

Atuação empresarial ilícita, organização criminosa e o desenvolvimento econômico: um paradoxo brasileiro

RENATA CRISTINA OTHON LACERDA DE ANDRADE*

Resumo: Cuida-se da tarefa analítica dos conceitos de associação criminosa, crime organizado e atuação empresarial ilícita, no sentido de distanciar a organização criminosa da organização empresária, mesmo quando determinados crimes sejam imputados aos sócios ou à sociedade empresária. A lei de organização criminosa define o crime organizado a partir de um conceito insuficiente, superficial e incompleto, que pode facilmente levar à interpretação de que qualquer organização empresária, que pratique qualquer tipo penal próprio da atividade econômica, como crime falimentar, concorrencial ou de consumo, seja classificada como organização criminosa. A questão é paradoxal: à medida que se pretende punir com mais rigor os crimes de corrupção no Brasil, aplicando-se de forma generalista a lei de crime organizado para as empresas, corre-se o risco de violar a liberdade econômica e a prática empresarial. Diante disso, trata-se de extrema relevância distinguir de modo preciso o que se entende por organização empresária e organização criminosa, sob pena de serem consideradas organizações criminosas toda e qualquer sociedade empresária que cometa crimes no desenvolvimento de suas atividades econômicas comuns.

Palavras-chave: Organização criminosa; Empresa; Distinções.

Illegal business acting, criminal organization and economic development: a brazilian paradox

Abstract: This work consists in an analysis of the concepts of criminal association, organized crime and corporate action, in order to distance the criminal organization from the business organization, even when certain crimes are imputed to the partners or to the business society. The criminal organization law defines organized crime from an insufficient, superficial and incomplete concept, which can easily lead to the interpretation that any business organization that practices any criminal type of economic activity, such as bankruptcy, competition or consumer crime, be classified as a criminal organization. The issue is paradoxical: as we strive to punish corruption crimes more severely in Brazil by applying the organized crime law to companies more generally, we run the risk of violating economic freedom and business practice. Given this, it is extremely important to distinguish precisely what is meant by business and criminal organizations, under penalty of being considered criminal organizations any business society that commits crimes in the development of their common economic activities.

Key words: Organized crime; Business performance; Distinctions.



* RENATA CRISTINA OTHON LACERDA DE ANDRADE é Especialista em Direito Civil e Empresarial/UFPE. Mestre e Doutora em Direito/UFPE. Advogada. Professora de Direito Civil e Direito Empresarial na Faculdade Damas e UNIFAVIP/WYDEN.

Introdução

O advento, no Brasil, da Operação Lava Jato¹ descortinou uma verdadeira enxurrada de operações ilícitas, realizadas por grandes corporações econômicas, fazendo com que atividades empresárias passassem a ocupar o centro das atenções, no cenário nacional. Com acusações de corrupção, desvio de recursos públicos, lavagem de dinheiro e associação criminosa, um número elevado de sociedades empresárias e sócios dirigentes foram investigados e condenados a penas pecuniárias, restrição de direitos e perda de liberdade, num desenrolar de fatos e escândalos que se sucedem há quase uma década².

Até esse período, não se estreitava tanto a relação entre empresa e organização criminosa. Poucos meses antes de se iniciar a Operação Lava Jato, surgiu a Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, denominada de Crime Organizado, que cuida de tipificar organização criminosa. E muitos empresários, desde

então, foram denunciados por corrupção ativa, lavagem de dinheiro e organização criminosa.

A Operação Lava Jato pode ser apontada como marco teórico para a criação de novas leis e da exigência de novos padrões de conduta no meio empresarial, como a necessidade de existência de regras claras de *compliance* nos estatutos e contratos sociais, notadamente nas empresas que contratam com o Poder Público. Os termos leniência, condução coercitiva e delação premiada foram expressões que marcaram esse período.

Entretanto, um saldo negativo restou, entre tantos outros, para as empresas em especial: o fato de se denominar de organização criminosa toda e qualquer atuação empresária ilícita, não importando se de menor ou de maior grau ofensivo, sem maiores critérios, senão o da letra pura da lei.

É certo que o direito penal se rege pelo princípio da estrita legalidade, todavia há de se ponderar se toda e qualquer sociedade empresária, que venha a praticar crimes de variados tipos, deve ser considerada sempre organização criminosa. Considerar tal situação como ordinária e cotidiana, resultará em situações extremamente graves; pois, ou se aplica a lei para todos ou se inicia uma nova Inquirição, desta feita, de ordem econômica, o que seria absolutamente desastroso.

Diante disso, faz-se necessário perquirir quais os critérios de determinabilidade para a caracterização de uma organização criminosa e em que medida é possível considerar uma organização econômica como organização criminosa.

