.2.96, pp. 1974/1976.

16 TRF - 5ª Região, 1ª Turma, HC nº 591-CE, liminar deferida, Rel. Juiz Hugo Machado, julgado em 28.3.96.

fato de ser diretor de uma sociedade, em cujo âmbito de atividades tenha sido praticado fato capaz de configurar crime dessa natureza.

Tal entendimento, entretanto, é inteiramente incompatível com o denominado direito penal da culpabilidade. Ou direito penal da responsabilidade subjetiva.

Mesmo no âmbito do direito tributário, a responsabilidade por infrações não é objetiva como pode parecer. O art. 136 do Código Tributário Nacional admite, isto sim, a responsabilidade por culpa presumida. Não a responsabilidade objetiva. E admitindo a responsabilidade por culpa presumida apenas inverte o ônus da prova.

6. Denúncia Genérica e Culpa Presumida

Em matéria penal, todavia, não se pode admitir a culpa presumida, nem a inversão do ônus da prova, porque a regra, alçada ao patamar de garantia fundamental, é a presunção de inocência¹⁷.

Por outro lado, se no tipo penal o dolo é elementar, como acontece nos crimes contra a ordem tributária, em cujo âmbito inexistem crimes culposos, não se há de cogitar de culpa presumida.

7. Denúncia Genérica e Presunção de Dolo

Há quem sustente que os crimes societário são "delitos sem que se presume o benefício de todos os sócios" (Ministro Décio Miranda, voto no RHC nº 59.857-SP, já citado). E isto tem servido de fundamento para a aceita-

ção da denúncia genérica. Não nos parece, porém, razoável admitir-se a presunção do dolo.

Quem tem vivência, por pequena que seja, da vida empresarial, sabe muito bem que no âmbito das empresas muita coisa acontece até sem o conhecimento de sócios e diretores, ou com o conhecimento apenas de algum, ou alguns destes, e até mesmo em detrimento da sociedade. E entre tais acontecimentos podem estar fatos configuradores de crime contra a ordem tributária, como é o caso, por exemplo, de venda sem nota fiscal, ou com subfaturamento.

Se a culpa pode ser presumida, para fins de responsabilidade tributária, o dolo jamais.

Seja como for, em matéria penal, em face da garantia constitucional da presunção de inocência, é "imperioso que a denúncia descreva detalhadamente um fato típico doloso ou culposos, imputando-o ao agente, evitando-se qualquer tipo de presunção"¹⁸.

8. A Denúncia e o Devido Processo Legal

A necessidade de descrição, na denúncia, da conduta individual de cada acusado, é exigência da garantia do devido processo legal, conceito no qual se incluem o contraditório e a ampla defesa.

Os que sustentam a validade da denúncia genérica nos crimes cometidos por meio de sociedade, geralmente argumentam que a individualização da conduta dar-se-á no curso da instrução. Tal argumento é inadmissível. O que se faz durante a instrução é

17 Constituição Federal, art. 5º, inciso LVII.

18 Damásio E. de Jesus, A Denúncia nos Crimes Cometidos por Meio de Empresa, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 2, p. 19.

a prova. Quando se exige a individualização da conduta de cada acusado, na denúncia, não se está cogitando de prova. Cogita-se de imputação. A denúncia há de conter, para não ser inepta, a imputação de fato que configure ilícito penal, dirigida a cada um dos acusados. Pode não estar instruída com a prova dessa imputação. Bastam os indícios¹⁹. Inepta, todavia, será, se não imputar a cada denunciado, individualmente, os fatos que configuram a sua participação no cometimento delituoso.

Admitir que possa a acusação descrever a participação individual do acusado na fase de instrução pode, em certos casos, constituir cerceamento evidente do direito de defesa, decisivo para a condenação de réu inocente.

Como o rol de testemunhas é oferecido com a defesa prévia, é possível que somente quando indicadas certas circunstâncias tenha a defesa dos réus, ou de um, ou de alguns deles, a oportunidade de saber quem, dentro ou fora da empresa, conhece os fatos e pode, assim, sobre os mesmos depor. É possível que da prova testemunhal resulte clara a inocência de todos, de um ou de alguns dos diretores da empresa. Recebida, po-

rém, a denúncia genérica, é exatamente o inocente ou são os inocentes, desconhecedores dos fatos, os prejudicados quanto à indicação de suas testemunhas.

