

O USO DE PARECERES TÉCNICOS E JURÍDICOS COMO MEIO DE DEFESA CONTRA A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL

Nome: Lucas Cavalcante Miliani (IC) e orientadora: Érika Chioca Furlan

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

O sistema clássico da teoria do delito foi constituído sob a ótica tradicional do delito doloso da ação, com o enfoque na causalidade, domínio e intenção, a exemplo dos crimes contra a vida ou patrimônio. Entretanto, este sistema pode estar se tornando ultrapassado e/ou incompatível com a realidade atual dos crimes econômicos, visto que hoje as estruturas empresariais estão cada vez mais complexas e descentralizadas, e as decisões tomadas, independente da hierarquia dos cargos, buscam cada vez mais serem embasadas em pareceres especialistas no assunto. Há uma dissociação entre ação e responsabilidade, pois não raras as vezes, um indivíduo não tem a capacidade de compreender todas as especialidades e especificidades de diversos projetos cujas decisões acaba tomando em decorrência do cargo ou função, buscando assim uma opinião técnica ou jurídica previamente, mediante um parecer no qual se embasará ou não suas futuras ações. Por consequência, quando surge a ocorrência de um fato típico, antijurídico e culpável, a teoria do delito é colocada a prova, e os resultados, acabam sendo os mais diversos. O objetivo desta pesquisa está em avaliar o motivo pelo qual o uso dos pareceres técnicos e jurídicos tem se tornado mais frequente nos contextos empresariais, bem como a possibilidade deste recurso estar se tornando um escudo contra a imputação da responsabilidade penal, colocando a teoria clássica do delito em um grande desafio face a fragmentação das condutas e dos elementos do tipo.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Pareceres. Teoria do Delito.

ABSTRACT

The classic system of the tort theory was constituted under the optics of the traditional willful offense of the action, focusing on the causality, domain and intention, as the example of the crimes against life or patrimony. However, this system might be becoming outdated and/or incompatible with the current reality of the economic crimes, since today's companies structures are becoming more complex and decentralized, and the decisions taken, regardless of the hierarchy of positions, increasingly seek to be based on expert opinions on the subject. There's a dissociation between action and responsibility, because normally an individual doesn't have the capacity to understand all the specialties and specifications of several subjects whose decisions end up making as a result of his position, for that reason he will end up searching for an expert's opinion to possibly help him making the decision. When we have a harmful act, anti-legal and punishable, the tort theory is put to the test, and the results can be the most diverse. The goal of this research is to understand the reasons of the increase in the use of expert's opinion in the company's contexts, as well as the possibility that this resort is becoming a shield against the attribution of criminal responsibility, putting the classic tort theory in a great challenge with the fragmentation of the conducts and the elements of the crime.

Keywords: Economic Criminal Law. Expert Opinion. Tort Theory.

1. INTRODUÇÃO

Nos moldes da sociedade atual, no que tange os métodos de gestão organizacional, tanto pública quanto privada, tem-se uma nova tendência de descentralização da hierarquia funcional-operativa, priorizando certos níveis de autonomia e especialização, concedidas a departamentos, divisões, setores, etc. Por este motivo, há uma dissociação entre ação e responsabilidade, pois não raras as vezes, um indivíduo não tem a capacidade de compreender todas as especialidades e especificidades de diversos projetos cujas decisões acaba tomando em decorrência do cargo ou função, buscando assim uma opinião técnica ou jurídica previamente, mediante um parecer no qual se embasará ou não suas futuras ações.

Partindo desta premissa, o presente trabalho fará uma análise das dificuldades da dogmática em imputar a responsabilidade penal dentro de um sistema onde a conduta é fragmentada e muitas vezes embasada por um parecer, bem como as consequências destas dificuldades dentro do direito penal econômico.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1. Contexto Empresarial Atual

Na sociedade atual, existe uma grande relevância em tudo que está relacionado ao mundo econômico, e o sujeito econômico mais relevante são as grandes empresas e sociedades mercantis. Tal fato está vinculado a ideia cada vez mais evidente de que a sociedade contemporânea se caracteriza, entre outros aspectos, por ser uma sociedade de organizações. O mercado tem efeitos nocivos, tanto para os consumidores e trabalhadores quanto para o meio ambiente, e em alguns casos, os danos gerados são derivados destas empresas e sociedades e em decorrência disso, pode ser gerada responsabilidade penal.