¹ O nome “Lava Jato” decorreu do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis, investigadas pelo Ministério Público Federal, no Paraná, a partir de denúncias contra doleiros, que se utilizavam de interpostas pessoas e empresas de fachada. Em um segundo momento, identificou-se que a atuação desses doleiros tinha como objetivo a lavagem de dinheiro, fruto de recursos desviados da empresa estatal PETROBRÁS. A partir do aprofundamento das investigações, o esquema ali identificado vinculou outras empresas de grande porte, tendo como elemento de ligação o desvio de recursos públicos para favorecimento de empreendimentos privados, com a participação de agentes públicos, entre os quais diversos políticos de destaque no cenário nacional. Iniciada em 2014, a Operação Lava Jato teve mais de 57 fases entre os anos de 2014 e 2018, com desdobramento em inúmeros mandados de prisão, delação premiada e outras operações secundárias (PF, 2019, on-line).

² MPF ajuíza denúncias contra organização criminosa instalada no Imap e empresários do agronegócio (MPF, 2019, on-line).

1. As formas de organização econômica

A organização econômica é o meio pelo qual se propõe a estabelecer os meios e as formas pelas quais se pode explorar uma atividade de cunho econômico, assim entendendo-se os meios e tipos necessários para produzir bens e serviços, bem como os tipos e meios de sua circulação.

As formas tradicionais de exercício econômico se dividem em: atuação individual ou própria, quando uma única pessoa física é titular da atividade, muitas vezes sendo ela mesma a executora dos atos necessários ao exercício da atividade; e atuação coletiva, pelo qual no mínimo duas pessoas se reúnem para melhor exercer a atividade escolhida, num esforço em comum de capital e mão de obra.

Foram muitos os formatos desenvolvidos pelos seres humanos para uma melhor eficiência nos resultados econômicos pretendidos, resultando na criação da pessoa jurídica como bom meio de separar os patrimônios de sócios e sociedade constituída.

Atualmente, no Brasil, existem vários modelos de organização econômica, desde a atuação individual, como empresário individual comum; empresário individual de responsabilidade limitada (eireli); sociedade unipessoal; até a atuação coletiva, como sociedade de cotas de responsabilidade limitada; sociedade em nome coletivo; sociedade em comandita (simples ou por ações); sociedade anônima, além da sociedade em conta de participação e dos tipos intermediários, como cooperativas e microempreendimentos individuais (MEI).

Apesar das variadas possibilidades de exercício econômico, inclusive nas

atividades desenvolvidas por profissionais liberais, a questão que se coloca em evidência neste artigo é o da empresa, no seu conceito mais técnico-jurídico.

A ideia de empresa não é recente e não se presta a definir de forma exata o que se quer dizer como empresa em Direito. Isso acontece porque o conceito típico de empresa é tomado das ciências econômicas, que significa empreender, empreendedorismo; lançar-se ao mercado na produção e circulação de bens e serviços.

Justamente por se tratar de um fenômeno que não se restringe às ciências econômicas, é que as ciências jurídicas passaram a defini-lo, para melhor regulamentar seu exercício.

2. A definição de empresa

A origem do comércio é extremamente longínqua e remonta à própria existência do ser humano no planeta, uma vez que, pela aquisição de bens, pode promover a satisfação de suas necessidades e interesses.

Em um brevíssimo resgate histórico, poder-se-ia resumir em etapas, mesmo que superficialmente, apenas para apresentar um traçado lógico que pudesse permitir compreender o fenômeno econômico e suas vicissitudes.

Assim, pode-se apontar o século XI como o período de surgimento do direito comercial, notadamente nas cidades italianas de Gênova, Florença e Veneza (ROCCO, 2003), que por suas localizações geográficas, eram berços de entrada das mercadorias trazidas pelos navios mercantes. Pela efervescência das negociações, aliada à desorganização estatal, favoreceu ali uma sistematização de normas mercantis.

A ideia de um ramo do direito destinado ao tratamento específico da matéria, esbarrava em algumas dificuldades práticas, sendo a primeira delas o enquadramento de um sujeito como comerciante. Isso porque, neste período, o comércio era exercido basicamente por pessoas físicas, que, de mão própria, conduziam o negócio. Em razão disso, era comum a definição de comerciante como aquele que realizava o comércio; e comércio era compreendido como todo e qualquer ato de compra e venda, desconto de valores, empréstimos e assemelhados.

Na Idade Moderna, pelo movimento florescente do mercantilismo francês, as dificuldades de tratamento das atividades distintas dos modelos típicos do comércio medieval, impulsionaram uma nova configuração. Por ocasião do Código Comercial francês, de 1807, desloca-se a atenção da figura do comerciante para os atos de comércio (migração da teoria subjetiva para a teoria objetiva) (TOMAZETTE, 2008, p. 9). Contudo, nem todos os países europeus comungavam dessa teoria, que gerava muitas controvérsias acerca do enquadramento das atividades econômicas, se seriam ou não tipicamente mercantis, para ficarem sob a tutela de determinado Código. Assim, na Alemanha, em 1897, o Código Comercial (HGB), que entrou em vigor em 1900, junto com o Código Civil (BGB) retornou à teoria subjetiva, que definia a relação mercantil a partir da figura do comerciante (REQUIÃO, 1998, p. 14-15).

