

FERNANDO FRANÇA MAGRI

**RESPONSABILIDADE PENAL NA CADEIA EXECUTIVA: A OMISSÃO
IMPRÓPRIA NA AMBIÊNCIA DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E LIMITADAS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Vicente Greco Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

FERNANDO FRANÇA MAGRI

**RESPONSABILIDADE PENAL NA CADEIA EXECUTIVA: A OMISSÃO
IMPRÓPRIA NA AMBIÊNCIA DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E LIMITADAS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação do Professor Titular Dr. Vicente Greco Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Magri, Fernando França

Responsabilidade Penal na Cadeia Executiva: a omissão imprópria na ambiência das sociedades anônimas e limitadas; Fernando França Magri; orientador Vicente Greco Filho – São Paulo, 2021.

138f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Responsabilidade Penal. 2. Omissão Imprópria. 3 . Cadeia Executiva. 4. Imputação Objetiva. 5. *Criminal Compliance*. I. Greco Filho, Vicente, orient. II. Título.

FERNANDO FRANÇA MAGRI

**RESPONSABILIDADE PENAL NA CADEIA EXECUTIVA: A OMISSÃO
IMPRÓPRIA NA AMBIÊNCIA DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E LIMITADAS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como exigência parcial para
a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de
concentração Direito Penal, Medicina Forense e
Criminologia, sob orientação do Professor Titular Dr.
Vicente Greco Filho.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este singelo trabalho à minha esposa, Thaís, por sua parceria e compreensão quanto aos meus períodos de ausência, necessários para o desenvolvimento deste estudo, à minha filha e luz da minha vida, Manuela, aos meus pais, Flávio e Sonia, exemplos de amor e de honestidade, e à minha irmã, Thaís, por sempre acreditar em mim. O amor por vocês é o que me move!

AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer é uma missão nada fácil, pois sempre há o risco de esquecer alguém que tenha contribuído direta ou indiretamente, mas, ainda assim, me arriscarei a fazê-lo neste espaço.

Em primeiro lugar, agradeço ao Prof. Vicente Greco Filho, uma das pessoas mais cultas e sábias que tive o prazer de conhecer, pela confiança em mim depositada e por ter me conferido essa oportunidade, bem como por ter cumprido minha orientação com a percuciência e maestria que lhe são naturais. Toda intervenção se mostrou de grande valor, ajustando pontos que, a princípio, não haviam me despertado atenção, mas que, após breve reflexão, se mostraram imprescindíveis para o desenvolvimento do presente trabalho. Sem sua contribuição direta, nada disso teria sido possível; serei eternamente grato!

Aos professores Luciano Anderson de Souza e João Daniel Rassi, pelos valorosos e enriquecedores conselhos ofertados por ocasião da banca de qualificação, os quais permitiram realinhar a rota do meu trabalho, e também pelos ensinamentos em sala de aula. Minha profunda admiração e respeito por ambos, que são espelhos para mim no exercício da docência!

Ao meu sócio na advocacia criminal, Bruno Hartkoff, pela parceria e paciência durante o desenvolvimento deste estudo, sabedor da importância que ele tem para mim.

A Deus e à minha família, por tudo!

RESUMO

MAGRI, Fernando França. Responsabilidade Penal na Cadeia Executiva: a omissão imprópria na ambiência das sociedades anônimas e limitadas. 2021. 138f. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2021.

A criminalidade empresarial vem se mostrando, nas últimas décadas, como uma realidade indelével, que não encontra, por vezes, adequação nas estruturas dogmáticas apresentadas tradicionalmente ao longo do desenvolvimento histórico do pensamento penal, sendo certo que a figura da omissão imprópria assume posição de destaque nesse contexto, dada sua recorrência fenomenológica. Não obstante, os Tribunais brasileiros, na grande maioria das vezes, se valem do emprego de fórmulas impertinentes, como a cegueira deliberada, o domínio do fato, entre outras figuras teóricas que não guardam conformidade com o tema. O presente estudo intenta oferecer soluções adequadas para o trato da omissão imprópria na ambiência das sociedades anônimas e limitadas e, para tanto, o recurso ao método dialético se mostra oportuno, edificando suas balizas em estudos acadêmicos publicados, análise da legislação pertinente e de jurisprudência relevante. Em termos de estrutura de desenvolvimento, oportuna uma abordagem da omissão como categoria comportamental humana, além de uma inserção nos contornos práticos observados nestas espécies societárias, mediante a delegação de tarefas (perspectiva vertical) e a divisão de funções (perspectiva horizontal), a fim de que se possa estruturar uma cognição que considere conclusões funcionais. Ainda, oportuno um delineamento acerca dos programas de *criminal compliance*, sobretudo para fins de individualização da responsabilidade penal. Finalmente, aponta-se a conclusão de que o dirigente que integra a cadeia executiva assume a posição de garantidor, mas, recorrendo-se às estruturas propostas pela teoria da imputação objetiva, conclui-se que, observado o princípio da estrita separação de competências e desde que tenha mantido, sob padrões de regularidade, a seleção e coordenação das atividades do delegado, poderá não ter contra si a imputação de eventual responsabilidade penal.

Palavras-chaves: Direito Penal; omissão imprópria; sociedades anônimas; sociedades limitadas; *criminal compliance*; teoria da imputação objetiva.

ABSTRACT

MAGRI, Fernando França. *Criminal Liability in Executive Chain: Improper Omission in the Environment of Corporations and Limited Companies*. 2021. 138f. Essay (Master of Laws). Law School, University of São Paulo – USP, City of São Paulo, 2021.

In recent decades, corporate criminality has come up as an indelible reality, which is sometimes not adequate in the dogmatic structures traditionally presented throughout the historical development of criminal thought, given that the figure of improper omission takes over a highlighted position in this context, based on its phenomenological recurrence. Nevertheless, the Brazilian Courts mostly make use of impertinent formulas, such as deliberate blindness, mastery of the fact, among other theoretical figures not complying with the theme. This study intends to offer proper solutions to deal with improper omission in the environment of corporations and limited liability companies. Therefore, making use of dialectical method is convenient, building its guidelines in published academic studies, analysis of relevant legislation and relevant court precedents. In terms of development structure, an approach to omission as a human behavioural category is opportune, as well as an insertion in the practical contours seen in these corporate species, through the delegation of tasks (vertical perspective) and the division of functions (horizontal perspective), in order that one can structure a cognition that considers functional conclusions. Furthermore, an outline of criminal compliance programmes is convenient, especially for the purpose of individualising criminal liability. Finally, it is concluded that the director who is integrated to the executive chain takes over the role of guarantor. Nonetheless, the structures proposed by the theory of objective imputation, one concludes that, by noting the principle of strict separation of competences and, as long as one has maintained, under standards of regularity, the selection and coordination of the delegate's activities, there may not have the attribution of possible criminal liability.

Keywords: criminal law; improper omission; corporations; limited liability companies; criminal compliance; theory of objective imputation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 A OMISSÃO IMPRÓPRIA COMO CATEGORIA COMPORTAMENTAL HUMANA NA AMBIÊNCIA EMPRESARIAL.....	21
1.1 Análise da omissão imprópria.....	25
1.1.1 A posição de garantidor no âmbito corporativo.....	27
1.1.1.1 Hipóteses legais da posição de garantidor.....	32
1.1.1.2 Balizas para a fundamentação material.....	34
1.1.1.3 Espécies de figuras garantidoras.....	35
1.2 Questões dogmáticas sensíveis da omissão imprópria.....	35
1.2.1 Análise da posição do garantidor no concurso de pessoas.....	36
1.2.1.1 Critérios definidores do concurso de pessoas.....	36
1.2.1.2 Teorias que se debruçam sobre o concurso de pessoas.....	37
1.2.1.3 Vertentes teóricas debruçadas sobre a omissão imprópria.....	41
1.2.1.4 Posição do omitente no concurso de pessoas.....	42
1.3 Análise da tentativa nos crimes omissivos impróprios.....	44
2 BALIZAMENTO DOS DESCONCERTOS INERENTES À CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE DE EMPRESA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E LIMITADAS.....	47
2.1 Estruturas orgânicas e esquemáticas das disposições empresariais.....	48
2.1.1 Horizontalidade e verticalidade na responsabilidade penal.....	48
2.1.2 Sociedades Limitadas.....	52
2.1.3 Sociedades Anônimas.....	54
2.2 Enquadramento dos membros da corporação.....	57
3 <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E SUA CONFLUÊNCIA NA CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL.....	67
3.1 Introdução às noções de <i>compliance</i>	69
3.2 A busca de justificação na responsabilidade penal da pessoa jurídica.....	75
3.3 A atrelação à afetação de bens jurídicos coletivos.....	78
3.4 Os reflexos do <i>compliance</i> na identificação da responsabilidade penal no ambiente corporativo.....	81

4 A RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO NO CONTEXTO DO ORGANOGRAMA OPERACIONAL CORPORATIVO: A CONDUTA DOS DIRIGENTES NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E LIMITADAS.....	89
4.1 Aferição das fórmulas pretorianas de solução imputacional da responsabilidade penal..	89
4.1.1 Casos paradigmáticos e suas respostas pelos Tribunais.....	90
4.1.2 Condensação das fórmulas globais de solução oferecidas pelos Tribunais.....	94
4.1.2.1 Teoria da Cegueira Deliberada.....	95
4.1.2.2 Teoria do Domínio do Fato.....	97
4.1.2.3 Responsabilidade por posição.....	101
4.2 Análise da posição de garantidor dos decisores de cúpula diante da divisão de funções e da delegação de tarefas.....	103
4.3 Dever de vigilância e sua compatibilização com o princípio da confiança.....	108
4.4 Verificação da responsabilidade penal da cúpula organizacional sob o prisma das imputações subjetiva e objetiva.....	112
4.5 Soluções apuradas e tomada de posição quanto à omissão imprópria na ambiência das sociedades anônimas e limitadas.....	116
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS.....	129

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende se debruçar sobre tema de fulcral importância no contexto da dogmática penal moderna, a saber, a aferição da responsabilidade dos gestores, administradores e demais profissionais com poderes decisórios e de mando dentro de estruturas corporativas de sociedades anônimas e limitadas pela prática de condutas comissivas por omissão.

O fato típico assume a feição de dado fenomenológico, no entanto, o resultado não integra a conduta, de modo que esta pode assumir relevância do ponto de vista jurídico-penal ainda que não seja a responsável direta pela produção daquele. E não se está a falar apenas e tão somente do viés naturalístico, que diz com o resultado capaz de promover modificações sobre a realidade material, mas também do viés jurídico, que se perfaz mediante a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelados pela norma penal.