O Direito Penal vigente, em concordância com a atual configuração da sociedade, imputa o delito e a pena correspondente, não as empresas em si, mas as pessoas físicas, os trabalhadores, administradores, diretores, representantes, etc. Isso porque se ocupa dos casos em que as empresas geram atos lesivos que possuem relevância penal (delitos contra o meio ambiente, contra a seguridade e higiene no trabalho, etc.), bem como os critérios para imputar tais atos delitivos a pessoas concretas. (FEIJÓO SANCHEZ, 2009, p.1-2)

A teoria do delito é fruto de um processo longo de elaboração, e ainda hoje continua sendo desenvolvida e aprimorada. A doutrina majoritária entende que a conduta punível pressupõe uma ação típica, antijurídica e culpável. (BITENCOURT, 2019, p. 273)

Como bem lembra o autor João Paulo Martinelli, o surgimento ou a transformação de uma escola penal não significa que as demais tenham desaparecido, muito pelo contrário, os

modelos de crime coexistem, mesmo que um ou outro percam espaço mediante gradual enfraquecimento, da mesma forma que um novo modelo não é aceito de forma instantânea.

O modelo finalista não fez com que os modelos causalista e neokantiano desaparecessem, e sua relevância não se deu de uma hora para a outra, mas com muita resistência. Da mesma forma os autores do modelo Funcionalista consideram muitos conceitos do finalismo corretos e não o desconsideram. (MARTINELLI, 2018, p. 418)

O problema se evidencia quando analisamos que a teoria clássica do delito, conforme pontua Silva Sánchez foi constituída sob o modelo tradicional do delito doloso de ação, embasada sobre as noções de causalidade, domínio e intenção. Uma teoria que analisa o comportamento individual de uma pessoa (ou no máximo uma limitada pluralidade conjuntural de pessoas), que com dolo direto (intenção) executa de modo igualmente direto (mediante causalidade físico-natural imediata) com as próprias mãos, um resultado delituoso.

Um dos principais motivos para a incompatibilidade deste sistema clássico com a realidade atual é devido as empresas serem grupos organizados de pessoas, fortemente fragmentados e cuja finalidade fundamental é de caráter lícito.

A coparticipação de vários sujeitos em uma estrutura hierárquica organizada produz inúmeras distorções, ocorre dissociação entre “ação e responsabilidade”, pois quem executa diretamente a ação, muitas vezes é um subordinado sem qualquer autonomia sobre suas decisões; bem como a fragmentação dos elementos do tipo, eis que, dentro da estrutura de uma empresa, em um contexto de divisão funcional de trabalho, seja ela vertical ou horizontal, a execução material, o domínio da informação relevante, a capacidade de decisão e as condições subjetivas de autoria podem ser diluídas em sujeitos diferentes.

Uma vez que muitos trabalhos são realizados em um contexto de grupos, podem surgir efeitos derivados destas dinâmicas, déficits cognitivos-valorativos ou volitivos, que afetam os sujeitos integrantes do grupo. Aponta-se por meio destas constatações possíveis excludentes ou atenuantes da imputação subjetiva dolosa, bem como da imputação de culpabilidade de tais sujeitos.

Uma aplicação simples do modelo clássico a situações com estas características poderia impedir uma fundamentação razoável da responsabilidade. (SILVA SANCHEZ, 2012, p. 2)

As empresas, de maneira simplificada, podem ser constituídas por estruturas simples ou complexas, sendo a primeira delas a mais elementar, pois adota um modelo de gestão centralizado: um administrador individual dirige e coordena os negócios empresariais e seus subordinados. Porém os problemas para a imputação de responsabilidade penal em crimes cometidos a partir da empresa derivam de sua análise em estruturas empresariais complexas.

Na medida em que o sistema de distribuição e delegação de atribuições e competências se afasta do quadro linear acima descrito, as funções de direção e gestão da atividade empresarial diluem-se entre sujeitos distintos distribuídos entre vários patamares da organização. (SANCHEZ, GUEDES, 2016, p.2-4)

O modelo de gestão essencialmente centralizado se dá quando amplos setores de tomada de decisões se concentram em um único ponto da empresa. Esse tipo de gestão radial favorece a coordenação e rapidez das decisões em um âmbito organizacional. O aspecto negativo está na crescente sobrecarga de informações que se concentra sobre a cúpula de direção, que necessariamente deve canalizar todas as informações pertinentes de forma prévia a tomada de decisões.

A sociedade contemporânea exige uma mudança desse único centro de decisões a novas configurações organizacionais que imponham a descentralização progressiva, o reconhecimento e prevalectimento da variável especializada, a necessidade de uma divisão racional de trabalho e conseqüentemente uma relativização da subordinação hierárquica, tanto no âmbito funcional quanto no operativo. Isso porque o mundo atual está muito complexo, há uma quantidade exorbitante de normas essenciais que influenciam diretamente sobre a atuação empresarial e de seus funcionários, das quais não é cabível exigir que apenas uma pessoa tenha total conhecimento.

