



Frederico Cattani: dolo genérico é dolo, e não negligência

23/09/2019

Se fosse necessário estabelecer uma premissa para este artigo, seria sobre a diferenciação necessária que o legislador criou no artigo 18 do Código Penal entre crime doloso e crime culposo, principalmente por ser a regra expressa da lei que ninguém poderá ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. Em uma leitura implícita, o preceito é de não punir praticas culposas, ainda que o resultado possua previsão legal objetiva como de interesse penal (desde que doloso). A exceção a esta norma se dará para ressalvas que estiverem expressamente previstas na lei, as quais dentro dos limites postos (via de regra com penas menores), criam o tipo penal que tem por causa o resultado alcançado por imprudência, negligência ou imperícia.

Somente para desenhar o assunto, *matar alguém* é um fato previsto tanto na modalidade dolosa (art. 121 do Código Penal) como na modalidade culposa (art. 121, §3º). Da mesma forma o crime de incêndio previsto no Código Penal, que possui a figura dolosa (art. 250) e a previsão expressa para figura culposa (art. 250, §2º). No entanto, frisa-se, o sistema penal brasileiro tem que a redação dos tipos penais são sempre para a forma dolosa se não estiverem especificamente dizendo que estão tratando da forma culposa. Isto é, o legislador deixa de prever expressamente no tipo penal expressões como “*neste crime não se aplica a forma culposa*”, pois esta é a regra.

O Código Penal traz em seu texto que é doloso o crime quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Porém, na análise da realidade e a observação da conduta do homem frente a determinados fatos, faz com que a doutrina e a jurisprudência aqueçam os debates sobre quais seriam os elementos e as formas de dolo, permitindo racionalizar quando surgiria a culpa e, até mesmo, concluir por casos que não se aplicariam nem o dolo e nem a culpa. Daí a merecida advertência de que não se pode afirmar que há dolo ou culpa, enquanto elementos do tipo de ilícito, frente uma atitude humana qualquer, como forma de revelar *automaticamente* a subsunção ao tipo penal objetivo juridicamente previsto[1]. A anotação que neste ponto deve ser feita se dá sobre o caráter irrenunciável de que existe um conteúdo material não tido como puro reflexo das formas literais, mas que encontra completude autônoma que a molde, para tornar decisiva a aplicação penal ao caso concreto[2].

Mas o que tanto se quis dizer com tudo isso? Uma coisa simples, mas com toda a complexidade que lhe é inerente: dolo genérico é dolo e não culpa (imprudência, negligência ou imperícia).

A nossa hipótese de observação se dá sobre o artigo 337-A do Código Penal, que prevê a sonegação de contribuição previdenciária. O destaque é não existir no texto legal previsão para a forma culposa, o que leva a ser aplicada a regra geral, isto é, trata-se de crime que somente pode ser cometido dolosamente. Dito isso, estando frente a um ato que fiscalmente se amolde como supressão ou redução de contribuição social previdenciária, impõe analisar se seria o fato penalmente reprovável. E é no processo penal que se dará o lugar em que o problema principal

fica posto, qual seja, o de determinar como se traduz o fato que compõe a acusação e a subsunção ao tipo penal, enquanto realidade de dolo ou de culpa e, até mesmo, enquanto atitude não censurável.

O superior Tribunal de Justiça tem reiterada jurisprudência no sentido de que o crime de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no *art. 337-A* do Código Penal, não exige dolo específico para a sua configuração[3], pois seria suficiente, para a sua caracterização, a presença do *dolo genérico*, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos[4]. Se a jurisprudência ficasse na discussão sobre a voluntariedade da omissão que gerou (ou geraria) valores a serem recolhidos tributariamente, permitiria ao acusado exigir do Estado a demonstração do dolo (ainda que genérico). Contudo, o ementário é generalista e se faz com contornos imprecisos sobre o que seria esta voluntariedade, criando uma zona cinza sobre o conteúdo material deste dolo genérico.