Nesse passo, assume relevância a discussão sobre a causalidade, mesmo porque não há que se falar, sob uma concepção material de democracia, em responsabilização penal destituída de prova da contribuição causal por parte do indivíduo. A mera aceção natural de causalidade não era capaz para explicar sua posição no centro do fato punível, exurgindo, então, a concepção jurídica de causalidade. Com efeito, como bem salienta Jescheck¹, não se resume a questão à aferição de um paralelo de continuidade entre causa e efeito, mas, sobretudo, definir se o resultado penal pode ser imputado ao sujeito, sob parâmetros de justiça.

E isso assume maior relevância no contexto do enfrentamento de crimes omissivos, porquanto o elemento central balizador remonta à aferição de graus de probabilidade do ajuste daquele resultado lesivo.

Por muito tempo, e de certa forma ainda há traços nesse sentido, a doutrina tradicional trabalhou a faceta omissiva sob os mesmos critérios e premissas fundantes da comissiva, somente despertando para a necessidade de um trato próprio há pouco menos de um século, sobretudo a partir da percepção de que na omissão não se verifica relação direta

¹ JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. v. 1. Barcelona: Bosch, 1981. p. 31.

entre conduta e resultado, seja na forma própria ou imprópria. E a evolução da teoria do delito sempre esbarrou em inúmeros impasses quando em pauta este tema da omissão, de modo que nem o próprio finalismo logrou solucionar tais impasses, em que pese intensos esforços nesse sentido.

No tocante à reponsabilidade pelas condutas comissivas, geralmente praticadas, dentro de uma estrutura verticalizada de organização empresarial, por aqueles que se encontram no piso ou nas escalas mais baixas da hierarquia corporativa e por meio de delegação de funções, não há grande controvérsia, sendo suficiente a teoria geral do delito tal como tradicionalmente edificada. No entanto, o mesmo não se pode dizer no tocante à compreensão do ajuste ou não da responsabilidade penal daqueles que se encontram nos degraus mais altos das corporações quando quedam inertes diante do conhecimento de eventual ilícito praticado por aqueles que se encontram desempenhando funções delegadas.

Não obstante, de rigor que seja também compulsada a análise sob a perspectiva da horizontalidade organizacional, estruturada através da distribuição de funções, dada a pertinência e complementaridade com o tema proposta para a presente investigação científica.

Desse modo, o presente estudo apresenta a proposta de fornecer elementos sólidos para um debate acerca dessa questão, com uma exposição pormenorizada da essência caracterizadora de cada uma das vertentes teóricas, sem olvidar a colocação de considerações críticas acerca das objeções e contribuições depreendidas de cada um desses programas, haja vista ser tema pouco debatido até o momento.

Com efeito, considerando o avanço tecnológico e o cada vez maior desenvolvimento das estruturas corporativas, com dinâmicas muito mais operacionalizadas e procedimentos padronizados e automatizados, em que há delegação de tarefas e distribuição de funções dentro do organograma das empresas, em parte na tentativa de se desfazer de responsabilidades, criando zonas de bloqueio da extensão da cadeia de imputações, nota-se sensível incremento no volume de delitos ocorridos nessa ambiência e, por via oblíqua, a dificuldade que a ciência penal vem encontrando para solucionar problemas advindos dessas situações fáticas.

Em tempo, percebe-se que o Direito Penal se encontra em um momento de readequação de seus primados, buscando superar aquele direito material de esgualapados, que somente alcançava os miseráveis, em clara seletividade, com vistas ao alcance de uma parcela da sociedade que não concentrou, até então, os holofotes da ciência penal, usufruindo de aparente imunidade fática, dado o vácuo de responsabilidade experimentado; refere-se, aqui, aos decisores da ambiência corporativa, cujos processos de tomada de decisão revelam-se, por vezes, revestidos de considerável potencialidade lesiva.

Nesse passo, poder implica, necessariamente, assunção de responsabilidade, pedra de toque do liberalismo penal, de modo que, considerando o crescente, ou talvez mais evidente, avanço da criminalidade econômica, ambiental, corruptiva, entre outras, há que se começar a pensar o Direito Penal para além daquele modelo “clássico”, questionando e reestruturando suas premissas e bases teóricas, de modo a oferecer soluções reais para os problemas observados.

Com isso, questiona-se se esses decisores de cúpula e todos aqueles com poder de mando no contexto de uma atividade econômica organizada sob o formato de sociedade empresária ostentam o dever jurídico de evitar o resultado. E essa questão, embora não seja neófito, dado que inserida em nossa legislação desde a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, é absolutamente contemporânea diante das recentes operações investigativas, como os crimes objeto da Ação Penal nº 470 (caso “Mensalão”) e da Operação Lava-Jato – e seus braços –, bem como frente aos crimes ambientais e conexos de grande repercussão e danosidade ocorridos em Minas Gerais (rompimento das barragens de contenção de detritos de Mariana e Brumadinho).

Com efeito, não há que se falar em um dever universal de evitação de resultados típicos, pois, do contrário, ter-se-ia um cenário de compartilhada vigilância entre todos os indivíduos. No entanto, parte da controvérsia paira sobre eventual posição de garante de algumas pessoas – omitentes qualificados –, que, por sua relação frente a determinados bens jurídicos essenciais, teriam, ou não, face à criminalidade de empresa, o dever de agir dirigido pela intenção de evitar o resultado lesivo a estes, a fim de que seja desincumbido o controle social do intolerável, figura essa retratada pela norma extensiva do §2º do artigo 13 do Código Penal brasileiro.

Contudo, só isso não basta para que se possa extrair da norma penal o desincumbir de seu encargo orientador de condutas, com vistas à ainda que utópica tutela de bens jurídicos essenciais. A mera definição da vestimenta de garantidor não soluciona, por si, o problema, pois ainda remanescerão as perguntas a respeito da ação exigida do mesmo por ocasião da chegada ao seu conhecimento do ilícito praticado pelos integrantes da empresa. Portanto, o que incumbe ao omitente qualificado? Deve cientificar os órgãos públicos competentes e os demais setores responsáveis da empresa ou deve agir, ele próprio e por via direta, para obstar materialmente o resultado lesivo da conduta? Ou, mais, deve ele realizar todas essas medidas cumulativamente?

Para tanto, o emprego do método dialético², via análise e discussão das vertentes doutrinárias que firmam congruência ou oposição face cada controvérsia identificada, se mostra um meio adequado para encontrar propostas de soluções, eis que proporciona um destrinchar das feições mais elementares desta questão dogmática dentro do arcabouço normativo penal, sobretudo diante de um cenário jurídico, social e econômico em que tais ocorrências têm se mostrado cada vez mais perceptíveis.

Em termos de estrutura de desenvolvimento, oportuno que se trace um panorama bem arraigado acerca da omissão como categoria comportamental humana, trazendo uma breve retomada da evolução epistemológica da dogmática penal, a fim de que se tenha delineado o percurso histórico da ciência penal e, assim, seja possível verificar as nuances e características próprias do crime omissivo, em especial na sua versão imprópria.

De rigor que se direcione atenção especial aos contornos práticos observados na ambiência empresarial, mediante a delegação de tarefas e a divisão de funções no plano das sociedades anônimas e limitadas, a fim de que se possa estruturar uma cognição que considere conclusões funcionais dentro do contexto fenomenológico dessas espécies societárias, além da visualização comparativa de julgados dos Tribunais Superiores a respeito desta matéria, para que seja possível estabelecer um padrão de enfrentamento e as soluções que são entregues para casos de criminalidade comissiva por omissão no âmbito das corporações, tanto sob o prisma subjetivo como objetivo, doloso e culposos.

² MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

Nesse plano, cada vez mais oportuna a inserção de uma temática que vem assumindo sensível relevo, a saber, as balizas de um programa de *criminal compliance* e o patamar colaborativo que tal compreensão trouxe consigo para a dogmática penal moderna, haja vista se tratar de uma realidade concreta e indeclinável, absolutamente indispensável no contexto da responsabilidade penal percebida na ambiência corporativa.

Finalmente, aferindo-se a construção antecedida, naturalmente, pelos balizamentos experimentados pela teoria geral do delito ao longo dos tempos, será possível refletir, de modo essencialmente crítico, a respeito de sua adequação à questão núcleo do debate ou se está a demandar realinhamentos ou – e a reflexão deve se concentrar nisso também – até mesmo se está a se recomendar o abandono do modelo tradicional, clássico, com a eleição de estruturas completamente distintas para o trato da omissão imprópria no cerne organizacional, com a proposta de estruturas imputacionais subjetivas e objetivas melhor acabadas e mais coerentes.

1 A OMISSÃO IMPRÓPRIA COMO CATEGORIA COMPORTAMENTAL HUMANA NA AMBIÊNCIA EMPRESARIAL

A ciência penal, tal como compreendida nos dias atuais, no tocante à ponderação da legitimação das normas de imputação e de incriminação e à hermenêutica das suas regras, foi edificada por meio de vagaroso caminhar histórico e sob influência direta dos ideais iluministas, de modo que cada categoria epistemológica, delineadora de uma nova construção científica, se forja como crítica à anterior ou até mesmo como uma releitura, aproveitando e mantendo melhoramentos reconhecidos.

Ao longo do desenvolvimento da ciência penal, a omissão sempre representou, no âmbito do estudo compreensivo da conduta humana, uma figura distendida, sucumbente diante das teorias da ação, que concentraram a preocupação da doutrina, mostrando-se, àquele tempo, inadequada a redução da omissão ao conceito de conduta, dada a impossibilidade de seu enquadramento na moldura conceitual proposta.

Com efeito, até mesmo a construção welzeliana, que visualizava a omissão sob uma perspectiva lógico-objetiva, estando tanto a ação como a omissão na categoria de “*subclasses independentes*” no contexto da conduta regulada pela vontade final³, não conseguiu oferecer uma solução para esse sensível problema inserto na Teoria Geral do Delito, porquanto se mostrou vinculada à ciência do ser, ao invés de concentrar-se no dever ser, uma vez que o dever de ação normativo não se refere, na figura do omitente, à ausência de controle sobre o fluxo causal, mas à sua inatividade face este nexo de não impedimento independente.