A globalização interativa dos mercados, a disposição de informações substanciais em tempo real, a volatilidade unida ao ciberespaço financeiro que disponibiliza todo tipo de mercadorias, serviços e bens de uso comum, impõe que as grandes organizações tenham um modelo de gestão muito mais ágil e flexível. Hoje conhecido como Flexible organizational management.

2.2. Efeitos da Descentralização no Âmbito Empresarial

A descentralização de gestão implica imperiosamente em uma separação seletiva do poder de decisão entre os diversos membros da empresa, através da qual se transfere o poder, ou um segmento particularizado do mesmo, selecionando as pessoas mais idôneas e dotadas de conhecimento para a tomada de decisões referentes de cada setor. (CERVINI RAÚL, 2017, p. 355-356)

É necessário desassimilar os conceitos de descentralização dos de delegação. Do ponto de vista da concentração do poder para a tomada de decisões, pode-se afirmar que somente nos sistemas descentralizados se realizam verdadeiras delegações de competência, enquanto nos sistemas definidos como centralizados, unicamente se realizam delegações de execução de funções, não de competências, pois em tal caso, não implica transferência de

faculdades de decisões sobre as matérias objeto de delegação. (RAQUEL MONTANER FERNANDEZ, 2008, 61-62)

Alguns doutrinadores e juristas, entretanto, que acreditam em um modelo de responsabilidade pessoal individual, partindo da indagação acerca de se os dirigentes de uma empresa, de fato ou de direito, possuem uma posição geral de garantidores relativamente aos cursos danosos dela advindos, explorando assim, o âmbito da responsabilidade omissiva imprópria. (ESTELLITA, 2017, 61)

Considerando a dissociação entre decisão e ação que por diversas vezes inviabiliza a imputação de uma conduta comissiva aos dirigentes dada a distância entre a prática da conduta típica e a sua posição na estrutura hierárquica da empresa, é possível atenuar este óbice quando se pensa em uma possível imputação do resultado por omissão. E para que dessa maneira possa se suceder, é necessário afirmar que dirigentes possuem alguma forma de relação especial com certos bens jurídicos ou com certas fontes de perigo a bens jurídicos que lhes vincula a uma obrigação de intervir para proteger estes bens, cujo desvalor seria equivalente ao agir típico.

Schünemann vai dizer que esta equivalência entre ação e omissão se dá sob o denominador comum do “domínio sobre o fundamento do resultado”, em conformidade com o qual os dirigentes de empresas têm domínio da vigilância sobre seus funcionários, fazendo uso dos poderes de direção e informação, e sobre elementos perigosos de propriedade da empresa, por meio de sua custódia.

A primeira forma de domínio corresponde aos deveres de vigilância, já a segunda corresponde aos deveres de asseguramento. Dentro de uma estrutura descentralizada e hierárquica das empresas, a delegação de funções terá como consequência uma multiplicação dessas posições de garantidores, aquele que tem controle imediato sobre a coisa é o garantidor primário, os superiores hierárquicos, que possuem poder para emitir ordens relativas ao uso e emprego da coisa, serão os garantidores secundários. A ascensão desse poder de controle de emitir ordens em direção ao topo da empresa, passando pelos diversos níveis hierárquicos, implica na redução progressiva da intensidade do domínio até o seu desaparecimento, quando não há mais possibilidade de intervenção concreta.

Essa ascensão finda por alterar também o conteúdo dos deveres dos garantidores originários (dos delegantes), que passará a ser de mera coordenação e controle (vigilância), a depender do círculo de tarefas, e correlatos deveres, delegadas ao garantidor derivado (delegado).

A responsabilidade do Diretor de uma empresa, pública ou privada, com uma matriz flexível, deve ser analisada sob o contexto do âmbito organizacional, isto é, uma estrutura em

que se impera a divisão do trabalho de maneira tanto vertical como horizontal. (CERVINI, 2017, p. 357)

Dentro destas organizações existem papéis diferenciados, e a divisão do trabalho só é possível quando se supõe que cada membro da empresa cumpre com suas responsabilidades conforme acordado. A doutrina contemporânea tem discutido exaustivamente o conceito de dependência técnica invertida, e tem entendido que em múltiplos aspectos das atividades que são competência da organização, ou de um segmento dela, estão na verdade, nas mãos de pessoas hierarquicamente inferiores, porém altamente especializadas. Ao ponto de que o diretor não pode controlar efetivamente muitas das implicações operativas concretas, pois estas superam seu conhecimento de supervisão geral. (CERVINI, 2017, p. 357)

Conseqüentemente, mais pessoas acabam tendo o poder de tomar decisões relevantes, e desta forma torna-se mais necessário um conhecimento prévio sobre diversas variáveis que afetam de modo geral as pessoas e a própria empresa, e é neste cenário, que surgem os pareceres, sejam eles técnicos ou jurídicos, como uma forma de trazer segurança e embasamento para uma decisão que será tomada.