Seguindo o que acontecia na Europa, o Brasil promulgou seu Código Comercial, em 1850, adotando a figura do comerciante como critério definidor das relações comerciais. E no mesmo ano editou os Regulamentos 737 e 738, que objetivavam exemplificar os atos de

comércio, para auxiliar no enquadramento dessas atividades, vindo a adotar, ao fim e ao cabo, as duas teorias.

No Brasil, os jusprivatistas nunca ficaram satisfeitos com o Código Civil de 1916, porque alguns defendiam, à época, a ideia de um Código das Obrigações autônomo, que englobasse todas as fontes de obrigações, incluindo as atividades econômicas mercantis.

Por ocasião do Código Civil de 1942, na Itália, consolidou-se um forte movimento para conversão do conceito de comércio em atividade empresária, não configurando apenas uma mudança de nomenclatura, mas junto com ela, uma mudança também de tratamento jurídico em relação ao fenômeno econômico, já consagrado na realidade social (CAVALLI, 2012). Com isso, várias legislações seguiram o modelo italiano, que unificava num único diploma legal, codificado, as obrigações civis e empresárias.

Em 1943, Orozimbo Nonato, Philadelfo de Oliveira e Hanneman Guimarães apresentaram um Projeto de Código das Obrigações, que, embora não tendo sido promulgado, foi publicado pelo Senado Federal, por sua riqueza doutrinária (1943).

Em 1963, foi redigido um outro Código de Obrigações, desta vez por Caio Mário da Silva Pereira (1964), também dissociado do Código Civil (1985). Tal empreitada foi igualmente rejeitada, não tendo sido aprovado no Congresso Nacional.

Em 1967, foi nomeada uma nova Comissão, presidida por Miguel Reale, que restou por finalizar o Anteprojeto do Código Civil (1972), que foi reeditado em 1973, unificando formalmente as obrigações civis e mercantis.

Em 1975, esse último Anteprojeto foi apresentado ao Congresso Nacional, aprovado em primeira rodada na Câmara Federal em 1983 e enviado ao Senado em 1984, aguardando publicação, o que só veio a acontecer no ano de 2001, por ocasião da nomeação de uma nova Comissão, presidida por Ricardo Fiúza, que conseguiu, finalmente, promulgar em 2002 o Projeto de Código Civil. Como se pode perceber, o Código foi considerado velho, desde a sua primeira vigência, tendo sido fruto do aproveitamento de tantos outros projetos já apresentados, que retratavam outras épocas e outros momentos da sociedade brasileira.

Foi adotada, então, a empresa como dado econômico, porém adaptado, num misto das duas correntes e, seguindo a tradição comercial, as teorias subjetiva e objetiva, uma vez que considera a figura do empresário e a atividade empresária como objetos do direito de empresa.

Em meio às mudanças sociais que assolavam o mundo ocidental neste período, também os fenômenos econômicos exigiam atenção dos legisladores. Por ocasião de uma nova onda de codificações modernas, pós-segunda Revolução Industrial, os legisladores buscaram tratar num mesmo diploma, de todas as formas de realização de atividades econômicas, não importando se sua exploração fosse ou não manifestações não mercantis.

2.1 Conceito econômico

Pode-se compreender atividade econômica como aquela necessária ao sustento da vida humana (DEL MASSO, 2007, p. 1). Ao longo dos milênios de vida sobre o planeta, o ser humano desenvolveu uma série de técnicas, instrumentos e modos de organização e exploração dos recursos naturais, para satisfazer suas

necessidades. O desenvolvimento das tecnologias para a realização da atividade econômica pode ser marca de uma geração, mas o liame entre todas elas é que a busca pela eficiência nos resultados da atividade, seja para quem fornece, seja para quem consome, é a mola propulsora do negócio.

Se inicialmente o escambo é a forma corriqueira de realizar o primeiro mercado conhecido, nas eras seguintes o mercado, enquanto espaço de negócios, foi se sofisticando pelos modos e tipos de operações, chegando a era das operações econômicas virtuais, através dos sistemas eletrônicos.

Dividir a atividade econômica entre simples e empresária foi um recurso utilizado desde o período medieval, na tentativa de distinguir a incidência normativa das legislações: a civilista para o cidadão e a mercantil para o comerciante. As normas medievais mercantis eram extremamente protecionistas, originárias da organização dos próprios agentes econômicos, que ocuparam a lacuna de um Estado ainda desestruturado pelo sistema das monarquias absolutistas. Assim, era mais do que necessário não permitir que um não comerciante gozasse de prerrogativas próprias daqueles que praticavam a mercancia de forma habitual.