Dados os claros e profundos problemas percebidos com o subjetivismo metodológico e com o relativismo gnosiológico do neokantismo, sem olvidar os negativos aportes da Escola de Kiel, franqueou-se espaço, após o fim da II Guerra Mundial, para a eclosão do finalismo proposto por Hans Welzel, depois seguido por Armin Kaufmann, Reinhart Maurach, entre outros, e que já vinha tendo suas bases estruturadas quase duas décadas antes, por ocasião de seus estudos sobre a doutrina do direito natural do filósofo Samuel Pufendorf no programa de doutorado da Universidade de Jena, ao que deu continuidade após assumir a cátedra, nessa ordem, nas Universidades de Göttingen e de Bonn.

³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 276.

De base ontológica, eis que considera a essência do indivíduo e aceita, como verdade insofismável, determinadas concepções pré-jurídicas, elegendo, assim, o método dedutivo, o finalismo vislumbrou no desvalor da conduta, em especial pela carga negativa por ela trazida, a razão de ser da tutela penal, porquanto, dessa forma, assegurar-se-iam os padrões de conduta socialmente edificados. Essa reestruturação da teoria do delito intencionada teve como principal foco direcionador, embora não único, a ação humana, que deveria ser havida sob uma concepção ontológica, eis que dirigida, de modo consciente, a uma finalidade previsível. Welzel assim define a estrutura fundamental da ação humana:

A ação humana é exercida de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma genérica – ‘vidente’, e a causalidade, ‘cega’. Para esclarecer essa questão, remeto-me à diferença existente entre um assassinato, de um lado, e um raio mortal, de outro; no assassinato, todos os atos estão dirigidos em razão de um fim prefixado: a compra da arma, o mirar, apontar, puxar o gatilho; enquanto no raio o resultado morte é a resultante cega dos elementos causais existentes.⁴

Johannes Wessels direciona crítica ao conceito final de ação, compreendendo que o indivíduo não necessariamente representa os efeitos de sua conduta antes de executá-la, como, por exemplo, no caso das omissões destituídas de norte finalístico, de modo que, para ele, seria mais adequada a concepção social de ação, a compatibilizar as faces ontológica e normativa, muito embora compreenda que o grande problema do finalismo não está concentrado no conceito final de ação, mas em especial à restrição a categorias pré-jurídicas⁵.

Como bem articulou Hans Joachim Hirsch, então catedrático emérito da Universidade de Colônia e discípulo de Hans Welzel, o modelo finalista ostenta dois grandes

⁴ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 31-32.

⁵ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**: Parte Geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 20-21.

escopos, sendo um de ordem geral, com claro cunho metodológico, direcionador de crítica à estrutura dogmática físico-natural e normativista, e outro de natureza mais específica, referente à adequação do conceito de ação à proposta finalista. Hirsch salienta que Welzel não pretendia impor a direta derrogação de preceitos normativos face considerações científicas, mas apenas que essas deveriam orientar a verificação da necessidade de incremento legislativo, se constatado o desacerto objetivo daquele.⁶

Com efeito, a grande crítica que se faz ao finalismo foi a de que, tal qual o neokantismo, conservou, na prática, o tecnicismo e o normativismo exacerbado do positivismo jurídico⁷, deixando pouca margem para uma intervenção político-criminal, além da dificuldade do segundo para trabalhar categorias como a omissão e a culpa, dadas a ausência de ação naquela e o fim lícito almejado pelo agente nessa.

E foi justamente essa insuficiência que abriu espaço para um giro conceutivo da sistemática do Direito Penal, edificado pelas propostas funcionalistas. A efetiva abertura do sistema penal apenas aportou com a instalação do funcionalismo, que passou a reconhecer a dogmática e a política criminal como institutos com interação entre si possível e prática, com a primeira sendo direcionada pela segunda. O funcionalismo veio desprezar as vertentes ontológicas e dispor que o Direito Penal, como programa político-criminal, deveria ter suas estruturas compreendidas a partir das funções do sistema penal. A doutrina funcionalista guia suas observações científicas a partir de dados reais e não de considerações metafísicas, sendo o Direito Penal pensado a partir de suas consequências e com base em um sistema aberto e flexível, apto a se amoldar a novas circunstâncias e preocupado em não criar conceitos intangíveis, notadamente diante da compreensão de uma sociedade de risco. Como bem pontuado por Carlos Daza Gómez, o finalismo propunha como pressuposto do saber dogmático penal a fórmula metodológica “do sistema ao problema” – pensamento sistemático –, ao passo que o funcionalismo vem inverter os fatores, apresentando a

⁶ HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al 'finalismo'*. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. V. 58. p. 6-12, jan. 2005. ISSN 0210-3001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1994428>> Acesso em: 23 jun. 2019.

⁷ Luís Jiménez de Asúa define as Escolas Penais como sendo um arcabouço orgânico que contrapõe compreensões a respeito da natureza delitiva, da legitimidade estatal punitiva e das orientações penológicas (ASÚA, Luís Jiménez. *Tratado de Derecho Penal: filosofía y lei penal*. V. 2. Buenos Aires: Losada, 1950. p. 31), as quais apresentaram sensível representatividade no contexto da trajetória histórica da ciência penal. Para maior aprofundamento sobre o tema das Escolas Penais, recomenda-se, entre outras, as seguintes leituras: SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte geral*. V. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; LYRA, Roberto. *Novíssimas Escolas Penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956; e ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As Três Escolas Penais*. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1955.

formatação metodológica “do problema ao sistema” – pensamento problemático –, o que decorre justamente da abertura dogmática desenhada por esta estrutura sistemática do pensamento penal⁸.

O grande equívoco do causalismo normativista, do neokantismo e do finalismo residiu na concentração do núcleo estrutural da teoria do delito no conceito de ação, haja vista se tratar de concepção extrajurídica, de forma que o delito deveria sempre tomar por referência dados jurídicos e sempre ter em vista o instituto consequencialista da pena, tanto que, não por acaso, Roxin desenvolveu a teoria da imputação objetiva, cujo núcleo teorizador diz com a oferta de um complemento à teoria do nexa causal e que representou um giro cognitivo na lógica discursiva da ciência penal, em especial por sobrelevar a posição do autor do fato, consideradas suas idiossincrasias e valorações.

Considerado o Direito Penal como um sistema aberto, as soluções devem ser definidas com base no que se avalia mais correto, teleologicamente, do ponto de vista de parâmetros de política criminal; a legitimação do Direito Penal se verifica a partir de sua permeabilidade no plano social. A grande crítica dirigida à proposta funcionalista de Roxin diz com a suposta insegurança das bases normativistas, em repetição ao neokantismo, mas o próprio autor não nega a retomada de algumas premissas neokantianas, mas assevera que o faz com escoro nos postulados garantistas e na teoria da prevenção geral/especial da pena, acreditando que tais observâncias se mostram capazes para obstar a recidiva de mal semelhante ao inculpado pela ideologia nazista⁹, ao passo que as contribuições foram inúmeras, como, a título de exemplo, a consideração da pena na estrutura do delito (cria a categoria da responsabilidade, que diz com a culpabilidade associada à necessidade de pena), a estruturação da teoria da imputação objetiva, o reconhecimento do critério hermenêutico da insignificância, entre outras.

⁸ GÓMEZ, Carlos Daza. *El Funcionalismo, Hoy*. In: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, n. 227-228, p. 103. set./dez., 1999. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28498/25764>> Acesso em: 10 jul. 2019.

⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal...* op. cit. p. 112.

1.1 Análise da omissão imprópria

Os delitos omissivos, em partida, já encontram discussões até mesmo acerca da legitimidade de sua construção normativa, a qual implica a necessária verificação entre ajuste empírico e infração de dever.

Como bem preleciona Juarez Tavares, os crimes omissivos impróprios infringem uma norma proibitiva, de modo que o dever de impedir o resultado deve estar vinculado a cada espécie delitiva, não havendo que se confundir aqui, dever de garantia com dever de solidariedade. Tavares prossegue complementando o quadro de critérios de imputação com a necessidade de que haja condições reais para o impedimento do resultado lesivo, não bastando, portanto, a mera cognoscibilidade, e a possibilidade de equivalência causal da omissão à ação, por expressa previsão do artigo 13, *caput* e §1º, do CP, a rechaçar, desta feita, a teoria dos deveres formais.¹⁰

Claus Roxin¹¹, maior expoente do funcionalismo teleológico¹², estrutura um conceito pessoal de conduta fundado na ideia da “*manifestação da personalidade*”, de modo que a conduta dotada de relevância penal seria apenas aquela atribuível ao indivíduo dentro de uma perspectiva central “*anímico-espiritual*”¹³, donde se extrairia a perfeita e válida

¹⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. pp. 406-408.

¹¹ Roxin traz a público seus primeiros esboços acerca do sistema funcionalista por ocasião da publicação, em 1970, da obra “Política Criminal e Sistema de Direito Penal”, inspirada, fundamentalmente, na teoria do funcionalismo estrutural, desenvolvida, nas duas décadas anteriores, pelo sociólogo da Universidade de Harvard Talcott Edgar Frederick Parsons.

¹² Nesse passo, o funcionalismo ostenta justificação bidirecional, eis que ao funcionalismo teleológico-racional (moderado) de Claus Roxin, segundo o qual a dogmática assume a feição de importante mecanismo de resolução de casos, sempre sob uma orientação de política criminal, chancelada por uma racionalidade concreta, contrapõe-se dialeticamente o funcionalismo sistêmico ou normativista (radical) de Günther Jakobs, construção dogmática fundada na Teoria dos Sistemas e que retoma a estrutura do pensamento hegeliano, propugnadora de uma obediência integral à norma penal, de modo a atribuir relevância à violação da norma mesma, ao contrário do modelo moderado, que idealiza a presença determinante da noção de bem jurídico-penal. A vertente moderada de Roxin buscava dotar de legitimidade a intervenção penal e torná-la mais coerente com o cenário social em compasso de evolução àquela época por meio da criação de um sistema normativista dualista, pois se funda na interpretação de juízos de valor e se comunica com a realidade social, de modo que os fins político-criminais demandam avaliação diante de cada caso concreto, inclusive para rechaçar, em caso de desnecessidade, a punição (SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal...** op. cit. pp. 111-112). Para Roxin, “*cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – deverá ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal*” (ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 29).

¹³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Madri: Civitas, 1997. p. 252.

adequação deste conceito normativo a todas as espécies de crimes, em especial, na parte que aqui interessa, aos crimes omissivos.