A dogmática penal começa a encontrar diversos desafios, a intensa produção de regulações jurídicas e extrajurídicas da conduta (ramo primário e proibição) torna impossível que um sujeito possa, sozinho, reunir o poder de decisão e o conhecimento técnico ou jurídico necessário para balizar a sua conduta (quebra do paradigma clássico da teoria do delito), na prática, ocorrem situações em que um sujeito toma decisões sem saber quais outras medidas serão tomadas no futuro, e situações em que quem sabe o que será decidido, não possui o poder de decisão. (TORRES, 2018.)

Quando nestes casos o resultado final gera um fato típico, é difícil para o direito penal brasileiro identificar quem praticou a conduta por diversos motivos, tais como: há uma fragmentação da conduta típica, pode ocorrer uma filtragem da informação que impede o conhecimento do risco, a atuação conforme um parecer não é, em geral, ex ante perigosa, o parecer não vincula a tomada de decisão, etc.

Autores anglo-saxões como Marshal Clinard e Richard Quinney acentuam a conexão existente entre a especialização profissional e as novas modalidades de delitos no âmbito empresarial. Esta combinação de especialização criminal e descentralização organizacional, em um âmbito sofisticado e flexível, colocam o direito penal diante de problemas totalmente novos, somando-se os fatores gerados pela inserção de pareceres técnicos e jurídicos, a complexidade dos problemas beira a insegurança jurídica, podendo resultar em uma severa impunidade. (CERVINI, 2017, p. 358)

2.3. Direito Penal Frente As Decisões Embasadas por Pareceres

Definidos os principais conceitos essenciais para o tema ora tratado, e explicado o contexto atual do cenário econômico, faz-se agora necessário demonstrar através de dois exemplos práticos o real conflito que surge dentro do direito penal econômico nos casos de decisão previamente embasada por um parecer técnico ou jurídico, a resolução destes casos será feita ao final do trabalho.

O prefeito da cidade X encontra-se em dúvida sobre a possibilidade de dispensar uma licitação (para fazer uma obra, para executar algum serviço, para realizar a compra de algum material etc.) uma vez que não possui o conhecimento para interpretar corretamente os termos da lei 8666. Sendo assim decide por consultar o procurador do município que após analisar o caso solicitado forneceu um parecer concluindo se tratar de um caso de dispensa de licitação. Porém, este parecer foi equivocado e o procurador errou em suas conclusões, ou seja, em tese ocorreu neste caso o crime previsto no artigo 89 da lei 8666/93, vez que houve a dispensa indevida da licitação. A pena prevista no dispositivo é a de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Sendo o presente caso levado a juízo, o prefeito afirma em sua defesa que não cometeu este crime pois ele se filiou e se baseou em um parecer dado pelo procurador do município que autorizou a dispensa da licitação, e sendo o procurador um especialista dotado do conhecimento das leis, supôs o prefeito que o melhor seria seguir suas orientações. Já o procurador do município, por sua vez, alega que meramente emitiu uma opinião baseada em seu conhecimento jurídico, sendo assim não tomou a decisão de dispensar a licitação e, portanto, não pode ser acusado da prática do crime.

A empresa Y do ramo alimentício desenvolveu um novo produto e deseja colocá-lo no mercado, entretanto o diretor financeiro da empresa, bem como os membros de seu setor que incluem a contabilidade depararam-se com diversas dúvidas juridicamente relevantes com relação aos tributos. Nenhum deles sabe dizer como deve ser feito o recolhimento deste produto, qual a cadeia tributária que será incidida, quais as alíquotas a serem aplicadas, se existe algum abatimento, ou se podem usufruir de algum benefício fiscal. Desta forma optaram por buscar o auxílio de um advogado tributarista, especialista na matéria, e a ele solicitam um parecer jurídico que possa sanar as dúvidas apresentadas.

Algum tempo após seguirem o parecer à risca e lançarem o produto no mercado, a ordem jurídica entendeu que o parecer emitido pelo advogado foi equivocado, e após terem feito o recolhimento do produto, ocorreu uma supressão de tributos, configurando assim o crime previsto no artigo 1º da Lei 8137/90 cuja pena prevista é a de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

No transcorrer do processo, diretor da empresa alega em sua defesa que estava em dúvida sobre os procedimentos jurídicos que deveria cumprir ao colocar um produto novo no mercado e por isso se socorreu da opinião de um especialista que o orientou sobre o que fazer e como fazer, sendo assim, uma vez que ele buscou se informar para basear sua conduta e procurou evitar a criação de qualquer tipo de risco, não pode ser imputado da prática de nenhum crime.