Neste sentido, a distinção de atividades econômicas entre mercantis e não mercantis marcou toda a estrutura do próprio Direito, que, dividido em ramos para melhor atender à função de legislar, cindiu o Direito Privado em Direito Comercial e Direito Civil, apondo entre eles uma especialização que não favorecia o uso indiscriminado das normas.

Justamente em razão dessa cisão, inicialmente fundamentada numa

reserva própria dos pares que exerciam a mercancia com demonstração de força e poder perante um Estado em formação, é que até hoje se discute da pertinência de uma cisão também no próprio conceito de atividade econômica.

Para os economistas, tudo se resume ao exercício da atividade que atende às necessidades humanas e que gera uma receita para o seu exercente:

Objetivamente, a atividade econômica representa o esforço humano para a produção de bens e serviços, cuja finalidade é promover a satisfação das ilimitadas necessidades. Cumpre mais uma vez ressaltar que as técnicas de produção não influenciam a caracterização da atividade econômica, mas sim a eficiência da produção (DEL MASSO, 2012, p. 1).

A ideia, portanto, de atividade econômica é mais ampla do que a de empresa. Tal expressão aparece como empreendimento, pelo qual o empreendedor se lança ao mercado para transacionar seus bens e serviços com seus respectivos consumidores.

Nas lições de Idalberto Chiavenato (2007, p. 59), “toda empresa necessita de recursos para poder funcionar e alcançar objetivos. Os recursos são os meios empregados para possibilitar as ações e operações da empresa e proporcionar eficiência e eficácia no alcance dos resultados desejados”. O desafio do empreendedor é organizar os elementos necessários para tal desiderato, restando ao Direito a tarefa de estabelecer os limites legais desta atuação, de modo a preservar o equilíbrio entre o desejo da eficiência econômica a qualquer custo e a violação de direitos.

Sob o ponto de vista econômico, a empresa é multifacetada: tem um perfil subjetivo pessoal, confundindo-se nesse sentido com seu próprio titular; tem um perfil funcional, que se concretiza na própria atividade empresária, nas operações que realiza; e um perfil objetivo, nesse sentido quase confundindo-se com o seu patrimônio. Neste sentido, a empresa é um conjunto de bens, de créditos e de dívidas, agrupados economicamente pela finalidade a que estão destinados (ASQUINI apud TOMAZETTE, 2008, p. 16-18).

2.2 Conceito jurídico-legal de empresa no sistema brasileiro

Conceituar uma atividade econômica como empresária nunca foi uma tarefa simples, em razão das variadas formas de exploração e exercício espontâneo decorrente das necessidades humanas. Por isso, sempre foi imperiosa a tarefa de indicar os elementos da empresa (AULETTA; SALANITRO, 2006, p. 3-16).

Na definição de Joaquín Garrigues, a empresa é um conjunto de atividades regido pela ideia organizadora do empresário, atuando sobre um patrimônio e dando lugar a relações jurídicas e a relações de fato (apud HERNANDEZ, 2007, p. 225). Para Hernandez, aceitar a empresa enquanto fenômeno econômico não significa renunciar a seus aspectos jurídicos.

Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (artigo 966, do Código Civil de 2002), mesmo aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica ou artística, com o concurso de auxiliares ou colaboradores, se contiver elemento

de empresa (parágrafo único do mesmo artigo).

São elementos jurídicos da empresa: a atividade econômica de produção ou intermediação; a organização; a profissionalização. O lucro é elemento econômico da empresa e não é considerado obrigatório para composição da empresa, sob o ponto de vista jurídico.

Entenda-se atividade econômica como a produção ou intermediação de bens e serviços, considerando-se a produção como a transformação dos fatores de produção em venda e tais fatores de produção como capital, produtos, serviços e trabalho; e a intermediação como a troca entre produtor e adquirente, que pode ser outro produtor ou adquirente (consumidor final).

A organização refere-se a duas esferas: econômica (administrativa, que corresponde ao que, como e quanto produzir) e jurídica (a forma do agente).

A profissionalidade significa habitualidade, como característica dos agentes que realizam uma atividade profissionalmente, com intuito de constituir dessa atividade sua fonte principal de renda.

Em relação ao lucro, há quem defenda que seja uma decorrência natural da exploração, o que dispensaria tratamento jurídico específico; outros entendem que não é uma característica exclusiva da atividade empresarial (RESTIFFE, p. 17).

Desde sempre, portanto, a atividade econômica desenvolvida pelo denominado agora empresário, esteve relacionada à produção e circulação de riqueza. E junto com essa circulação, algumas práticas pouco heterodoxas para garantia de resultados econômicos positivos.

