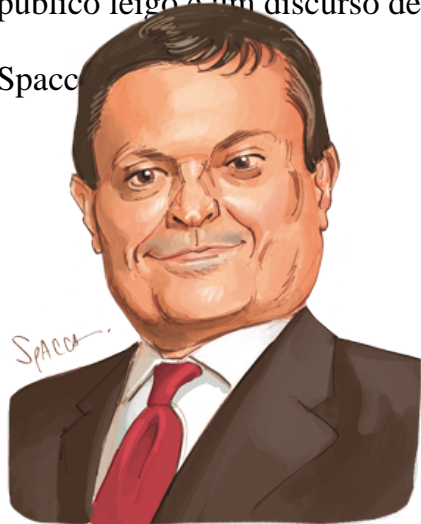


Renato Silveira: Escândalos e a evolução do Direito Penal

O que uma série de prisões dadas em 2015, em um hotel de luxo, às margens do lago de Zurique, poderia ter em comum com a pretensa atribuição de responsabilidade aos acionistas no denominado escândalo das Americanas, alegado maior turbilhão de fraude no setor de varejo nacional? Uma potencial aproximação de ambos os casos é encontrada no fato de, em certa medida, ambos os cenários acabarem por mencionar figuras penais potencialmente atípicas no Brasil, gerando, não raro, incompreensão do público leigo e um discurso de virulento inconformismo.

Spacc



Deve-se lembrar que um dos mais importantes primados do Direito Penal

se pautava no princípio da legalidade. Segundo ele, só se poderia punir determinada conduta como crime face a existência de lei prévia. Embora lição preambular, nem sempre a mesma se vê devidamente recordada. O Direito Penal, que no século 19 se pautava pela lógica do furto e do roubo, passou por profundas modificações, em especial no último quartel do século 20. Foi avançando em aspectos da economia, antes muito mais herméticos. E, com isso, diversas novas previsões penais econômicas passaram a se ver presentes. Aperfeiçoou-se, por assim dizer, mas as alegações quase simbólicas ainda são presentes.

É assim que no campo ambiental, condutas antes corriqueiras passaram a ser vistas como contravenções e, depois, como crimes. Junto a instituições financeiras, ainda que com objeções da doutrina, gestões arriscadas passaram de aceitáveis a serem vistas como potencialmente criminosas. No mercado de ações, por outro lado, ingerências e usos de informações privilegiadas também, antes impunes passam a ser reprimidas pela lei. E, diga-se, muitas dessas neocriminalizações acabaram por se consubstanciar após crises ou escândalos pontuais. Essa, curiosamente, uma característica do Direito Penal dos negócios: sua evolução com vistas à correção de problemas vistos no passado.



No campo empresarial residem enormes problemas de imputação. Dentre tantos, de se indagar se existe, e qual seria, enfim, a verdadeira responsabilidade do sócio, distante do dia-a-dia da empresa onde venha a ocorrer determinado crime? Ao contrário do que podem pensar alguns, o papel do sócio não é necessariamente decisório, e, assim, tal imbricação não é, nem pode ser, automática, como parecem desejar, ou fazer crer, vários comentaristas ao analisar esse verdadeiro tremor sísmico no cenário de comércio varejista nacional.

Para além disso, muitas das alegações colocadas em pauta, alguns parecem querer estabelecer encargos sem, necessariamente, fazer ponderações sobre qual o eventual crime e quem seria seu autor. Em havendo uma tentativa de um caso Mannesmann AG à brasileira [1], ou simples fraude em balanços com fins específicos, dever-se-ia punir os aqueles diretores vistos como autores de fato de ações reprováveis, que eventualmente tenham sido, por exemplo, beneficiados com bônus indevidos. Mas a aparente automática confusão pretendida dos acionistas com os responsáveis pela fraude vai além de ponderação cientificamente aceitável, e isso deve ser colocado como baliza primeira em qualquer debate, sob pena da edificação de uma nova Escola Base, agora em termos dos negócios empresariais. Frise-se que acionistas aprioristicamente não detém controle específico sobre a fonte de perigo vista na empresa e, portanto, tem restrito poder sobre atos organizacionais e conseqüente responsabilidade criminal.

O Brasil, como se disse, já conheceu outras situações, e mesmo prisões no exterior, em que empresários nacionais foram acusados de condutas que, por aqui, seriam simplesmente atípicas, nada gerando em seu desfavor. No mencionado emblemático caso Fifa, é de se ter em conta que, ao revés de outros países, o Brasil então desconhecia crimes como o de corrupção privada, o que simplesmente fez gerar um nada jurídico em função daqueles eventos [2]. Os supostos acontecimentos então dados no exterior simplesmente se mostravam atípicos em território nacional, não gerando, assim, responsabilidades por aqui.