Já o advogado tributarista contratado alega que apenas forneceu uma manifestação jurídica técnica sobre a consulta que foi feita, quem tomou todas as decisões e efetivamente conduziu a operação para colocar o produto no mercado e posteriormente suprimiu os impostos não foi ele, mas a empresa e o diretor, sendo assim ele não pode ser imputado pela conduta praticada no caso.

Desta forma podemos enxergar que em ambos os casos ocorrem uma ambiguidade na qual o sujeito que praticou uma ação cuja consequência foi um delito, a praticou mediante as informações fornecidas por um terceiro, uma vez que não as possuía anteriormente. Enquanto aquele que, com base em seu conhecimento especializado próprio forneceu uma opinião na forma de um parecer técnico ou jurídico, não se encontra inserido no cenário no qual as condutas e procedimentos foram realizados. Sendo assim, não é possível afirmar se houve um fato típico, antijurídico e culpável. Embora objetivamente tenha acontecido a realização de um crime, não se pode concluir que todas as características de um crime estão preenchidas.

Tomando por base o exposto e observando a complexidade dos casos envolvendo o Direito Penal Econômico em um cenário empresarial de constante mudança bem como o grande número de pessoas cujas ações são juridicamente relevantes, é necessário pesquisar as possíveis reações do Direito Penal para a problemática em busca de novas soluções ou um possível aprimoramento da já existente teoria do delito para que se adeque aos moldes atuais.

Antes de propor possíveis soluções para os casos apresentados, é preciso compreender com maior profundidade os problemas que eles apresentam à teoria do delito para além da imputação individual.

Como foi explicado anteriormente, nos casos envolvendo a tomada de decisão embasada em pareceres técnicos ou jurídicos, há um desmembramento entre a atividade de direção, a disponibilidade de informação e o poder de decisão, estes fatores são determinantes para a responsabilidade penal.

Não existe aqui uma reunião de indivíduos com um fim delitivo, mas a figura de um sujeito consulente cujo objetivo é uma decisão correta, o que motiva sua solicitação ao consultor, para uma análise técnica ou jurídica prévia sobre um assunto.

A fragmentação das condutas impactará nos aspectos objetivos, já a filtragem de informação, apresenta problemáticas na determinação dos aspectos subjetivos da teoria do delito.

Sendo assim, a primeira dificuldade surge na determinação de quem praticou objetivamente a conduta típica. Já a segunda dificuldade surge no fato de que a fragmentação de condutas mencionada anteriormente está espalhada em diversos comportamentos simultâneos e sucessivos, isso possibilita que os elementos do tipo sejam realizados por diversos sujeitos dentro da empresa.

Mesmo considerando que o sujeito que toma uma decisão embasada em parecer técnico ou jurídico detenha o poder para toma-la e pratique o verbo descrito no núcleo do tipo, não será adequado afastar a responsabilidade penal do consultor técnico que embasou previamente a prática da conduta, não eximindo-o o simples fato de não ter ele realizado o comportamento proibido com as próprias mãos.

Em face da clara separação entre ação e responsabilidade, é preciso entender que nem sempre a conduta puramente executiva será a mais relevante. E nem mesmo identificar os papéis dos sujeitos em concurso de agentes simplifica a imputação da conduta. (CESANO JOSÉ DANIEL, 2009, p. 145.)

Como bem explica Tiago Caruso, o consultor pode atuar como um indutor, um ideólogo, um “dono do fato”, como um mero conselheiro utilizando-se de ações neutras ou mesmo como um autêntico coautor. Em se tratando do sujeito que atua com base no parecer, este pode ser um autor imediato, um coautor, ou apenas um instrumento do plano de ação arquitetado pelo detentor do conhecimento prévio. (TORRES, 2020, p.66-67.)

Além disso, a prática dos delitos especiais provoca outro problema para a imputação penal no concurso de agentes, isso porque, caso falte a qualidade do sujeito ativo exigida pelo crime, o fato será considerado atípico. (MAGALHÃES, 2003, p.112.)

Ainda dentro do âmbito da tipicidade objetiva, é possível atestar a dificuldade na imputação objetiva do resultado. Uma vez que a ideia do risco é fundamentada na premissa de que o direito penal, para proteger bens jurídicos e assim cumprir com sua função preventiva, somente pode proibir ações ex ante perigosas, somente se punem as condutas cuja capacidade de lesionar um bem jurídico se apresentem de forma direta, ainda que se entenda ser um modelo idealizado de lesão. (ROXIN, 2002, p.82.)

