

A TEORIA DA AUTORIA DE ESCRITÓRIO E SUA APLICABILIDADE AOS CRIMES DECORRENTES DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo enquadrar as condutas dos superiores hierárquicos de empresas como ilícita, de maneira a indicar ser ele sujeito ativo do ilícito à luz da teoria do domínio do fato, mais especificamente, autoria do escritório, e, para se compreender da melhor maneira, será explicada tal teoria desenvolvida pelo alemão Claus Roxin mitigada. Assim, feita esta ligação entre as condutas ilícitas de empresários e esta teoria, serão demonstrados casos concretos e legais do raciocínio desenvolvimento, visando extirpar a impunidade dos detentores de poder.

Palavras-Chave: Domínio do Fato. Estrutura Organizada de Poder. Atividades Empresariais Ilícitas.

INTRODUÇÃO

A globalização trouxe mudanças substanciais em todo o mundo. O avanço tecnológico aliado a expansão de diversos setores da economia potencializou a atuação de diversas pessoas jurídicas do ramo empresarial, as quais passaram a ter grande influência econômica e política dentro da sociedade.

A partir desta ideia, indivíduos que representam e exercem a função de liderança destas empresas, cientes da repercussão de sua atividade, praticam condutas lesivas à diversos bens jurídicos, razão pela qual tomou-se a atenção da persecução penal em todo o mundo para proporcionar a sua respectiva tutela.

Diante da presente situação, despertou-se um novo conceito de criminalidade na sociedade jurídica, haja vista que a má utilização das entidades empresariais, por meios de seus gestores e executivos, se tornou um campo fértil para a prática de diversos crimes desta natureza, seja para afastar a fiscalização do Estado sobre a atividade econômica exercida, seja para prejudicar a Ordem Econômica em geral, entre outros bens jurídicos.

Trazendo este novo modelo de crime ao cenário brasileiro, há necessidade de adotar um tratamento diferenciado para apurar os fatos e individualizar os responsáveis pelos delitos praticados no âmbito empresarial.

Analisando as teorias existentes para disciplinar a autoria das infrações penais, buscar-se-á, no presente trabalho, demonstrar a possibilidade de enquadramento de uma das modalidades da teoria do domínio do fato, a autoria de escritório, também denominada de domínio da organização ou autoria por intermédio de aparatos organizados de poderes, criada, inicialmente por Hans Welzel e desenvolvida, posteriormente, por Claus Roxin.

Para compreender a teoria em questão, serão relacionados seus quatro requisitos, quais sejam: i) poder de mando; ii) fungibilidade dos executores; iii) disposição essencial elevada dos executores para o fato e iv) aparato organizado ilícito, levando-se em consideração ser este último um requisito essencial ou não.

Frente à esta teoria, será levantado o questionamento de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas de não proporcionar impunidade àqueles que detém o poder, os quais, com grande frequência, se valem de meios ilícitos para alcançar seus interesses.

METODOLOGIA

Fez uso do método dedutivo de pesquisa, uma vez que, partindo-se do aspecto geral da teoria da autoria de escritório para as organizações criminosas, direciona-se para sua aplicação às particularidades da atividade empresarial, estudando ser possível ou não, a necessidade de adaptações da teoria para seu enquadramento na realidade brasileira.

Para corroborar com o desenvolvimento do trabalho, como técnica de pesquisa, foram utilizadas as pesquisas documentais, ou seja, das leis e jurisprudência, além de também se utilizar da pesquisa bibliográfica, utilizando das doutrinas e artigos científicos desenvolvidos sobre o tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O atual Código Penal não define, claramente, quem seriam os autores de uma infração penal, encarregando-se a doutrina em exercer este papel ao interpretar o texto legal.

De acordo com o posicionamento dominante, o Código Penal, em seu artigo 29, faz a distinção entre autoria e participação. Assim, autor seria o agente que realiza o núcleo do tipo penal, enquanto partícipe aquele que presta contribuição com causalidade, não realizando o núcleo do tipo, sendo adotada, portanto, a teoria restritiva objetivo formal.