Contudo, entre o exercício da atividade econômica cujo agente negocial pode praticar algum crime e a constituição da empresa como prática criminosa, tem uma diferença significativa, que não permite associar a empresa com a organização criminosa, como se verá. Chama atenção a necessidade dessa distinção entre atividade empresária e atividade criminosa, justamente em função do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que em sede de jurisprudência já pacificada, entende justificada a “decretação de prisão de membros de organização criminosa como forma de interromper suas atividades” (STJ, 2019, *on line*).

3 O crime organizado

Definir o crime organizado é tarefa desafiadora e tem motivado inúmeros estudos acerca do que se pode considerar como uma entidade constituída exclusivamente para a prática de atos criminosos ou de entidade que eventualmente pratique atos criminosos. A prática habitual de crimes, sejam eles realizados mediante violência física ou moral, por ardil ou meios inicialmente legítimos, envolve uma série de considerações, quando o tema envolve a prática econômica. Isso porque, de início, uma empresa é, em si, uma atividade econômica. E o seu agente, empresário, é o sujeito dessa atividade. Nesse sentido, uma atividade econômica pode ser lícita ou ilícita.

Determinar os critérios definidores de distinção entre uma situação e outra enseja a sobrelevação de alguns valores jurídicos, como: fim da atividade, meio da atividade e habitualidade da atividade.

Para esclarecer esses critérios, veja-se desde logo o que se entende por associação criminosa e organização

criminosa, analisados à luz da legislação brasileira.

3.1 Associação criminosa

Considera-se associação criminosa a “associação de três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”, na forma do que dispõe o artigo 288, do Código Penal brasileiro.

O fato de três ou mais pessoas se consorciarem para a realização de atos criminosos, faz incidir tal tipo penal, além dos crimes resultantes da prática estabelecida. Como em quase todos os tipos penais, a predisposição para o ato delituoso é premissa para a culpabilidade e consequentes sanções de ordem penal.

Neste tipo penal não se exige hierarquia ou clara divisão de tarefas, mas apenas o consórcio entre as pessoas. Assim, basta que o contador esteja conluiado com dois sócios de uma sociedade empresária, para a prática de delitos, como sonegação fiscal, falsificação de balanços ou fraude contra credores no processo de falência, que já se identifica a associação criminosa.

Por essa circunstância, fica mais evidente que a responsabilização é personalíssima, mediante apuração específica da atuação subjetiva de cada envolvido no tipo investigado.

3.2 Organização criminosa

A Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, em seu artigo 1º, § 1º, define:

organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a

4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

Na definição legal, trata-se de organização criminosa associar-se para a obtenção, direta ou indireta, de vantagem de qualquer natureza – podendo-se incluir aí, obviamente o resultado econômico – mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos.

Em projeto de lei anticrime, do Ministério da Justiça, trata-se de estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Nesse anteprojeto, dispõe o seu item VI a mudança do artigo 1º da atual Lei nº 12.850/2013, nos seguintes termos:

§ 1o Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que: I – tenham objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos; II – sejam de caráter transnacional; ou III – se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas.

A tentativa de atacar o crime organizado através da definição de organização criminosa desafia a exclusão de toda e qualquer atividade, mesmo que

criminosa, de entidades unipessoais, criminalizando de forma objetiva, por outro lado, toda e qualquer entidade composta, personificada ou não, que reúna mais de quatro pessoas, que se valham da intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre atividade econômica.

Numa rápida checagem dos tipos penais mais comuns praticados por empresários, quais sejam, a corrupção ativa, o descaminho e os crimes contra a ordem tributária, mesmo que praticados eventualmente, verifica-se que muitos têm penas superiores a quatro anos, como se vê:

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Descaminho

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1 Incorre na mesma pena quem:

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2 Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3 A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Se juntarmos outros tipos, muito comuns também, inclusive diante das empresas em crise econômica, como sonegação de contribuição previdenciária, por exemplo, veremos que qualquer sociedade empresária poderá ser considerada atualmente como organização criminosa:

Sonegação de contribuição previdenciária

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1 É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 2 É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – (VETADO)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

§ 3 Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa.

§ 4 O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.

Falsificação de documento particular

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

E mais as situações decorrentes da empresa em crise, cujos atos podem ser considerados já crimes falimentares, mesmo antes da decretação judicial da falência:

Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento da pena

§ 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos;

II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros;

III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou negociais armazenados em computador ou sistema informatizado;

IV – simula a composição do capital social;

V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

Contabilidade paralela

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

Concurso de pessoas

§ 3º Nas mesmas penas incidem os contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas descritas neste artigo, na medida de sua culpabilidade.

Redução ou substituição da pena

§ 4º Tratando-se de falência de microempresa ou de empresa de pequeno porte, e não se constatando prática habitual de condutas fraudulentas por parte do falido, poderá o juiz reduzir a pena de reclusão de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) ou substituí-la pelas penas restritivas de direitos, pelas de perda de bens e valores ou pelas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Violação de sigilo empresarial

Favorecimento de credores

Art. 172. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial, ato de disposição ou oneração patrimonial ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores em prejuízo dos demais:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o credor que, em conluio, possa beneficiar-se de ato previsto no **caput** deste artigo.