Por serem muitas as dificuldades para determinar a responsabilidade por um resultado típico nesses casos, são necessárias algumas análises:

Primeiramente, em razão do desvio causal, é preciso definir se a primeira análise será feita sob a ótica da causalidade ou da teoria da imputação objetiva. Esta discussão toma palco na doutrina pois atualmente não se encontra pacificada. Roxin se mantém na teoria da imputação objetiva, acreditando que o desvio do curso causal é essencial, pouco importando o que o autor do fato realiza psicologicamente, considerando que a imputação fracassa unicamente por uma falha na realização objetiva do perigo. Hirsh entende que deslocar a questão para o tipo objetivo é errado pois o resultado ocorre de maneira diferente da representada pelo autor. Divergindo de ambos, Küper constata que há um problema de falta de controle do autor sobre o fato nos desvios causais, de modo que o resultado não pode ser objetivamente imputável ante a ausência de uma finalidade a ele direcionável. (ROXIN CLAUS. 2002, p. 29-30)

Em segundo lugar, faz-se necessário verificar se a conduta final é suficientemente capaz de lesionar o bem jurídico no caso concreto. Posteriormente, em terceiro, é preciso saber se essa conduta omissiva não teria eliminado um perigo previamente existente, e isso deve ser confrontado com a existência de um parecer técnico prévio. Em quarto lugar, é preciso analisar se a conduta omissiva constitui um risco permitido ou proibido, o que também deverá ser feito com relação ao parecer, uma vez que somente se punirá um risco juridicamente relevante de lesão típica a bem jurídico. E por último, em quinto lugar, será necessário considerar se a atuação que se deu conforme o parecer diminuiu o risco, o que excluiria a imputação da responsabilidade penal, e se sobra alguma responsabilidade sobre o parecerista que deu uma orientação equivocada.

Além dos problemas já citados existem outros desafios dogmáticos a serem enfrentados nos casos de atuação com base em pareceres. É preciso analisar se nos casos em que o parecer não é seguido integralmente, a parte que não for seguida corresponderá ao aumento do risco, justificando a imputação do resultado ao sujeito.

Se o parecer equivocado de fato corresponderá a colocação do empresário em perigo, nos casos em que tanto o parecerista quanto o empresário conhecem os riscos da possível decisão a ser tomada, ou se isso não ultrapassa os limites das ações neutras impuníveis.

Por último, ainda há que se definir sobre a posição de garantidor do parecerista, ou seja, quanto ao seu dever de impedir a ocorrência do resultado típico por parte do sujeito que tomará uma decisão concreta com base em seu parecer.

Com relação aos desafios para determinar os aspectos subjetivos da teoria do delito, decorrente da filtragem de informações entre consultor e consulente, aparecem na delimitação entre dolo e culpa.

Considerando o dolo como sendo a realização de um plano pelo sujeito, em uma valoração objetiva, a dissociação entre decisão e informação anteriormente descrita dificulta ou impossibilita a identificação do plano. Bitencourt expõe que o dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, sendo orientado pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto, ocorre que nos casos em que a tomada de decisão depende de uma análise e das recomendações prévias de um especialista solicitado, haverá um filtro dessas informações por parte do consultor, o que pode influenciar diretamente no estado de ignorância do consulente com relação aos elementos constitutivos do tipo penal, tendo como consequência um afastamento do dolo do crime ou até mesmo a impunidade.

2.4. As Possíveis Soluções

O tema ainda é amplamente debatido na doutrina brasileira e mesmo no âmbito internacional, por essa razão, não existe ainda uma solução definitiva e eficiente para solucionar os problemas dogmáticos causados pela inserção dos pareceres, motivo pelo qual as principais propostas serão elencadas e analisadas de forma breve.

Com relação ao aspecto subjetivo, há quem defenda que o sujeito que agirá com base no parecer encontra-se abarcado pela teoria da cegueira deliberada, pois estaria criando barreiras para receber o conhecimento da alta probabilidade de ocorrência do resultado típico. Entretanto esse não vem a ser o caso pois ao pedir uma análise prévia, o sujeito estaria agindo com prudência e cumprindo seus deveres de cuidado, isso por sua vez prejudicaria uma possível imputação na modalidade culposa do delito.