Nesse passo, Harro Otto inaugura uma concepção negativa de conduta, fundada na ideia de não evitabilidade de comportamentos passíveis de tanto¹⁴, proposta não muito distante da apresentada por Günther Jakobs. Com efeito, o professor da Universidade de Bonn compreende a omissão como sendo o não obstar de um resultado evitável¹⁵.

A omissão deve ser compreendida sob padrões de juridicidade, não podendo ser havida como um mero conceito naturalístico, porquanto não perfaz simples estrutura comportamental revestida de passividade, mas, sim, uma postura de inércia diante de evento sobre o qual dever-se-ia intervir. Ou, como bem ensina Heleno Cláudio Fragoso, a omissão é um conceito de feição eminentemente normativa, eis que “*não é inércia, não é não-fato, não é inatividade corpórea, não é, em suma, o simples não fazer. Mas sim não fazer algo que o sujeito podia e devia realizar*”¹⁶.

Enquanto os crimes comissivos remontam à violação de uma norma de proibição, os omissivos, por sua vez, infringem, como bem preleciona José Ramón Serrano-Piedecasas, uma norma de mandato, donde a ausência de agir implica um incremento ou surgimento de uma posição de risco ao bem jurídico-penal, sendo este o mote fundamentador do injusto penal.¹⁷

Embora haja uma propensão, atualmente, à compreensão de conduta como sendo a conformação típica do ilícito, ressalta evidente a assunção, pela conduta omissiva, de uma posição cada vez mais relevante no âmbito do estudo da Teoria Geral do Delito, notadamente em virtude da cada vez mais crescente e complexa criminalidade de empresa, seja de cariz econômica, ambiental, financeira, entre outras, porquanto esta a estrutura comportamental

¹⁴ OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht, allgemeine Strafrechtslehre*. Berlim: De Gruyter, 2004. p. 48.

¹⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras e de José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 173.

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes Omissivos no Direito Brasileiro. In: **Revista de Direito Penal e Criminologia**, v. 33, 1982. p. 44.

¹⁷ SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; BRITO, Alexis Augusto Couto de (coord.); VANZOLINI, Maria Patrícia (coord.). O Delito de Omissão no Código Penal. In: **Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 178-179.

típica eleita em especial pelos que se encontram nas mais elevadas posições dentro das corporações.

1.1.1 A posição de garantidor no âmbito corporativo

Nesse passo, considerando essa criminalidade moderna de empresa, aqui interessa a denominada omissão imprópria, também chamada de qualificada¹⁸¹⁹, a qual estabelece uma relação especial do indivíduo pretensamente criminoso com o bem jurídico-penal objeto de tutela normativa, porquanto necessário o aperfeiçoamento da posição de garantidor por parte do mesmo, a exigir que se desincumba do dever legal de impedir o resultado, desde que presente, por óbvio, plena capacidade de intervenção e correlata ausência de risco pessoal.

Muito embora não se tenha, ainda, elaborado, com precisão, um conceito de bem jurídico – uma das grandes críticas que a teoria recebe –, pode ele ser compreendido, de forma geral, como o bem, tutelado pela ordem constituída, de fulcral importância para a existência e incremento do indivíduo e de sua presença no meio social, sendo, em concomitância, instrumento legitimador desta, compondo, assim, esta dicotômica e circular moldura. Um dos maiores defensores da proteção de bens jurídicos na qualidade de missão direta do Direito Penal, Roxin edificou um conceito de bem jurídico que abrange os direitos da coletividade, diferindo das propostas individualistas de Winfried Hassemer e Hans-Joachim Rudolphi, muito embora sustente que tais bens jurídicos gerais apenas assumirão legitimidade quando servirem o cidadão em particular. Sob esta ótica, bens jurídicos seriam “*circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos*”, conceito este que se amolda a uma

¹⁸ Hans Heinrich Jescheck e Thomas Weigend (*Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 648) utilizam essa nomenclatura, que, embora acertada, sobretudo do ponto de vista semântico, é pouco utilizada na doutrina e nos julgados, razão pela qual, para não oferecer margem para qualquer desvio interpretativo, empregar-se-á, no presente estudo, a denominação “omissão imprópria”.

¹⁹ É o que Renato de Mello Jorge Silveira chama de “*sobrecriminalização indireta*” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime**. In: Coleção Ciência Criminal Contemporânea. v. 5. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 75.)

concepção crítica de bem jurídico – bem jurídico como limitador da punição estatal –, contraposta à concepção metódica – bem jurídico como fim da norma penal²⁰.

Conduzindo esta cognição para o plano da ordem penal, uma vez que nem todos os bens jurídicos são passíveis de albergue penal, tem-se que o bem jurídico-penal, por sua relevância, legitima o Direito Penal e, *pari passu*, por ele é albergado, porquanto estará legitimado a intervir o Direito substantivo apenas e tão somente quando houver ofensa relevante a um destes bens jurídicos, a justificar a cominação de pena, ameaça estatal à inobservância de um dever de conduta penal.

O conceito de bem jurídico-penal deve receber orientação basilar de política criminal e ser apreciado sob uma cognição essencialmente deontológica, porquanto será ele o fiel da balança para definir a legitimação do poder estatal desde a inspiração legislativa até o exercício perante um caso real e concreto, espelhado na efetiva direção da pena. Com isso, o bem jurídico assume o aporte de principal demarcador da fronteira penal, eis que atua como elemento de contenção tanto da criminalização primária como, especialmente, da criminalização secundária, resguardando a figura de um Direito Penal mínimo. De mais a mais, a noção de bem jurídico não pode assumir um viés puramente positivista e tampouco, por outro lado, um prisma de absolutismo social, mas, sim, deve guardar relação de congruência com os valores fundamentais da ordem constitucional vigente.

Não obstante, deve-se ter em mente que a análise do conceito de bem jurídico não pode se resguardar à mera acepção dogmática e formal, porquanto, desta forma, não se prestará a atender àquela função de contenção do poder punitivo, sendo necessária a edificação de uma consideração material, mesmo porque o Direito Penal não é uma mera ferramenta de coerção asseguradora das normas gerais de direito público, possuindo suas normas de conduta próprias. Nessa esteira, ao bem jurídico-penal compete a concretização da política criminal por ocasião da eleição dos ajustes comportamentais passíveis de cominação de pena. Em tempo, o bem jurídico-penal, além da característica de instrumento de contenção do poder punitivo estatal, assume também qualidade hermenêutica, porquanto auxilia na exegese dos tipos penais, e ordenadora, eis que orienta a alocação classificatória

²⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp. 18-20.

dos tipos penais, sem olvidar sua influência no que tange à individualização da pena, pois o grau de ofensa ao bem jurídico-penal servirá de baliza para a dosimetria da pena.

Com os pilares do Estado Democrático de Direito delineados, deve-se ter em conta a medida da esfera de abrangência da legitimidade do Direito Penal, que não pode se limitar à mera legitimidade formal do legislador, sendo certo que intervenção penal via norma incriminadora, norma de conduta por essência, e não de reconhecimento, deve encontrar referência material em interesses do corpo social, considerados dentro de esferas de consenso e de conflito.

Nesse emblema, com a democracia, o indivíduo passa a ter direitos públicos, e não apenas privados. Por democracia se entende, em um plano geral, a capacidade de participação popular na gerência dos planos políticos, notadamente por meio do sufrágio universal e da pluralidade partidária, sempre com vistas à consecução da paz e da justiça sociais. Não obstante, a acepção de democracia que se encaixa com perfeição à empregada quando em pauta o modelo de Estado é a que corresponde à necessidade de respeito à desincumbência dos direitos fundamentais e das garantias individuais, perfazendo o ajuste de princípios liberais, humanos e sociais, ou seja, a concepção material de democracia.

Conforme averbado pelo Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há que se ter integral observância, sob o aporte de valores supremos, dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça. Nessa ordem, a democracia, ao mesmo tempo em que se solidifica no cerne político, passa a alcançar também o cenário jurídico, formando, esta inserção setorial, o modelo de Estado ora vigente, acrescido, ainda, da qualificação social, igualmente instada a compô-lo.

Nesse passo, um Estado Democrático de Direito pressupõe que o Estado serve o indivíduo, e não o contrário, de modo que seu aperfeiçoamento existencial em razão dele se justifica. O ser humano, individualmente considerado sob a vestimenta de cidadão de direitos e deveres, representa o escopo primário do Estado, jamais um mero instrumento da governança. Em outros termos, o Estado não é um fim em si mesmo, muito pelo contrário, ele serve o indivíduo e em razão deste existe; o ser humano é o escopo primário do Estado, e não um meio de exercício da atividade estatal.

Nessa ordem, Luigi Ferrajoli, precursor da filosofia que inaugura o garantismo penal, em confessa paráfrase, circunscrita ao manejo da expressão “*autopoiesis*”, cunhada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann em discussão atinente aos sistemas políticos, polariza as doutrinas a respeito da posição estatal, donde se depreende o ajuste do nosso modelo de Estado adstrito à construção filosófica das doutrinas heteropoiéticas, que posiciona o Estado como um meio, que somente descerra sua legitimidade política diante da finalidade de proporcionar a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.²¹

Conforme delineia Santiago Mir Puig²², o fundamento do poder estatal de punir encontra estreita correspondência com sua função, de modo que esta funciona como a base a alicerçar aquele, sendo que ambos os conceitos não são coincidentes, tendo o fundamento que demonstrar a necessidade da função.

No segundo período pós-guerra, a ciência penal, sobretudo na Alemanha, buscou posicionar o poder interventivo do Estado nos limites da teoria do bem jurídico, de modo que o Direito Penal somente deveria abarcar a proteção de bens jurídicos dotados de concretude, donde não insertas cognições políticas, morais ou religiosas.

Embora a teoria do bem jurídico não possa ser considerada perfeita e acabada em sua proposta, tem-se que não há outro contributo à ciência penal com aporte para suplantá-la, sendo certo que todas as tentativas têm se mostrado insuficientes para a superação da concepção de bem jurídico como instrumento fundante e legitimador da intervenção penal, afora suas outras funções. Com isso, não se pretende dizer, por outro lado, que a teoria do bem jurídico se faz bastante para explicar sozinha a teoria da criminalização; ela não prescinde do auxílio de outros temperamentos principiológicos, como a fragmentariedade, a intervenção mínima, a ofensividade, a culpabilidade, entre outros instrumentos, mas entende-se que a concepção de bem jurídico será, racionalmente, um dos elementos norteadores da ciência penal, que, frise-se, desponta como uma ciência de índole persuasiva

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 812-814.

²² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases del Derecho Penal: concepto y método**. 2. ed. Coleção *Maestros del Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2003. pp. 98-99.

e não descritiva, donde se depreende que não se pode esperar dela soluções invariavelmente exatas e conglobantes.

Diante do modelo de Estado adotado pela ordem constitucional brasileira, por certo que o Direito Penal não poderá dissociar seus fins dos ideais de igualdade social, de uma tutela indeclinável da dignidade da pessoa humana e dos regramentos morais solidificados (balizadores dos sistemas sociais), para não contrariar o desenho do grau civilizatório moderno. Deste modo, assumiu central relevância o estudo da concepção de bem jurídico e sua função dogmática no âmbito do Direito Penal.

Desta feita, tendo em vista que o Direito Penal tem como escopo o resguardo e a estabilização da paz social, além da promoção da igualdade entre os indivíduos, com respeito e observância ao postulado da dignidade da pessoa humana, a sufragar a expectativa de controle da convivência social, a maior parte da doutrina, tanto nacional como estrangeira, acompanhando Claus Roxin, edificador original desse pensamento, averba que a missão fundamental do Direito Penal, estruturado sob um sistema aberto, permeável, portanto, à influência de outros segmentos, corresponde à proteção subsidiária de bens jurídico-penais, pressuposto para a punibilidade, donde se depreende seu viés teleológico eminentemente preventivo e o desenrolar do conceito material de crime²³.

Nesse passo, no §2º do artigo 13 do Código Penal, o legislador estabeleceu as situações em que a omissão será havida por penalmente relevante, o que se dará sempre que houver o dever e a possibilidade de agir para evitar o resultado lesivo ao bem jurídico, sendo certo que esse dever de agir se mostrará ajustado sempre que uma pessoa determinada tiver por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância ou, de outro modo, tenha assumido a responsabilidade de evitar o resultado ou, ainda, tenha, com seu comportamento prévio, criado o risco de causação do resultado.

Não obstante, de rigor que não se confunda dever objetivo de cuidado com dever de agir para impedir o resultado lesivo, porquanto, partindo-se da premissa de que toda conduta

²³ José Cerezo Mir assim se manifestou: “*El Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico al que, según la opinión dominante de la dogmática moderna, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría del bienes jurídicos.*” (MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal Español*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 15)

delitiva implica na criação, ou não recondução a patamares de aceitabilidade, de um risco não permitido do ponto de vista jurídico, tem-se que haverá sempre a inobservância de um dever objetivo de cuidado, exigível, para o ajuste, no mínimo, de um crime na modalidade culposa. No entanto, esse dever objetivo de cuidado assume a feição de dever geral, ao passo que, no âmbito da omissão imprópria, há um dever adicional, que diz com o impedimento do resultado danoso, devendo, nesse caso, restar configurada a dupla violação de deveres.

1.1.1.1 Hipóteses legais da posição de garantidor

Como bem se sabe, a existência de um dever de garantia é critério indeclinável para verificação do relevo penal de uma conduta comissiva por omissão e, para tanto, devem ser analisadas as fontes normativas das cláusulas gerais preceituadoras desse dever, muito embora seja válido atentar, na linha lembrada por João Daniel Rassi, que o ajuste fático de uma dessas cláusulas não implica direta e automaticamente a imputação de responsabilidade penal por parte daquele que deveria ter agido e não o fez, sendo imprescindível que a análise transcenda essa simples conformação normativa, aferindo-se bases principiológicas que confirmem legitimidade à imputação, sob pena de transformar a possibilidade de responsabilização penal em uma estrutura de correlação absoluta, eis que nem sempre será o caso de se aventar de punição diante de uma omissão.²⁴

Nesse passo, a primeira dessas hipóteses legalmente firmadas diz com a figura do garantidor por dever legal, prevista na alínea “a” do supracitado dispositivo penal, o que não implica necessária e diretamente que a existência de qualquer dever de matriz extrapenal configure a posição de garantidor, pena de se atrelar, sob relação de dependência, norma penal a norma extrapenal, própria da, há muito rechaçada, teoria dos deveres formais, donde se extrai a imprescindibilidade de uma legitimação de ordem material, sobretudo em razão do primado da reserva legal, uma vez que há estrita necessidade de previsão legal do fundamento do dever de agir no arcabouço penal, observada na comunicação entre o tipo penal ajustado e a norma geral do §2º do artigo 13 do Código Penal, e também em virtude de uma indeclinável proporcionalidade entre o sancionamento do comportamento comissivo e o do omissivo, de modo que, partindo-se da premissa de que ambos serão punidos sob o

²⁴ RASSI, João Daniel. **Imputação das Ações Neutras e o Dever de Solidariedade no Direito Penal**. São Paulo: LiberArs, 2014. pp. 173-174.

mesmo punho e a mesma força, há que se verificar um isonômico desvalor das respectivas condutas, equivalência essa que se verifica pela observância de uma especial relação do omitente com o bem jurídico-penal tutelado, não bastando o mero dever de solidariedade, fundamentador apenas da omissão própria.

O mesmo se diga quanto à figura do garantidor por assunção, implantada pela alínea “b” do §2º do artigo 13 do diploma penal brasileiro, eis que necessária essa mesma fundamentação material, muito embora, em ambas, não se negue a capacidade restritiva do conteúdo normativo extrapenal. Em tempo, nesse ponto, carece de maior aprofundamento, a escapar do escopo do presente trabalho, e por isso apenas se apresenta para ulterior reflexão, a edificação de um suposto dever de garantia quando desenhados cenários em que determinado perigo encontra-se abarcado sob a esfera exclusiva de intervenção de determinada pessoa, ou seja, esta concentra em si a única figura com condições de entregar o salvamento daquele bem jurídico em risco.

Finalmente, tem-se a categoria da ingerência indevida, preceituada na alínea “c” do §2º do artigo 13 do CP, em que o dever de garantia nasce na mesma medida de um comportamento anterior criador do risco. Contudo, é de se atentar para os problemas de imputação oriundos dessa cláusula, pois, como bem alerta Janaína Paschoal, premente a indesejada possibilidade de se estar diante de uma responsabilidade de ordem objetiva ao se vincular o dever de garantia a um comportamento antecedente, que, por vezes, é até mesmo culposos, e, nesse plano, estabelecer uma relação de isonomia irrestrita entre ação e omissão, de modo que ela propõe, de *lege ferenda*, uma melhor construção das cláusulas gerais do dever de garantia, sugerindo a revogação das hipóteses das alíneas “b” e “c” do §2º do artigo 13 do CP, bem como a redução do texto da alínea “a” do mesmo dispositivo, mediante a supressão do vocábulo “vigilância”, porquanto, desta forma, ter-se-ia um enquadramento mais restritivo da abrangência imputacional da omissão imprópria, que, encontra-se excessivamente ampliada e genérica, a permitir uma série de inclusões de condutas omissivas no contexto de atribuições de responsabilidade penal.²⁵

²⁵ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência Indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011. p. 175.

1.1.1.2 Balizas para a fundamentação material

A fim de estabelecer critérios para essa fundamentação material da posição de garantidor, Bernd Schünemann propõe que o omitente deve ostentar domínio sobre o fundamento do resultado, tal qual ocorre no crime comissivo, em que esse domínio se dá no controle sobre o seu próprio movimento corpóreo direcionado ao resultado naturalístico. Com efeito, para o crime omissivo impróprio, o penalista alemão sustenta que esse domínio sobre o fundamento do resultado se amolda no controle sobre uma “*causa essencial*” deste, em que o omitente teria uma função assecuratória face à incorporação ao papel de vigilante quanto a determinada fonte de perigo, ou no controle sobre a desproteção de um bem jurídico-penal, havendo, nesse caso, uma obrigação de salvaguarda²⁶.

Por outro lado, Günther Jakobs formula proposta, tanto para crimes comissivos como omissivos, com duas chaves de compreensão, sendo uma definidora de deveres positivos e outra de deveres negativos, donde a primeira corresponde a atribuições institucionais, em que o agente teria uma posição especial em relação a algumas instituições sociais, como os pais em relação aos filhos, os agentes públicos perante a Administração Pública, entre outros, ao passo que a segunda chave diz com o dever que o indivíduo tem de não praticar ou de obstar práticas lesivas à esfera dos bens de terceiros, sendo certo que, neste ponto, residiria a fundamentação lógica da responsabilidade dos dirigentes de empresa em razão da prática de ilícitos penais no âmbito empresarial, assumindo as vestes de responsabilidade organizacional.²⁷

Por oportuno, a proposta de Schünemann se mostra mais apta ao fornecimento das respostas a que tais bases teóricas se propõem, quais sejam, o atendimento ao primado da legalidade, em especial no que toca à cláusula de reserva legal, bem como à necessária equivalência entre os desvalores das condutas comissiva e omissiva.

²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y Límites de los Delitos de Omisión Impropria: con una aportación a la metodología del Derecho Penal*. Madri: Marcial Pons, 2009. pp. 279-284.

²⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução de Joaquim Cuello Contreras e de José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 45.

1.1.1.3 Espécies de figuras garantidoras

Nesse passo, para um posterior enfrentamento do enquadramento do dever de garante por parte dos dirigentes no tocante a práticas criminosas de terceiros, componentes do quadro orgânico da empresa, há que se compulsar as espécies de figuras garantidoras apresentadas pela doutrina, com vistas a uma escorreita compreensão do cenário que envolve o tema.

Pois bem, duas são as bases omissivas articuladas por Armin Kaufmann dentro de um padrão de equivalência com as ações, as quais podem ser assumidas e também delegadas. O jurista alemão e ex-assistente de Welzel na Universidade de Bonn compreende a omissão sob um prisma protecionista de bens jurídico-penais, em que o garante deve, mesmo sem ter interferido no fluxo causal do bem jurídico, atuar de modo a preservá-lo, como, por exemplo, uma mãe em relação ao filho recém-nascido. Não obstante, equaciona o tema também sob uma perspectiva vigilante sobre fontes de perigo aos bens jurídicos de terceiros, na qual o garante assume a incumbência de estagnar essas fontes de perigo dentro de padrões aceitáveis, bem como de agir no sentido de obstar resultados lesivos sempre que superados tais limites, seja com relação a pessoas ou coisas como também quando o próprio garantidor previamente atuou como criador daquela fonte de perigo, quadro da denominada ingerência indevida²⁸.