9. Denúncia e Condenação

Nas manifestações favoráveis à validade da denúncia genérica geralmente é feita a ressalva de que durante a instrução será feita a individualização da conduta de cada acusado. Argumentam, também, com a impossibilidade prática de fazer a imputação individualizada, na denúncia, dos fatos que caracterizam a participação de cada denunciado²⁰.

Esse argumento é inaceitável.

A questão não pode ser de impraticabilidade, mas de simples oportunidade. Se é impraticável descrever na denúncia, a participação de cada acusado no cometimento delituoso, certamente o será, também, na fase de instrução. E a denúncia será inútil, porque impossível a condenação.

Condenação, sem individualização, é a consagração da responsabilidade objetiva, ou pelo menos, a aceitação do dolo presumido, o que no direito brasileiro, como no direito de qualquer país que respeita a

19 STJ, Sexta Turma, RHC nº 3.152-2 - RJ, Relator o Ministro Pedro Aciole, RSTJ 65, ano 7, p. 187. Na ementa desse julgado está dito:

"A discussão da base fática probatória da denúncia é feita após a instrução da causa. Para a denúncia ser recebida basta que seja formalmente correta, narre fato típico e se apóie em indícios de crime e de autoria".

20 Subprocuradoria-Geral da República, parecer oferecido no HC nº 3.335-3 - DF, Relator Ministro Cid Flaquer Scarcezini, RSTJ nº 77, pp. 266/267, nestes termos:

"Não é possível tratar-se desigualmente pessoas pela simples diferença econômica existente entre elas. Nos crimes de ação coletiva, como nos assaltos praticados por delinquentes comuns, às vezes até encapuzados, não pode e nem deve o Poder Judiciário exigir a descrição participativa de cada um no evento, para validar a denúncia. Tal exigência tornaria inviável o processo criminal pela prática do crime com pluralidade de agentes.

Da mesma forma é o denominado crime societário. A descrição pormenorizada da participação de cada sócio ou componente de uma empresa inviabiliza a ação jurídico-penal, face à impossibilidade de descrição de condutas engendradas nos confinamentos das empresas, quando as ordens dos maiores são transmitidas verbalmente e obedecidas por subalternos, sob pena de perda do emprego, ou seja, de condições da própria vida.

Este entendimento é discriminatório, pois limita a ação de sonegação fiscal contra o menor, vez que a ação material de sonegação é sempre praticada pelo empregado, embora sob as ordens formais, não escritas, do patrão".

liberdade dos indivíduos, não se pode admitir.

10. Responsabilidade da Pessoa Jurídica

A dificuldade ou a impossibilidade de demonstrar e provar a autoria e a participação individual, nos ilícitos cometidos por intermédio de pessoa jurídica, explica “a tendência para deslocar o eixo de rotação do procedimento investigatório. Em tal circunstância, mais fácil será debitar a causalidade do evento a um ente coletivo que proceder às diligências geralmente penosas para o estabelecimento das responsabilidades individuais”²¹.

Na prática, enquanto a legislação não atribui à pessoa jurídica a responsabilidade criminal, a jurisprudência caminha no sentido de atribuir responsabilidade objetiva aos dirigentes da empresa, na medida em que tem admitido a denúncia genérica. Cuidasse de solução duplamente inaceitável. Primeiro, porque elaborada à margem da Constituição e da Lei. Depois, porque resulta mais gravosa exatamente para os indivíduos inocentes, que terminam pagando por faltas que não cometeram.

Admitir a denúncia genérica é um passo para admitir a condenação fundada na responsabilidade objetiva, ou no dolo presumido. E assim, chega-se a conclusão mais gravosa, e às vezes certamente mais injusta, do que a responsabilidade da pessoa jurídica, posto que viabiliza a aplicação de pena prisional a dirigentes de pessoa jurídica, independentemente de sua culpabilidade.