Muito mais plausível é o termo criado por Silva Sánchez que descreve os agentes como possuidores de uma cegueira cognitiva, em que ou não compreendem o significado real de suas ações, ou não são capazes de contrariar as atitudes irregulares difundidas na empresa. Essa cegueira seria resultado de uma familiaridade dos trabalhadores ao risco, a habitualidade das divisões de tarefas e a falta de informação a qual são submetidos.

Há também uma proposta, cada vez mais recorrente, um novo conceito de dolo, pautado apenas no conhecimento, dispensando-se o elemento volitivo, isso porque o sujeito embasado pelo parecer não quer que o resultado típico ocorra, e o pedido de uma análise prévia elimina a falta do dever de cuidado. Nessa proposta ainda se discute quanto ao conteúdo desse elemento cognitivo de dolo, se o conhecimento em questão é referente a probabilidade de o resultado típico acontecer, ou se é referente a plausibilidade do perigo criado.

Já no campo da imputação objetiva, alguns autores como Damásio de Jesus e Juan Bustos acreditam que o critério de incremento do risco pode substituir a própria causalidade nos casos em que a apuração ou comprovação do nexos causal se torne muito difícil ou complexa. Entretanto, imputar o resultado de um fato típico a alguém que incrementou seu risco sem lhe dar causa acarretaria na violação do princípio da reserva legal.

Com relação aos crimes omissivos, duas propostas ganham destaque, a primeira se desenvolve em uma teoria da organização, fundamentando-se na ideia de responsabilidade através da competência por organização ou da competência institucional, tornando o detentor do poder de mando da empresa em garantidor. Já a segunda teoria propõe ampliar o âmbito de responsabilidade do superior hierárquico sobre fatos cometidos pelos subordinados.

No intuito de desvencilhar-se da impunidade, a doutrina vem trabalhando intensamente nos conceitos das abordagens top-down, na qual extrema-se a responsabilidade penal para cima, em direção a cúpula da estrutura da organização, e Bottom-up, que segue o caminho inverso levando a responsabilidade penal para baixo, em direção a sua base.

Considerando todas as dificuldades já apresentadas de se imputar a responsabilidade penal nesses casos, é preciso começar esta investigação a partir do sujeito mais próximo do resultado lesivo, uma vez que ele, em princípio, executou a conduta penalmente proibida com as próprias mãos.

O autor Bernardo Sánchez criou uma divisão analítica da imputação em duas etapas, primeiro é preciso determinar se o delito é objetivamente imputável ao âmbito da empresa, e segundo, determinar quais as pessoas físicas que, dentro desse âmbito empresarial, são competentes pelos fatos que deram causa ao crime. Nesse caso, a competência estaria ligada aos deveres de cada sujeito integrante da estrutura empresarial, considerando-se também, as funções inerentes a cada cargo.

Finalizada a análise dos problemas dogmáticos, resta agora explicar a resolução dos casos iniciais propostos, seus resultados serão relevantes para a conclusão da pesquisa.

Resolução do caso 1:

O prefeito X não responderá pelo crime pelo crime do artigo 89 da lei 8666/1993, tendo em vista que cumpriu devidamente o seu dever de informação e, pois, estava em erro de proibição causado por erro de tipo. O procurador do município é fonte confiável e o parecer que recebeu era, para ele, ex ante plausível, o que permite considerar sua decisão como um risco permitido, uma vez que até mesmo atende ao comando legal contido no artigo 38, inciso IV da lei 8.666/1993. O tipo elemento objetivo “desconformidade com a lei ou com alguma formalidade” é o que constitui o injusto do delito, no caso em tela, o prefeito, embasando-se

no parecer fornecido pelo procurador, acreditava estar atuando em plena conformidade com a lei, logo, estava em erro de proibição, que exclui o dolo e afasta a sua responsabilidade penal, uma vez que não é prevista punição na modalidade culposa para o crime previsto no artigo 89.

No caso do Procurador, ainda que seja possível caracterizar o seu dolo, terá sua punibilidade prejudicada, em razão da ausência de punibilidade do prefeito, que estava em erro de tipo induzido pelo próprio procurador. Tratando-se o artigo 89 de um delito especial próprio, não é possível a punição do extraenus por autoria direta ou mediata.

Resolução do caso 2:

Tanto o diretor quanto o advogado tributarista que foi consultado não podem ser objetivamente imputados pela prática do crime previsto no artigo 1º, inciso II, da lei 8.137/1990, pois ambos cumpriram com seus deveres de informação. O advogado tributarista é fonte confiável de informação, e o parecer apresentado por ele foi devidamente fundamentado, sendo assim sua recomendação era lícita e plausível. O diretor atuou nos limites da dúvida, e havia qualidade da fonte e da informação por ela prestada. Além disso, o diretor atuou em erro de proibição inevitável, pois entendia sua conduta como plenamente permitida. Quando o advogado tributarista se refere a doutrina sobre um tema que refuta o entendimento do Fisco, acredita estar prestando um esclarecimento correto que qualquer outro advogado prestaria, desta forma está atuando dentro dos limites do risco permitido, sendo este um claro exemplo de erro de tipo. Desta forma ambos o diretor e o advogado ficarão impunes.