Dentro dessa divisão funcional, atenção especial deve ser direcionada, no presente estudo, à segunda proposição de Kaufmann, eis que as empresas representam uma fonte de perigo. Portanto, adequado dizer que, na ambiência empresarial, se está a falar sobre a posição de garantidor de vigilância e, eventualmente, também de salvamento, a depender do caso concreto.

1.2 Questões dogmáticas sensíveis da omissão imprópria

Nesse passo, existem alguns temas que gozam de certa incontrovérsia ou de baixa instabilidade na dogmática penal dos crimes comissivos, mas que merecem maior reflexão

²⁸ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los Delitos de Omisión*. Madri: Marcial Pons, 2006. pp. 289-290.

quando analisados sob a ótica da omissão, em especial da imprópria, como o concurso de pessoas e o instituto da tentativa.

1.2.1 Análise da posição do garantidor no contexto do concurso de pessoas

Nesse passo, traçadas as diretrizes da posição do garantidor, em especial no que tange à ambiência empresarial das sociedades anônimas e limitadas, oportuna uma incursão, ainda que não exaustiva e tampouco com a pretensão de exaurir o tema, eis que, para tanto, demandar-se-ia uma proposta metodológica especial e integralmente direcionada a tal fim, não comportada pelo presente escopo de pesquisa, que diz com a aferição da condição de autor ou partícipe do omitente com relação ao fato criminoso levado a efeito pelo agente executor, com vistas à demarcação do alcance de sua esfera de responsabilização penal.

1.2.1.1 Critérios definidores do concurso de pessoas

Como cediço, para que se aperfeiçoe o concurso de pessoas, se mostram indispensáveis alguns critérios objetivos e um subjetivo no plano fático delitivo.

Com efeito, do ponto de vista objetivo, se faz necessário que haja uma pluralidade de condutas, pouco importando se coincidentes ou não, a relevância imputacional, havida por meio da configuração criacionista do risco e sua consequente realização no plano concreto, e, por fim, o ajuste do nexu de causalidade. Exige-se ao menos que o crime avance sobre a forma tentada, uma vez que a contribuição punível somente se faz adequada, como regra geral, no âmbito dos atos executórios, cognição que se justifica até mesmo por uma questão de coerência com a teoria legitimadora do sancionamento pela tentativa; alcançada a consumação do crime, quem para ele contribui após tal marco temporal responde por crime diverso e autônomo, donde se extrai a relevância de aferir o marco delimitador da responsabilidade penal do garantidor, uma vez que seu dever contempla justamente a evitação do resultado lesivo ao bem jurídico-penal tutelado pela norma.

Sob um prisma subjetivo, há que se ter presente uma unidade de desígnios, liame psicológico esse que não exige acordo de vontades prévio, bastando que haja adesão, no

curso dos atos executórios, à pretensão subjetiva daquele que põe em marcha a conduta criminosa.

1.2.1.2 Teorias que se debruçam sobre o concurso de pessoas

Há sistemas unitários e outros diferenciadores acerca da responsabilidade penal no âmbito do concurso de pessoas, ou seja, a responsabilidade pelo evento criminoso deve ser distribuída por igual ou se faz necessária uma distinção quantitativa e qualitativa no tratamento de tais figuras?

A teoria pluralística, também chamada de cumplicidade-delito distinta ou da autonomia da participação, sustenta que o concurso eventual de pessoas configura uma simples construção penal para dar forma ao que seria na realidade uma multiplicidade de condutas, logo, uma pluralidade de crimes, em que cada indivíduo pratica um crime de modo particular, devendo responder na medida deste. No entanto, como se trata de um único tipo penal e há uma convergência de vontades e de ações ou omissões dirigidas a um definido propósito, qual seja, o alcance do resultado previsto nesse tipo penal, adotada esta teoria, em inúmeros casos se contemplará uma clara desproporcionalidade entre os enquadramentos e as correlatas punições, sobretudo por se tratarem de condutas complementares entre si.

Já a teoria dualista distingue o concurso de pessoas entre autoria e participação, devendo cada um responder na medida de sua culpabilidade, ou seja, não se está diante de uma multiplicidade de crimes diferentes, mas apenas uma subdivisão de um crime em decorrência de condutas contributivas de relevâncias distintas, de modo que o autor responderia pela ação principal (típica) e o partícipe pela conduta acessória, seja ela indutora, instigante ou auxiliadora daquela. Um ponto controverso sobre essa teoria remonta à hipótese do mandante de um crime, pois este não pratica o núcleo do tipo penal, logo, não pode ser considerado autor, mas partícipe, e, certamente, sua conduta é mais reprovável do que a do próprio executor do delito.

Justamente para se contrapor a este ponto controverso da teoria dualista, exsurge a teoria monista ou unitária, segundo a qual autor e partícipe devem responder por um único crime, até mesmo em observância à teoria da equivalência dos antecedentes, traduzida no

artigo 13 do Código Penal. Contudo, esse tratamento igualitário para contribuições desiguais não se mostra razoável, ensejadora, em grande parte das oportunidades, de uma sensível desproporcionalidade.

Para grande parcela da doutrina, o nosso sistema penal teria adotado a teoria monista para o concurso de pessoas, entretanto, observa-se uma matização de tal teoria, conforme averbado na própria Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal²⁹, de modo que, na realidade, adotou-se, com a reforma de 1984, muito embora a Parte Especial já trouxesse em seu arcabouço alguns lampejos de exceção dualista à teoria monista, uma proposta diferenciadora, de base dualista.

A participação, que pode se dar por via moral (instigação e/ou induzimento) ou material (cumplicidade e/ou auxílio) e apenas sob o elemento subjetivo atinente ao dolo, se caracteriza pela contribuição a delito alheio, consubstanciando-se, como bem preleciona Cláudio Brandão, em uma extensão da responsabilidade penal, em que se percebe o ajuste de uma assunção do objeto do fato condutor, a evidenciar sua acessoriedade inerente à conduta do autor, corporificando-se sob uma relação de subordinação para com a autoria³⁰.

Com efeito, algumas teorias buscam alicerçar essa natureza acessória da participação, que, para seu ajuste, demanda que o crime seja ao menos tentado.

Pela teoria da acessoriedade extrema, a responsabilidade penal do partícipe depende diretamente da conformação integral do conceito analítico de crime por parte do autor, ou seja, este tem que praticar fato típico, antijurídico e culpável, para que se possa cogitar do sancionamento do partícipe. Essa teoria foi abandonada após o fim da II Guerra Mundial, sobretudo no Direito Penal alemão, que passou a adotar a teoria seguinte.

²⁹ Item 25 da Exposição de Motivos nº 211, de 09 de maio de 1983 (Parte Geral do Código Penal): “*O Código de 1940 rompeu a tradição originária do Código Criminal do Império, e adotou neste particular a teoria unitária ou monística do Código italiano, como corolário da teoria da equivalência das causas (Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, item 22). Em completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos critérios dessa teoria, ao optar, na parte final do artigo 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria de participação. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas.*” (BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF.: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20 jun. 2021.)

³⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008. p. 272.

Nessa baila, a teoria da acessoriedade limitada vincula a responsabilização penal do partícipe à prática do injusto por parte do autor, de modo que, praticando, este, fato típico e antijurídico, se poderá aventar sobre a punibilidade do partícipe. Esta é a vertente teórica adotada pelo ordenamento penal brasileiro.

Ainda, há a teoria da acessoriedade mínima, a qual exige apenas que o autor realize uma ação típica, para que se passe para o plano da verificação da responsabilidade do partícipe. Não se mostra uma cognição adequada, uma vez que eventual circunstância apta a aperfeiçoar uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade não encontraria comunicação ao partícipe, distinção de tratamentos absolutamente equívoca.

Desta feita, não há que se falar em participação omissiva, dada a incongruência percebida entre esta figura e a relação de causalidade, a inviabilizar que se cogite do concurso de pessoas, uma vez que a subsidiariedade erige um afastamento entre a conduta do autor e o resultado, de forma que não se mostra adequado pensar em uma afirmação de um dever de agir em um fluxo causal que não tem como alcançar o status de conjectura fenomenológica.³¹

Contudo, há posições de destaque a defender o ajuste da participação por omissão, como a sustentada por João Daniel Rassi, que compila, com atenção especial à jurisprudência espanhola, os requisitos para a conformação desta modalidade de concurso, a saber, necessidade de realização de condutas típicas e coordenadas em direção ao mesmo objetivo, graduando-se a reprovabilidade da omissão pelo seu incremento contributivo para a concretização da infração penal. Conclui Rassi que a intervenção por infração de um dever pode ser observada em três situações, quais sejam, quando houver relação de responsabilidade ante uma estrutura organizacional, ante condutas perigosas de terceiros e por terceiros expostos a perigos.³²

Nesse passo, emergem também algumas teorias com o propósito de estabelecer uma definição da concepção de autor.

³¹ Nesse preciso sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 15. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 430-431; também BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. rev. atual. e amp. v. 1. São Paulo: Atlas, 2017. p. 698.

³² RASSI, João Daniel. **Imputação das Ações Neutras...** op. cit. pp. 194-195.

A teoria subjetiva, erigida após seguidos julgados do Tribunal do Império Alemão e das contribuições apresentadas por Maximilian von Buri³³, notadamente em decorrência lógica da teoria da equivalência dos antecedentes causais, parte da premissa de que toda contribuição agregadora para o resultado é havida como causa, todos que efetivamente entregaram tal contribuição deverão responder pelo ato criminoso, donde se fundou a consideração do autor sob uma perspectiva subjetiva, de forma que o autor manifesta o claro desejo de praticar o crime, tomando o fato criminoso como seu, ao passo que o partícipe atua com uma proposta meramente associativa, compreendendo o fato como de outrem (autor).

Como exemplos da jurisprudência alemã no tocante à adoção da teoria subjetiva, há o caso “*Staschynskij*”, em que uma pessoa acusada da prática de ato terrorista consistente em duplo homicídio provocado por gases tóxicos foi condenada como partícipe justamente por não desejar o fato como seu, mas apenas teria aderido ao dolo de outrem, este sim considerado como autor, bem como o caso da tia que afogou sua sobrinha recém-nascida em uma banheira em conluio com sua irmã (mãe da criança), tendo aquela sido condenada como partícipe, pois apenas aquiesceu ao dolo alheio.³⁴

Até meados de três décadas atrás, o Tribunal Supremo da Espanha se valeu da teoria subjetiva conhecida como “doutrina do acordo prévio”, a considerar como autor o indivíduo que atuasse desde o ideário do crime e agisse na realização do plano avençado, independentemente do meio eleito para a concretização dessa atuação.³⁵

O grande problema dessa vertente teórica reside justamente na sua essência subjetiva, eis que tenta acessar espaços cerrados na psique do indivíduo que praticou o crime, em uma tentativa de desvelar o mote de sua conduta, além de dar margem para algumas incongruências, como, por exemplo, a consideração do mercenário, que executa um homicídio por meio de paga ou promessa de recompensa, como partícipe, sendo autor o mandante, donde se verifica uma clara inversão lógica.