11. O Art. 11 da Lei nº 8.137/90

No Direito brasileiro, além das garantias constitucionais já examinadas, dispositivo expresso de lei ordinária, que as reflete, torna indubitosa a necessidade de descrição, na denúncia, dos fatos imputados a cada acusado, individualmente.

Com efeito, o art. 11 da Lei nº 8.137/90 é claro: “Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, *na medida de sua culpabilidade*”. Se a responsabilidade penal é na medida da culpabilidade de cada um, é indispensável, sem dúvida, que a denúncia indique *em que o denunciado concorreu, individualmente, para o crime*.

12. Indicação do Tributo Suprimido ou Reduzido, ou cuja Supressão ou Redução é Pretendida. O Dolo Específico

Outro ponto no qual as denúncias em geral, nos crimes contra a ordem tributária, são omissas e por isto mesmo ineptas, é o que diz respeito à indicação do tributo suprimido, ou reduzido, ou cuja supressão, ou redução, foi pretendida pelos denunciados.

Em se tratando de crime contra a ordem tributária, no qual o resultado supressão ou redução do tributo seja integrante do tipo, ou para cuja configuração o dolo específico seja elementar, a denúncia, para não ser inepta, deve indicar o tributo suprimido, ou reduzido, ou qual o tributo o agente

21 René Ariel Dotti, A Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro) em Revista Brasileira de Ciências Criminais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 3, nº 11, p. 187.

pretendeu suprimir, ou reduzir. Essa indicação, que tem sido considerada desnecessária, é da maior importância para o exercício do direito de defesa.

A jurisprudência tem entendido ser "inepta a denúncia, em crime de prevaricação, que não especifica o interesse ou o sentimento pessoal que o acusado buscou satisfazer"²². E assim é na verdade porque o *sentimento pessoal*, no caso, é integrante do tipo. Não estará configurada a prevaricação sem que esteja presente um *sentimento pessoal* do agente, a motivar-lhe a conduta.

Da mesma forma, sem a supressão ou redução de um tributo, ou a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributo, os tipos penais em questão não estarão configurados.

Apreciando questão relativa a ação penal por patrocínio infiel (CP, art. 355), o TRF da 5ª Região considerou "inepta a denúncia que não descreve, sequer sucintamente, o prejuízo experimentado pela vítima"²³. No crime de supressão ou redução de tributo, pela mesma razão, é necessária a indicação do prejuízo sofrido pelo fisco.

13. Conclusões

Em face do exposto, reconhecendo embora ser ainda divergente a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, quanto à validade da denúncia genérica nos denominados crimes societários, no plano doutrinário podemos chegar às seguintes conclusões:

1ª) Nos crimes contra a ordem tributária, a descrição da participação de cada um dos acusados no cometimento delituoso é requisito essencial da denúncia, por imposição das garantias constitucionais do processo penal;

2ª) Em se tratando de crime cometido por intermédio de pessoa jurídica, a responsabilidade penal dos dirigentes destas é na medida da culpabilidade de cada um, por força do que estabelece o art. 11 da Lei nº 8.137, de 27.12.90;

3ª) Admitir a denúncia genérica é violar dispositivo expresso da lei, consagrando a responsabilidade penal objetiva, absolutamente inadmissível no Direito brasileiro; ou admitir a presunção de dolo, inadmissível em face da específica garantia constitucional da presunção de inocência;

4ª) A denúncia genérica impõe maus tratos ao direito de defesa, especialmente no que concerne à produção de prova testemunhal;

5ª) No curso da instrução pode ser feita a prova de circunstâncias que consubstanciam a participação individual de cada acusado. A afirmação de tais circunstâncias, todavia, deve ser feita na denúncia;

6ª) É inepta a denúncia que não descreve o fato delituoso com todas as suas circunstâncias, e nos crimes de autoria coletiva a participação de cada acusado no cometimento delituoso.

22 STJ - 5ª Turma, RHC nº 3.960-4 - RJ, Rel. Min. Assis Toledo, RSTJ nº 71, p. 117.

23 TRF da 5ª Região, 3ª Turma, HC nº 569-PE, Relator o Juiz Ridalvo Costa, julgado em 29.2.96, unânime, Boletim Informativo nº 15, p. 10.