O intuito de apresentar a resolução destes dois casos, foi para trazer de forma simples um exemplo de como um parecer técnico ou jurídico pode afetar a imputação de responsabilidade penal, ao ponto de que embora haja um resultado típico, não há como imputa-lo a quem lhe deu causa.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos do presente trabalho foram atingidos em sua totalidade, com a análise do contexto empresarial atual, foi possível compreender que o uso dos pareceres técnicos e jurídicos se tornou mais frequente porque a descentralização de funções, fragmenta tanto as condutas quanto o conhecimento dentro da empresa, sendo assim, passa a ser necessária a consulta com experts qualificados que possam suprir a demanda por informações indispensáveis para uma tomada de decisão.

A dificuldade de atribuir a imputação de responsabilidade penal a um indivíduo por meio da teoria do delito, nos casos em que sua ação ou omissão foi embasada previamente por um parecer técnico ou jurídico é atestada pela doutrina e pelas discussões dogmáticas,

os principais problemas foram elencados, abordando o impacto desses casos sobre os aspectos objetivos e subjetivos da teoria do delito, demonstrando então, por meio de exemplos como o dolo pode ser afastado e os resultados podem ser conduzidos a impunidade. Uma insegurança jurídica desta proporção pode refletir em um aumento de futuras tentativas de burlar a legislação, utilizando os pareceres como um mecanismo de defesa contra a imputação de responsabilidade penal. Um mero combinado entre dois agentes pode lhes conceder uma vantagem indevida sem que lhes seja atribuída nenhuma punição pelo resultado típico.

Por fim, embora não fosse o objetivo do trabalho, algumas propostas doutrinárias que objetivam solucionar esses casos foram abordadas e igualmente questionadas, é certo que a teoria do delito foi amplamente estudada ao longo do tempo, e embora atualmente existam desafios que a tencionem e/ou a tornem datada, ela não poderia ser de forma alguma desconsiderada, sendo necessário adapta-la ao Direito Penal Econômico. Dessa forma, para encontrar uma solução eficiente, dentro dos limites legislativos e constitucionais, o tema deverá ser estudado com maior profundidade em futuros trabalhos.

4. REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CERVINI, RAUL. Derecho Penal Económico, Ámbitos Complejos de Imputación. Responsabilidad Penal En El Gestión Organizacional Flexible. Salvador, 2017.
- CERVINI, Raul. ADRISOLA Gabriel. Responsabilidade Penal Dos Profissionais Jurídicos. Os Limites Entre a Prática Jurídico-notarial Lícita e a Participação Criminal. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
- CESANO, José Daniel. La imputación penal em el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas. Universitas: Bogotá, 2009.
- ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas, e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- HASSE, D. Z. Tipificação penal: teoria finalista e teoria social no direito brasileiro. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, jul. / dez. 2010.
- JUNQUEIRA, Gustavo. VAZOLIN, Patrícia. Manual de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LEBOVITS Gerald. Judicial Opinion Writing. Illinois, 2018.
- MAGALHÃES, Edgard Noronha. Direito Penal vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MANUEL, Diego. Responsabilidad Penal Del Asesor Jurídico. Alcalá, 2011.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MONTANER, Raquel Fernández. Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medio ambiental. Barcelona: Atelier Libros S.A., 2008.
- PRADO, Luís Regis. Direito Penal Econômico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.
- ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- ROXIN, Claus. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.38, 2002.

SANCHEZ, Bernardo. Imputacion de Hechos Delictivos En Estructuras Empresariales Complejas. Ciipde – Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2009.

SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. TEORÍA DEL DELITO Y DERECHO PENAL ECONÓMICO THEORY OF CRIME AND BUSINESS CRIMINAL LAW. Barcelona, 2012.

SANCHEZ, Rodrigo. CASTRO, Rafael. A Responsabilização Criminal Individual em Estruturas Empresariais Complexas: Uma Análise Aplicada. Porto Alegre: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, 2015.

SCHÜNEMANN. Unternehmenskriminalität, 1979.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1978.

TORRES, Tiago Caruso. Limites para a imputação de responsabilidade penal decorrente de decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos. 2018. 349 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontífice Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

Contatos: miliani.lc@hotmail.com e erika.furlan@mackenzie.br