Desvio, ocultação ou apropriação de bens

Art. 173. Apropriar-se, desviar ou ocultar bens pertencentes ao devedor sob recuperação judicial ou à massa falida, inclusive por meio da aquisição por interposta pessoa:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens

Art. 174. Adquirir, receber, usar, ilicitamente, bem que sabe pertencer à massa falida ou influir para que terceiro, de boa-fé, o adquira, receba ou use:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Como se pode depreender, facilmente se consegue estabelecer vínculos de definição entre situações da atividade empresária e organização criminosa, levando ao desfecho inevitável da prisão do empresário, como se vê nas notícias abaixo:

Edição do dia 03/07/2017

03/07/2017 14h06 - Atualizado em 03/07/2017 14h16

PF prende empresários de ônibus suspeitos de pagar propina no RJ

Empresários de ônibus são acusados de pagar mais de R\$ 260 milhões em propinas, em troca de vantagens na tarifa e em linhas de ônibus.

(<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/07/pf-prende-empresarios-de-onibus-suspeitos-de-pagar-propina-no-rj.html>)

Empresário é preso na Bahia acusado de fraudar licitações em prefeitura

Empresário faz parte de grupo acusado de desviar R\$ 1,4 milhão de prefeitura.

(<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/empresario-e-presona-bahia-acusado-de-fraudar-licitacoes-em-prefeitura/>)

Empresário Eike Batista volta a ser preso pela Lava Jato no Rio

Ele é suspeito de crimes contra o mercado financeiro e pagamento de propina ao ex-governador Sérgio Cabral, do MDB.

Por Jornal Nacional

08/08/2019 21h43

(<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/08/08/empresario-eike-batista-volta-a-ser-presopela-lava-jato-no-rio.ghtml>)

Secretário de Transportes de Araçariquama é preso em operação da Polícia

06/02/2019 09:11

Esdras Pereira

A Operação Tersus também deteve dois empresários em Sorocaba

Um empresário e uma empresária do ramo de transporte e o secretário de Transportes da Prefeitura de Araçariquama foram presos preventivamente em operação deflagrada na madrugada desta quarta-feira (6) pela Polícia Civil de Sorocaba. Eles vão responder pelos crimes de lavagem de dinheiro, crime organizado, peculato e fraude em licitação.

(<https://www.jornalcruzeiro.com.br/sorocaba/secretario-de-transportes-de-aracariguama-e-presopem-operacao-da-policia/>)

É inegável que a prisão de dirigentes da sociedade empresária pode dar origem a crises institucionais, que dificultam o comando da entidade, resultando em prejuízos de várias ordens, notadamente

nas entidades que comercializam seus papéis na bolsa de valores.

Demais disto, há de se distinguir entre crime organizado, como entidade constituída especificamente para esse fim, da sociedade empresária que produz ou circula bens ou serviços lícitos, e que possam, em algum momento, ser considerado criminoso.

Igualmente, se pode pensar que uma pessoa jurídica de direito público interno, cuja máquina administrativa, estruturada em forma de hierarquia e cargos, também pode ser considerada uma organização criminosa, bastando para isso usar do tráfico de influência, da prática dos crimes de responsabilidade fiscal, entre outros.

Não parece que seguindo tal raciocínio se consiga de fato erradicar o crime organizado, mas tão somente utilizar de tal prerrogativa de modo estratégico, em algumas situações determinadas, que, de longe, resultariam em violação ainda maior da tutela econômica.

4. Atuação empresarial ilícita e crime organizado: distinções

A lei de organização criminosa define o crime organizado a partir de um conceito insuficiente, superficial e incompleto, que pode facilmente levar à interpretação de que qualquer organização societária com mais de quatro sócios, que pratique qualquer tipo penal típico da atividade empresária, como crime falimentar, concorrencial ou de consumo, seja classificada como organização criminosa.

A atuação empresarial pode se dar individualmente, através do tipo empresário individual, da eireli ou da sociedade limitada unipessoal (figura admitida a partir da MP 881, de 01.05.2019), ou mediante organização coletiva, com dois ou mais sócios, sem

limitação legal para o máximo de sócios em uma sociedade empresária.

Sabe-se que a atividade empresária só pode ser tutelada pelo Direito se seu objeto social for lícito, não gerando qualquer dúvida acerca da sua irregularidade enquanto meio de produção e circulação de riqueza quando constatada a finalidade ilícita da sua constituição. No entanto, durante a atuação da empresa, vários ilícitos podem ser cometidos pelo empresário em nome da, e por meio, da atividade empresária. Nesse caso, a questão é distinguir organização criminosa e empresários criminosos, sem que haja confusão nos conceitos, uma vez que a coincidência conceitual pode conduzir a uma verdadeira tragédia econômica.