Em relação ao caso Americanas, parece claro, como se disse, que, a princípio, dificilmente se poderia sustentar a responsabilidade de acionistas [3]. Nesse sentido, ampla atipicidade. Por outro lado, mesmo a pretensa atribuição potencial de culpa a diretores poderia acabar por tocar em outro problema, qual seja, em como os punir. Em uma situação de caso de tamanha proporção, a situação evidente de imputação de potencial estelionato talvez se mostrasse por demais diminuta. Face a tais dificuldades, surge a dúvida: seria conveniente, cabível, ou oportuno, uma neocriminalização similar a infidelidade patrimonial ou figura associada, como uma gestão fraudulenta de instituição não financeira de capital aberto. Ora, embora, na Alemanha, Schünemann, e outros, venham a apontar os problemas da criação de um eventual monstro legislativo, com todos os riscos de arbitrariedades potenciais e ambiguidades que possam fazer o Direito Penal caminhar a um quase precipício dogmático [4], é de se ver que, tomados os devidos cuidados, a discussão de alguma sorte de novo desenho típico deve ser trazida ao debate no Brasil. E, isso, até mesmo por uma questão de segurança jurídica e de não se pretender qualquer sorte de imputação por achismos desmedidos de quem quer que seja. A tipicidade, portanto, deveria ser fator de estabilidade, para a empresa e para seus dirigentes e acionistas. O mesmo Schünemann, em outro momento, aponta, ainda, casos vários na justiça alemã que acabaram por se debruçar sobre o conceito de prejuízo a ser abordado nessas questões [5], contribuindo, ainda mais, para um necessário futuro debate em sede nacional. Por certo, alguma criminalização pode trazer muito mais segurança jurídica do que nenhuma, com todo o leque de possibilidades argumentativas que a segunda opção pode vir a gerar.

Talvez seja este, enfim, o momento ideal de se discutir eventual nova criminalização, no Brasil, de situações e variações de administração desleal ou infidelidade patrimonial, ou, mesmo a variação de uma gestão fraudulenta, como já se deu, v.g., na Alemanha, Espanha, Portugal ou Itália [6]. Parâmetros novidadeiros, portanto, se fazem mais do que necessários. São urgentes.

O momento é oportuno para novas discussões nesse sentido, e a discussão legislativa deve se incrementar. Antes disso, contudo, deve-se estar atento para o fato de que, além de quase caluniosas, muitas das colocações hoje vistas na imprensa estão a beirar a irresponsabilidade, clamando por alegadas responsabilidades, fundamentalmente, senão difíceis de comprovação, são simplesmente não previstos na legislação nacional. Derradeiramente, quiçá seja a oportunidade de aprendizado e evolução, para um novo patamar do desenvolvimento jurídico-penal nacional [7]. Mas, sempre, de forma responsável, e não se repetindo erros e bravatas vistas tantas vezes no passado e, comumente, de triste memória.

[1] Cf., sobre o caso Mannesmann AG, SCHÜNEMANN, Bernd. La Administración desleal de los órganos societários: el caso Mannesmann. Traducción a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ-Jara Díez, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy. *La Administración desleal de los órganos societários*. Lima: Ara, 2010, pp.52 e ss.

[2] Cf. ROVER, Tadeu. Caso FIFA, mesmo que comprovado, não pode ser considerado crime no Brasil. Disponível na internet: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/brasil-fifa-nao-considerado-crime-corrupcao>. Acesso em 25.3.2023. GONTIJO, Conrado. Caso Fifa mostra a fragilidade da ordem jurídica do país no assunto. Disponível na internet: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-01/conrado-gontijo-fragilidade-ordem-juridica-brasileira-escandalo-fifa>



. Acesso em 25.3.2023.

[3] Cf., na literatura nacional, SIQUEIRA, Joana. *Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores*. São Paulo: Marcial Pons, 2022, pp. 109 e ss.

[4] Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. ¿"Infracción grave del deber" en la Administración desleal? Traducción a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ-Jara Díez, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy. *La Administración desleal de los órganos societários*. Lima: Ara, 2010, pp. 79 e ss.

[5] Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La Administración desleal... Op. cit., pp. 15 e ss. SCHÜNEMANN, Bernd. Acerca da cuadratura del círculo en la dogmática del perjuicio de peligro. Traducción a cargo de Percy García Caveró. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ-Jara Díez, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy. *La Administración desleal de los órganos societários*. Lima: Ara, 2010, pp. 93 e ss. SCHÜNEMANN, Bernd. El Tribunal Supremo alemán en la maraña del tipo de la Administración desleal. Traducción a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez. In: JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; GÓMEZ-Jara Díez, Carlos; GARCÍA CAVERO, Percy. *La Administración desleal de los órganos societários*. Lima: Ara, 2010, pp. 135 e ss.

[6] No Brasil, é significativa a brilhante obra pioneira de Rodrigo De Granis, apresentada como Doutorado junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Cf. DE GRANDIS, Rodrigo. *O delito de infidelidade patrimonial e o direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2022, *passim*.

[7] Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crise econômica e reflexos penais: leis penais em branco, compliance fiscal e regularização de ativos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime. Aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, pp. 28 e ss.