³³ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008. p. 270.

³⁴ VOLK, Klaus; BOCKELMANN, Paul. **Direito Penal**: Parte Geral. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 217.

³⁵ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: Parte General**. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2002. p. 448.

Por outro lado, tem-se a teoria objetivo-formal, que situa a condição de autor vinculada à identificação daquele que realiza o núcleo do tipo penal, de modo que, aqui, o mandante de um crime seria partícipe e o seu executor seria autor, dada sua franca intervenção no fluxo causal, o que, para parcela da doutrina, representa um contrassenso do ponto de vista da distribuição da responsabilidade penal.

Por fim, Welzel inicia um esboço de uma teoria de cunho objetivo-material, edificando o que denomina de domínio final do fato, em que o autor deteria o controle do curso delitivo, a realizar sua vontade direcionada ao sentido idealizado, mas sensível profundidade somente se começa a perceber com o debruçar de Roxin, o que será melhor aprofundado mais adiante.

De outra mão, para Ricardo Robles Planas, deve-se afastar a compreensão conceitual de autor da aferição dogmática da intervenção no delito, que precisa ser pensada dicotomicamente entre fundamento, encontrado no plano das lições da teoria da imputação objetiva, e decisão sobre a qualificação, sendo certo que o conceito de autor seria secundário nesse contexto. Transportando essa cognição para o plano da omissão, em especial a de natureza imprópria, o professor espanhol sustenta a necessidade de uma “competência específica do sujeito em relação ao perigo” e também a consideração de que a omissão implica a responsabilização não apenas pela inação, mas em conjunto com a comissão de uma conduta por um terceiro autorresponsável, detentor de uma esfera de liberdade ativa, ou seja, ela está compreendida em um contexto fenomenológico mais abrangente.³⁶

1.2.1.3 Vertentes teóricas debruçadas sobre a omissão imprópria

Como bem sabido, o dirigente de uma corporação, independentemente da natureza societária desta, que emana a ordem para a prática de um ilícito penal atua na posição de partícipe, muito embora haja quem defenda uma quarta hipótese de autoria, para além das compreendidas pela teoria do domínio do fato, que seria a instigação à autoria. De mais a mais, nessa conjuntura fática, ele pratica uma conduta comissiva, que não é o centro da

³⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Estudos de Dogmática...** op. cit. pp. 129-141.

análise ora proposta, de modo que a questão que remanesce é a posição do omitente, em especial nos delitos omissivos impróprios.

Feita a apresentação das generalidades inerentes ao concurso de pessoas, transporta-se a discussão deste instituto para o espaço concentrado dos crimes omissivos impróprios, com a proposta de compulsar e fomentar a discussão a respeito deste ponto específico, o qual ainda não conta com solução definida e pacífica por parte da doutrina nacional e tampouco da estrangeira, a merecer, portanto, atenção especial neste estudo.

1.2.1.4 Posição do omitente no concurso de pessoas

Mostra dessa dissonância doutrinária pode ser observada nos distintos posicionamentos adotados, sendo importante que as regras contidas nos artigos 29 a 31 do Código Penal sejam interpretadas restritivamente.

Com efeito, Günter Stratenwerth, em obra conjunta com Lothar Kuhlen, no tocante à possibilidade de formação da coautoria, elabora uma distinção estrutural, em que considera a capacidade individual ou conjunta para a evitação do resultado, de modo que, nessa segunda hipótese, assumindo ambos a posição de garantidores, haveria coautoria por omissão, ao passo que rechaçam a hipótese de autoria mediata e admitem, em caráter de excepcionalidade, a modalidade participação.³⁷

Ainda, Cezar Roberto Bitencourt admite a coautoria por omissão, assim como entende perfeitamente possível a participação do omitente, caso não possa ser considerado, sob prisma individual, como autor³⁸.

Juarez Cirino dos Santos admite a possibilidade de coautoria no espaço da omissão imprópria observada na estrutura corporativa caso os dirigentes tenham atribuições estatutárias comuns, ao passo que, para as demais situações fenomenológicas, estariam caracterizadas autorias independentes por omissão de ação. Ainda, havendo atuação positiva

³⁷ STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004. p. 267.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito...* op. cit. p. 496.

de um personagem e inercial de outro, que não age de modo a impedir a formação do resultado lesivo ao bem jurídico tutelado, não haveria que se falar em coautoria, mas de autoria por parte daquele e de participação por parte deste, ou seja, nega ao omitente a condição de autor mesmo diante da posição de garantidor, e o faz sustentando a relação de subordinação do partícipe para com o autor.³⁹

Por outro lado, como bem preleciona Juarez Tavares, e o faz mencionando exemplo trazido por Armin Kaufmann, sobre o caso dos nadadores profissionais que presenciaram o afogamento de uma criança e não agiram para evitar o resultado morte, embora pudessem fazê-lo sem comprometer suas próprias integridades físicas, a coautoria é impossível em casos de crimes omissivos, podendo falar-se apenas em autoria colateral de omissão⁴⁰. É bem verdade que esse exemplo retrata uma situação de omissão própria, uma vez que não havia dever legal de agir por parte dos nadadores, mas apenas dever de solidariedade; não obstante, essa estrutura de pensamento é perfeitamente aplicável também à omissão imprópria, porquanto, tanto em um como em outro, a responsabilidade pela omissão se dá no plano individual, derivando do dever imposto a cada um, singularmente, seja pela ocorrência de perigo seja pela postura de garantidor, de modo que o que releva, nesse ponto, é, precisamente, a relação especial que o indivíduo ostenta em relação ao bem jurídico objeto de tutela, e não o seu comportamento típico.

Essa consideração se faz relevante, por comportar adequação, inclusive, no contexto das decisões colegiadas, próprias da ambiência empresarial, em especial no que toca às sociedades anônimas e limitadas, eis que cada pessoa com direito a voto nas deliberações tem um dever de garantidor singular, que não se correlaciona, nem indiretamente, com os deveres das demais pessoas votantes, donde se depreende o desajuste da responsabilidade penal com relação àquele que foi voto vencido na deliberação que desaguou em uma prática ilícita.

Há autores que traçam um quadro diferenciador, como, por exemplo, Johannes Wessels e Werner Beulke, que dividem a contribuição para o fato criminoso entre passiva e

³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. rev. e amp. Curitiba: ICPC. Lumen Juris, 2007. pp. 365-366.

⁴⁰ TAVARES, Juarez. Alguns Aspectos da Estrutura dos Crimes Omissivos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1996. p. 153. Nesse mesmo sentido, ver: WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. Berlin: De Gruyter, 1969, p. 206.

ativa, sendo certo que, caso se verifique esta segunda coligada à omissão de outrem, se poderá falar em autoria mediata, coautoria ou participação propriamente dita, nas modalidades cumplicidade ou instigação/induzimento, ao passo que, sendo passiva e assumindo o indivíduo a condição de garantidor, somente nesta hipótese se poderá enquadrá-lo no contexto do concurso de pessoas.⁴¹

Ainda, no tocante à autoria mediata por omissão, admitida por Reinhart Maurach, Heinz Zipf e Karl Gössel⁴² e rechaçada por Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend⁴³, que sustentam o ajuste da autoria direta por omissão.

Em tempo, há quem sustente que a omissão imprópria em matéria de criminalidade de empresa, por constituir uma infração de dever extratípico, não comporta diferenciação entre autor e partícipe, ajustando-se sempre a primeira figura, independentemente da fonte de perigo. Em sentido inverso, há os que entendem que todos os garantes são partícipes, sendo indiferente a origem da garantia.⁴⁴ Por fim, em uma visão temperada, defende-se a distinção entre autoria e participação com base na natureza da obrigação de impedir o resultado, ou seja, se fundado em um dever institucional, será autor, ao passo que, na hipótese de se calcar em uma ingerência indevida, assumirá o posto de partícipe, donde se depreende a necessidade de se verificar o conceito normativo de competência.⁴⁵

1.3 Análise da tentativa nos crimes omissivos impróprios

Em matéria de omissão própria, o tema não suscita grandes elucubrações, uma vez que, caso praticada a conduta omissiva prevista no tipo penal, já estará ele com a sua consumação aperfeiçoada, não havendo possibilidade de interrupção da trilha executória

⁴¹ BEULKE, Werner; WESSELS, Johannes. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 40. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010. p. 288.

⁴² MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C. F. Müller, 1989. p. 280.

⁴³ JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal...* op cit. p. 705.

⁴⁴ Nesse sentido, ver RENZIKOWSKI, Joachim; LEITE, Alaor (org.); TEIXEIRA, Adriano (org.); ASSIS, Augusto. *Direito Penal e Teoria das Normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

⁴⁵ Nesse sentido, ver CAMARGO, Beatriz Corrêa. *A Teoria do Concurso de Pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

típica. Por outro lado, no que pertine à omissão imprópria, o debate é essencialmente mais denso e merece, por isso, maior atenção e aprofundamento.

Com efeito, não é novidade que a dogmática penal brasileira, no que toca ao instituto da tentativa, adota, no artigo 14, inciso II, do CP, a teoria formal-objetiva, que tem raízes no causalismo naturalista e preceitua ser crime tentado toda vez que, originada a prática de uma ação típica, esta não atingir a consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Contudo, ao estabelecer o início da execução no marco referencial do exercício da ação capaz de avivar o desenvolvimento fenomenológico apto ao alcance do resultado, seja ele naturalístico ou jurídico, essa teoria encerra sua proposta em adequação restrita às condutas comissivas, não conseguindo oferecer o mesmo suporte às condutas comissivas por omissão, uma vez que essas não são aperfeiçoadas sob uma concepção material. De mais a mais, mesmo as teorias material-objetiva e subjetivo-objetiva também não conseguem oferecer solução ao problema posto.