A adoção desta teoria pelo Código Penal é criticada por não tratar sobre a teoria do domínio do fato, mas não implica dizer que não possa ser aplicada, já que o próprio Diploma Legal Penal não proibiu a aplicabilidade da teoria em questão. Inclusive, a teoria em questão já foi objeto de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como na AP 470/MG.

Claus Roxin, apesar de não ser o idealizador inicial da teoria do domínio do fato, foi o responsável por aprofundar a sua teorização. Em linhas gerais, o Doutrinador em comento define autor como aquele que governa o curso da infração penal e tem o controle do próprio resultado e, com esta definição, subdividiu em várias espécies de autoria, dentre elas a autoria de escritório, também conhecida por “autoria de domínio da organização” ou “autoria por intermédio de aparatos organizados de poderes”.

Esta modalidade de autoria surgiu para combater a criminalidade organizada em uma estrutura hierárquica, na qual há alguém com o controle de todo o entorno da infração a ser cometida, inclusive do resultado, porém não será seu executor direto. Trata-se, de acordo com Roxin, de autoria mediata, no qual “o domínio do fato do homem de trás se baseia em que pode por meio do aparato que está à sua disposição produzir o resultado com maior segurança” (ROXIN, 2011, p. 12).

Na teoria do domínio da organização, foram estabelecidos quatro requisitos para a existência da autoria de escritório. O primeiro deles seria a existência de poder de mando, ou seja, a existência de um sujeito na ponta superior da estrutura vertical mantendo todo o controle das camadas abaixo e da execução das infrações.

A fungibilidade dos executores é a segunda exigência, a qual garante a existência do resultado criminoso determinado pelo mandante, independente de quem seja o seu executor direto, pois pode ser substituído por outro subordinado sem prejuízo à execução do delito. Por

consequente, tem-se a disposição essencial elevada para cumprimento da ordem como terceiro requisito, logo a ordem dada não é questionada e será cumprida de qualquer maneira.

Por fim, tem-se por última condição a desvinculação do direito pelo aparato de poder, exigindo-se que a organização deve ser criada para fins ilícitos, totalmente desvinculados do direito.

Para Roxin, estes quatro elementos são necessários para se falar em teoria do escritório, para que se tenha maior segurança ao aplicar a teoria e não ocorra a possibilidade de se punir todo e qualquer indivíduo que tenha poder de mando. Em se tratando do quarto requisito, o doutrinador ratifica a necessidade de ser caracterizado, pois se não há desvinculação do Direito, atuará de acordo com ele e, assim não se poderia aplicar a teoria de escritório.

É neste sentido que Claus Roxin entende que não seria possível a autoria de superiores de empresas que levam seus empregados a cometerem delitos, pois tais empresas não se desvinculam do Direito, não se propondo, portanto, à prática de atividades criminosas (ROXIN 2011, p. 19).

Entretanto, o que se tem aplicado no Brasil, é a solução apresentada por Francisco Muñoz Conde, o qual desconsidera a necessidade de se ter especificamente uma finalidade ilícita para que se possa aplicar a teoria do domínio da organização, uma vez que se pode usar uma empresa que é aparato vinculado ao Direito, mas ao mesmo tempo praticar ilícito dentro dela, com a existência dos outros três requisitos (poder de mando, fungibilidade dos executores e alta disposição para cumprimento de ordem), devendo-se sempre comprovar o dolo do superior hierárquico na prática do ilícito, já que não basta ter o poder de mando. Foi utilizando deste raciocínio que se aplicou esta teoria à AP 470/MG, na qual se detectou lavagem de dinheiro de instituições financeiras e empresas publicitárias e, mesmo sendo instituições não desvinculadas ao Direito, pois o que se considerou foi o crime de gestão fraudulenta (art.4º da Lei nº 7.492/86).

A título de exemplo, pode-se supor a existência de uma determinada empresa que tem por finalidade a distribuição de produtos agrícolas para uma região que engloba três municípios. Por conta da intermunicipalidade, incidirá sobre a atividade da empresa em questão o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), obrigação da qual os gestores da pessoa jurídica, dolosamente, deixam de cumprir, incorrendo no tipo penal do art. 2º, inciso II, da lei 8.137/90.