Para Ana Luiza Almeida Ferro, pode-se considerar como características da organização criminosa as seguintes:

- a) estabilidade e permanência da associação;
- b) número mínimo de três membros, sendo mais comum a existência de numerosos integrantes, geralmente contando com a colaboração eventual de outras pessoas;
- c) sofisticação estrutural, embora mínima, com molde e planejamento empresarial, capacidade de adaptação, padrão hierárquico, liderança definida, sistema implícito ou explícito de normas comportamentais, regime próprio de disciplinamento, especialização e divisão de tarefas, seleção rigorosa de novos membros e tendências expansivas e monopólicas no tocante à exploração de certas atividades ilícitas;
- d) fim de cometimento de uma série indeterminada de infrações penais, muitas sem vítimas diretas ou com vítimas difusas, pelo objetivo prioritário do lucro, da acumulação de riqueza e da obtenção de poder que facilite a consecução do lucro e assegure a

impunidade; e) ligação estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus representantes, preferencialmente autoridades públicas, sobretudo pela corrupção, visando à neutralização da persecução penal e da ação política e governamental direcionada à repressão, para a sobrevivência e otimização de seus negócios e a garantia de impunidade; f) penetração no sistema econômico, marcada pela formação e promoção do desenvolvimento e da manutenção de mercado econômico paralelo, mediante o atendimento da demanda de consumidores por bens e serviços ilícitos e por bens e serviços lícitos, porém produzidos ou distribuídos ilegalmente, e pela infiltração no mercado econômico oficial, por intermédio da utilização de empresas legítimas; g) grande capacidade de perpetração de fraude difusa; h) considerável poder de intimidação, com imposição da regra do silêncio e recurso à violência e a ameaças contra quaisquer pessoas, interna ou externamente, que lhe possam representar ameaça à existência como associação ilícita ou à preservação ou expansão dos negócios; i) uso de instrumentos e recursos tecnológicos avançados, principalmente em termos de telecomunicação, informática e armas; j) emprego do assistencialismo, objetivando alcançar algum grau de “legitimação” social, pela conquista da simpatia, do respeito, da tolerância ou, pelo menos, do silêncio das comunidades carentes sob sua área de influência, dificultando os mecanismos da persecução penal; k) cultivo de valores e padrões comportamentais compartilhados por uma parcela social; l) territorialidade, isto é, delimitação de “território”, que se refere ao monopólio ou

compartilhamento acordado da exploração de atividades ilegais em determinada(s) zona(s) de influência e/ou de determinado(s) ramo(s) de atividades ilegais, permanecendo os espaços físicos sob a tutela oficial do Estado, em regra, ainda que negligenciados por este, por opção deliberada ou não de seus agentes, havendo situações, todavia, de crescente ameaça aos pressupostos de soberania do Estado; m) estabelecimento de uma rede de conexões com outras organizações ou grupos criminosos do país e com instituições e setores sociais, econômicos, políticos e culturais; n) transnacionalidade ou tendência à transnacionalidade, significando a internacionalização de suas atividades ou operações ilegais, a exemplo da lavagem de dinheiro, e o estabelecimento de alianças com organizações ou grupos criminosos de outros países, formando uma rede de conexões (2009, p. 494-496).

Como bem adverte a própria autora, nem todas as características podem estar presentes no reconhecimento de organizações criminosas, como também não é questão étnica ou socioeconômica; alguns fatores podem favorecer a organização criminosa, como biológicos e psicológicos, mas apenas pela via sociológica é que se pode mensurar uma organização criminosa (FERRO, p. 496).

Tratando das organizações criminosas no Brasil, Ana Luíza Ferro (2009, p. 544) refere expressamente três, que contêm características próprias, em conformidade com seu estudo: o CV (Comando Vermelho), o TC (Terceiro Comando) e a ADA (Amigos dos Amigos).

Na concepção da referida autora, o melhor modo de legislar sobre organização criminosa é fixar, “como

elementos essenciais, a tipificação dos requisitos básicos do crime organizado, de natureza instrumental, organizacional e operacional, e a exigência de uma potencialidade agressiva ou fraudulenta de caráter duradouro e difuso” (2009, p. 597). Com essa definição, não seria possível confundir uma sociedade empresária que em algum momento realizasse, através de seus dirigentes, atos criminosos, daquelas organizações constituídas especificamente para a prática delituosa, nos termos sugeridos pela mesma autora.

Vale ressaltar que a empresa econômica não se constitui para o exercício do crime, mas para o exercício de uma atividade econômica que produz e circula bens necessários à satisfação humana. Assim, os desvios cometidos por líderes empresários não devem ser confundidos com o conceito próprio e típico de organismos criminosos, que têm na estrutura própria da organização a finalidade precípua da prática de crimes.