O termo *dolo genérico* não deve ser empregado como um trocadilho, isto é, uma figura estilística com significado totalmente diferente daquele que se esperaria para a mesma. De outra forma, o *dolo genérico* não é uma capa, uma aparência, que está a serviço para dar sentido diverso daquilo que lhe caberia, dando oportunidade de criminalizar crimes dolosos (sem previsão culposa) com aquilo que seria em sua verdade um ato puramente negligente.

Não se pode abandonar que o marco divisor e que diferencia o crime tributário do mero inadimplemento fiscal se encontra, justamente, no emprego de artifício de alcançar ilicitamente vantagem frente a administração tributária. Ora, esta expresso no tipo penal o querer conscientemente reduzir ou suprimir contribuição social previdenciária. Ou seja, é necessário descrever o *como se deu* o comportamento das modalidades previstas na Lei. E, aqui surge o ponto das decisões retro citadas, de que a conduta ardilosa revela-se tanto na omissão *deliberada* quanto na conduta ativa.

Ocorre que esta *omissão deliberada* deve ser *provada* pelo acusador, não bastando chamar a existência de uma inscrição de dívida ativa fiscal como prova de *dolo genérico*. Em palavras diretas, é saber, por exemplo, se ao agente responsável foi dada a oportunidade de tomar a decisão, por exemplo, de omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias. Não basta estar o agente no lugar simbólico de *domínio do fato*, se faz necessário que o fato estivesse sobre o seu domínio. Assim, conscientemente e voluntariamente, passou a tomar uma decisão quando lhe era exigido uma conduta diversa possível.

Não pode ser exigido, a título de ilustração, que um administrador de empresas conheça enquadramentos tributários, como os seus reflexos pormenorizados, como sobre as opções do simples nacional, ou do lucro presumido ou do lucro real, quando existem julgados diários discutindo especificidades que recaem das mais diversas formas. O que deve ser averiguado é se o agente responsável, consciente da obrigação e de forma voluntária, passa a ter uma conduta que resulte em supressão ou redução deste ou daquele tributo.

E aqui reside o *dever de cuidado* de quem acusa, primeiramente, pois lhe caberia demonstrar a justa causa penal, que está para além da dívida fiscal[5]. E, por segundo, o uso do processo

penal para fins arrecadatórios não pode ser encorajado, principalmente com medidas assecuratórias que não foram objetos em execução fiscal. Neste caminhar, de convicções subconscientes sobre a função desviada do processo penal, estar-se-ia frente a uma hipótese para a tese do *interesse disfarçado*[6], inquietação iniciada pelas pontuações feitas por Lenio Streck[7], quando a fundamentação escolhida livremente se presta ao interesse de alguém (mesmo que sobre o argumento moral do *bem*). Ilustrando, a dívida fiscal traria um pré-conceito de crime, que somente pode ser afastado por uma prova de inocência pelo réu, que quando inexistente, assevera uma certeza no julgador sobre seus conceitos prévios, o qual trava sua real intenção de agir (*interesse*) na condenação que já lhe era certa em razão da dívida, e usa da livre fundamentação para afastar o direito subjetivo do caso concreto, aplicando o seu propósito ao julgado com a roupagem de dolo genérico (hipótese de tese quando o convencimento se dá pela mera *indicação da existência de relatório fiscal para fins penais e uma dívida ativa*, quando genérico seria o julgado).

[1] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007. p.278.

[2] Neste sentido ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*: vol. 1, parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[3] AgRg no AREsp 840609/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 14/03/2017.

[4] (AgRg no AREsp 469137 , Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/12/2017).

[5] Caberia um artigo somente para falar de acusação justa, existência fundada de caso para acusar e o não recebimento da peça acusatória.

[6] Venho pesquisando casos em que o direito sofre uma escolha de interpretação em favor de algo abstrato, que esta no pré-conceito de quem analisa o fato. Seriam, assim, os interesses disfarçados considerados como movediços poderosos, às vezes subconscientes, que induzem grupos ou estratos sociais a perpetuar resistência a qualquer mudança, ou impor mudanças quando deveria haver resistência.

[7] “A decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada”. **Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas**. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-set-23/frederico-cattani-dolo-generico-dolo-nao-negligencia/>