A conduta acima transcrita, hipoteticamente, é algo costumeiro da pessoa jurídica em questão. Todavia, nota-se que, se não fosse aplicada tal teoria, o agente responsável pelo crime em questão seria o contador responsável pelo recolhimento do ICMS da aludida empresa e não os gestores da empresa, os quais teriam autorizado a mencionada omissão ou, no mínimo, deveriam ter evitado por conta do conhecimento desta prática.

Ora, seria totalmente desarrazoável deixar de imputar a prática do delito em questão a quem exerce o poder de mando na empresa, haja vista que: i) por conta da função que exercem têm que ter conhecimento de suas obrigações tributárias; ii) o ato de deixar de repassar os valores aos cofres públicos acarretaria em uma diferença no capital da empresa, sendo nítido o enriquecimento ilícito; iii) o setor contábil da empresa está subordinado aos gestores, sendo os últimos responsáveis pelos de seus subordinados durante a atividade empresarial.

Desta forma, a adoção da teoria defendida no presente trabalho se mostra necessária e totalmente eficaz no atual cenário jurídico, pois, ainda que haja organizações com fins lícitos, seu tratamento quanto a individualização dos autores devem se assemelhar às com fins criminosos, pois, em virtude de ambas serem entidades estruturadas e caracterizadas pela sua hierarquia e distribuição de funções específicas, facilitaria a persecução estatal em apurar eventual fato típico sem possibilitar impunidade à quem está no topo de tais organizações.

CONCLUSÕES

Na atualidade, as empresas fazem parte do desenvolvimento econômico do país, para melhorias do Estado e promover o bem-estar social, mas não se pode perder de vista que, apesar de serem entidades vinculadas às normas jurídicas, também podem ser utilizadas pelos empresários e executivos para cometimento de ilícitos.

Por conta da peculiaridade dessas espécies de crimes somada a estrutura do Código Penal vigente, exige-se da persecução penal um tratamento distinto para apurar e identificar tais infrações, do que os critérios adotados para os demais crimes previstos no ordenamento jurídico.

Tal tratamento diferenciado se dá em razão de que os crimes decorrentes da atividade empresarial estão intimamente ligados à estrutura de uma empresa e à hierarquia de seus integrantes. Desse modo, deve-se apurar tais crimes de maneira distinta para que a lesão aos bens jurídicos que proporcionam não passem despercebidos aos olhos do Estado.

Acerca desse cenário, se vê necessária a aplicação da teoria do escritório, desde que haja a presença de seus requisitos: i) poder de mando, que são os superiores das empresas determinando ordens ilícitas aos seus empregados; ii) a fungibilidade dos executores, uma vez que, a ordem pode ser cumprida por qualquer empregado, ou seja, são substituíveis quanto ao cumprimento das ordens; iii) disposição dos executores para a execução dos atos, já que, muitas vezes não se questionam as ordens desta estrutura vertical; e a desnecessidade da desvinculação do direito pelo aparato de poder (quarto requisito, em tese), em razão que, no caso das empresas, por serem, regra geral, vinculadas ao Direito, seria possível dispensar tal requisito.

Portanto, o presente trabalho sugere a aplicação da mencionada teoria com as especificações já indicadas para potencializar a persecução penal para o fim de visualizar uma saída condizente com o Estado Democrático de Direito adotado à apuração de infrações penais decorrentes da atividade empresarial para as entidades que não têm sua finalidade exclusiva à prática de crimes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto Lei nº8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômicas e contra as Relações de Consumo**. Brasília: Planalto, 1990.

BRASIL. Decreto Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília: Planalto, 1940.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão da ação penal 470, Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

PRADO, Luis Regis. **Direito Penal Econômico**, 2014 - 6º edição. Revista dos Tribunais (Editora Thomas Reuters), São Paulo/SP.

ROXIN, Claus. **O Domínio da Organização como Forma Independente de Autoria Mediata**. Revista Justiça e Sistema Criminal, 2011, v. 3, 2011, p. 7-22..