Na contramão dessa vinculação, muitas vezes desarrazoada, da atuação empresária como organização criminosa, Carla Linguori sugere maior espaço para as multinacionais exercerem suas atividades no cenário internacional, submetidos pela responsabilidade social de boa governança, o que favoreceria a um controle mais eficiente da corrupção em níveis internacionais (2011).

O fato é que não se pode tratar como organização criminosa toda e qualquer associação de quatro ou mais pessoas, que, ao praticarem algum crime de natureza empresária, sob pena de inviabilizar o desenvolvimento das próprias atividades econômicas empresárias. Lembrando que no sistema jurídico brasileiro há inúmeros dispositivos legais com sanções para a

prática de delitos empresários, sem que se necessite do agravamento da circunstância como crime organizado.

Conclusão

A Lei de Organização Criminosa é um importante instrumento jurídico no combate ao crime organizado, sem dúvida alguma. Todavia, seus critérios para classificação de uma entidade ou associação informal como organização criminosa devem estar rigorosamente definidos, sob pena de correr o risco de consequências ainda mais graves, do que a existência do crime organizado.

A atual lei brasileira de crime organizado e o projeto de lei que altera a lei atual padecem do mesmo mal: imprecisão, vagueza e amplitude, permitindo incluir ali toda e qualquer sociedade empresária e seus dirigentes, que pratiquem qualquer crime cuja pena máxima seja superior a quatro anos, como acontece atualmente com um elevado número de tipos penais, em maior ou menor grau, relacionados com a atividade empresária.

Diante desta constatação, e do elevado número de denúncias contra empresários por participação ou liderança de organização criminosa, é que se faz imperiosa uma definição clara e que não comporte dúvidas acerca do entendimento do que possa ser considerado uma organização criminosa.

Em estudo específico do tema, Ana Luiza Ferro propôs critérios exemplificativos objetivos, que tentam diminuir a margem de equívocos nesse enquadramento. No estudo da autora, em conformidade com os critérios ali definidos e com base em doutrina de relevo, concluiu que no Brasil apenas três entidades podem atualmente ser consideradas efetivamente organizações criminosas.

Como se viu, a empresa é um conjunto de recursos materiais e humanos para a satisfação das necessidades humanas, organizada segundo a legislação, para a obtenção de resultados eficientes na produção de bens e serviços, servindo de importante fonte de desenvolvimento econômico e social. Não deve ser confundida ou tratada como organização criminosa, sem que estejam rigorosamente definidos os critérios específicos para classificação deste tipo penal.

Como visto, ficou constatado que o uso indiscriminado da Lei de Organização Criminosa, aplicada de forma precária e duvidosa, ao determinar a vinculação de todo e qualquer crime praticado no ambiente empresarial, como crime organizado, representa muito mais um risco do que um avanço ao controle da criminalidade.

Referências

- AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. **Elementi di diritto commerciale**. Milano: A. Giuffrè Editore, 2006. 3ª edição.
- CAVALLI, Cassio Machado. **Direito comercial – passado, presente, futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Administração – teoria, processo e prática**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2018.
- GOMES, Orlando. **Código Civil: Projeto Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- HERNANDEZ, Alfredo Morles. **Curso de derecho mercantil**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007.
- LIGUORI, Carla. **As multinacionais de capital privado - e o combate à corrupção internacional**. Curitiba: Juruá, 2011.
- MPF. Notícias. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/ap/sala-de-imprensa/noticias-ap/mpf-ajuiza-denuncias-contra-organizacao-criminosa-instalada-no-imap-e-empresarios-do-agronegocio>>. Acesso em: 03 set. 2019.
- NONATO, Orozimbo; AZEVEDO, Philadelpho; GUIMARÃES, Hahnemann. **Anteprojeto de código de obrigações – parte geral**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Anteprojeto de Código das Obrigações**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1964.
- POLÍCIA FEDERAL. **Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/fases-da-operacao-lava-jato-1>>. Acesso em: 03 set. 2019.
- REALE, Miguel; ALVES, José Carlos Moreira; ALVIM, Agostinho de Arruda; MARCONDES, Sylvio; CHAMOUN, Ebert Viana; COUTO E SILVA, Clóvis do; CASTRO, Torquato. **Anteprojeto de Código Civil**. Brasília: Editora Ministério da Justiça, 1972.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. Tradução por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- STJ. **HABEAS CORPUS: HC 114628 MG 2019/0183330-3**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJ: 13/08/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/do-c.jsp>>. Acesso em: 03 set. 2019.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial – teoria geral e direito societário**. São Paulo: Atlas, 2008.
- ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na ordem econômica - princípios e função social**. Curitiba: Juruá, 2019.

Recebido em 2020-03-10
Publicado em 2020-03-28