Na omissão imprópria, o dever de obstar o resultado é reconhecido sob categoria comportamental equivalente à ação, conforme informado anteriormente, de modo que, naquela modalidade de conduta, o descerrar executório se projeta tomando por base as mesmas premissas discursivas das condutas comissivas, mas ostenta um *plus* nessa análise, uma vez que se deverá aferir se a omissão perante um dever de impedir o resultado pela relação especial com o bem jurídico tutelado se mostrou suficientemente capaz, por si só, de garantir a ocorrência desse resultado lesivo, isto é, se o omitente abandonasse essa posição e agisse de plano, o resultado lesivo não seria produzido, logo, nesse caso, a omissão equivaleria à ação; e o fundamento dessa relação de paridade reside justamente no controle sobre a causa do resultado, obviamente sob parâmetros das balizas compreensivas dos juízos de certeza.

Nesse ponto, discute-se qual o momento em que a postura omissiva inaugura a etapa de execução dentro do *iter criminis*, ou seja, se seria a inércia diante da primeira oportunidade de agir ou da última, ou, ainda, se seria a efetiva submissão do bem jurídico a uma esfera de risco relevante. Na linha da lição de Juarez Tavares, para a verificação desta questão, imprescindível que se verifique, no plano fático, o momento em que se ajustará o perigo efetivamente concreto ao bem jurídico, pois, caso haja um interregno entre a inércia

originária e a iminência do risco ao bem jurídico, havendo mais de uma postura inercial nesse intervalo de tempo (seria uma situação de tentativa inacabada ou imperfeita, se se estivesse diante de um delito comissivo), somente será tida por relevante a última oportunidade que o garantidor tinha para obstar o resultado lesivo, tendo ali início, portanto, a execução do crime omissivo impróprio, face à possibilidade de se colocar em pé de equivalência a omissão e a ação, mas isso se não houver outros meios, estranhos ao omitente, esperados e capazes de impedir igualmente o resultado lesivo, hipótese em que não se haverá de falar em tentativa. Nesse raciocínio, fica difícil imaginar o ajuste do instituto da desistência voluntária, mas apenas do arrependimento eficaz, pois, se somente será considerada a última oportunidade para agir no sentido da proteção do bem jurídico como início dos atos executórios, não há como desistir de prosseguir em algo que ainda não começou, de modo que ou ele não tem mais controle sobre a causalidade e o resultado será inevitável ou ele agirá e, assim, terá cumprido o dever que lhe havia sido imposto, não mais havendo que se cogitar, nesse caso, da ocorrência de crime omissivo impróprio⁴⁶.

Mas esse juízo de probabilidade feito pelo intérprete, em conflito com o conteúdo mandamental da norma, impõe outra questão. Como proposta de solução, ter-se-á que tratar o instituto da tentativa, no âmbito dos crimes omissivos impróprios, sob um critério negativo, perquirindo-se não pelo seu ajuste, mas, sim, pelo seu não aperfeiçoamento, de forma que não se estará diante de uma tentativa se a omissão não apresentar correspondência com o conteúdo disposto pela norma de cuidado, sendo especialmente importante analisar a percepção que o garantidor que se omite diante do dever imposto pela norma tinha naquele momento, pois se a situação fática lhe negou condições seguras para ponderação do seu dever ou se realmente acreditava, por confiar em fatores outros, não haver iminência de risco para o bem jurídico não se estará diante de uma tentativa; não basta, portanto, mera aferição objetiva, prescindindo o tema de um incremento de ordem subjetiva.⁴⁷

⁴⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. pp. 411-412.

⁴⁷ Ibidem. p. 412.

2 BALIZAMENTO DOS DESCONCERTOS INERENTES À CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NO CONTEXTO DA CRIMINALIDADE DE EMPRESA NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E LIMITADAS

Tomando por base o postulado da dignidade da pessoa humana, incontroverso que a responsabilidade criminal somente poderá ser imputada àquele que pratica um comportamento vedado pelo arcabouço penal e se mantém inerte diante da possibilidade de impedir o resultado lesivo. Mas isso apenas não basta; imprescindível que essa pessoa tenha capacidade de reconhecer o caráter ilícito de sua conduta e de se determinar de acordo com essa compreensão normativa, reunindo dados sobre o ajuste do tipo penal e clara cognição a respeito dos riscos inerentes ao exercício de tal conduta.

Ainda, conforme averbado no capítulo inaugural, transportando a análise da responsabilidade penal para o prisma da omissão imprópria contextualizada na ambiência empresarial, indeclinável, para tanto, que essa pessoa a quem se postula imputar a responsabilidade penal tivesse o dever de impedir o resultado lesivo, posição de garante que perpassa pela disponibilidade concreta de dados aptos a conduzir à identificação dos riscos impostos aos bens jurídico-penais e à correlata capacidade interventiva positiva.

No tocante à criminalidade havida no seio corporativo, diferentemente da regra observada quanto à criminalidade de massa, não basta para o desenvolvimento da imputação da responsabilidade a identificação daquele que praticou a conduta típica, porquanto essa aferição ultrapassa, de modo bastante significativo, esse *standard*, dada a dinamicidade das organizações, integradas por um número significativo de pessoas, com práticas ilícitas que contam desde a efetiva e consciente contribuição para a conduta desviante até a integração de ações neutras, além de outras contribuições omissivas ou comissivas, articuladas sob o manto de estruturas organográficas horizontais e verticais, sem olvidar, por vezes, o interregno comunicacional e a dispersão geográfica havidos entre essas pessoas.

Silva Sánchez traça algumas premissas específicas para a verificação da responsabilidade penal na ambiência empresarial, justamente em razão dessa pluralidade de agentes, a qual conta, em regra, com uma organização sob padrões de hierarquia. Com efeito, alinha a necessária distinção entre responsabilidade e ação, donde se extrai o imperativo de que novas categoriais imputacionais sejam erigidas para atender às minúcias das figuras que

compõem a cadeia executiva, eis que, no mais das vezes, o executor do crime é o popularmente conhecido “funcionário do chão de fábrica”, e ressalta a necessidade de fragmentar-se os elementos constitutivos do tipo penal, uma vez que, nesse cenário de divisão de funções ou delegação de tarefas, pode haver contribuição, seja por relevância informacional, capacidade decisória ou pelas condicionantes subjetivas da compreensão de autoria, de uma enormidade de personagens.⁴⁸

2.1 Estruturas orgânicas e esquemáticas das disposições empresariais

Bastante comum, em especial no contexto corporativo de média e grande estatura, a organização das atividades da empresa, que não prescinde da sua atuação por meio de pessoas físicas, em estruturas verticalizadas e horizontalizadas, marcadas, respectivamente, pela delegação de tarefas e pela divisão de funções, de modo que essa descentralização é até recomendável do ponto de vista estratégico das corporações, diante de um universo empresarial globalizado e a exigir competências cada vez mais específicas, como, por exemplo, a organização de empresas sob o formato de composição consorcial, em que há uma reunião de empresas com o fito de juntar acervos e *expertises* em projetos comuns, com vistas ao atendimento de necessidades percebidas em negócios de grande vulto, para os quais não teriam condições de entregar o produto ou o serviço sob padrões satisfatórios se operassem individualmente.

2.1.1 Horizontalidade e verticalidade na responsabilidade penal

Há também, agora em um prisma menos complexo e mais cotidiano, a organização em diretorias especializadas (marketing, comercial, financeira, jurídica, entre outras) e a divisão de funções entre sócios no bojo de sociedades limitadas e, no que toca às sociedades anônimas, as divisões funcionais percebidas entre o Conselho de Administração e as Diretorias, sendo essas estruturas correlatas às horizontais, ao passo que, com relação às verticais, pode-se facilmente verificar por meio da criação de gerências, supervisões e coordenações, sempre vinculadas e subordinadas a diretorias determinadas, bem como pela

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Buenos Aires: BdeF, 2013. pp. 08-09.

relação hierárquica entre os funcionários que se reportam àquelas, além da possibilidade de organização vertical também no tocante a pessoas jurídicas entre si, em que há um exercício, por força contratual, de controle de umas sobre as outras.

Ainda, de se observar que, no que diz respeito às sociedades anônimas, diversas competências são atribuídas a órgãos colegiados, descentralizando o processo decisório, conforme se depreende, a título exemplificativo, do artigo 122 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

Não obstante, há que se atentar que o fluxo comunicacional dentro da empresa não se dá de forma escorreitamente desintrincado, muito pelo contrário, por mais organizada que seja a empresa, o cronograma de aporte informacional apresentará lapsos, o que torna problemático o aferimento do elemento subjetivo do tipo, uma vez que se parte da consideração de que o dolo deve ser contemporâneo ao fato. De fato, o executivo de uma empresa não necessariamente detém conhecimento técnico sobre determinadas circunstâncias inerentes à atividade da companhia, tanto que para isso recebe suporte técnico de especialistas no assunto, no entanto, não será sempre que esses dados especializados serão trazidos em tempo oportuno e de forma incompleta e sequenciada, tampouco há garantia de que serão pareceres sem incorreções em suas conclusões. Além disso, a qualidade da informação que chega ao decisor também pode estar comprometida, sobretudo se o responsável pela sua emissão estiver diretamente interessado no resultado espelhado em tal informação, como é o caso, por exemplo, de bonificações atreladas a desempenho, entre outras.

No âmbito interno corporativo, o meio mais eficiente no sentido de desvelar práticas fraudulentas diz com a denúncia apresentada por outros empregados. Não por acaso, cada vez mais comum nas corporações, em especial naquelas que têm organizado programas internos de integridade, o aparelhamento de um canal específico para essas comunicações, denominado *whistle blower*, com a paralela orientação do corpo de funcionários para a identificação de possíveis desvios de conduta por parte dos colegas de trabalho, assemelhando-se à figura do *ombudsman*, de origem sueca e introduzido nas corporações brasileiras há aproximadamente três décadas. Não obstante, esses canais não são utilizados para correção de eventuais desacertos comunicacionais, remanescendo a possibilidade de incongruências no processo decisório.

De grande relevância a figura do informante nesse contexto e diversas são as estratégias político-criminais para fomentar a realização de denúncias por parte dos personagens envolvidos na organização empresarial, como o estabelecimento de recompensa econômica sobre eventual valor recuperado, a imposição do dever de comunicação em alguns casos, proteção jurídica contra eventuais retaliações e até mesmo benefícios de ordem penal, caso o informante também tenha contribuído para a prática desviante. Contudo, há sempre o risco do *reverse whistleblowing*, que se dá mediante a criação de bodes expiatórios, ou seja, aponta-se um responsável individual, para, com isso, conseguir que a sanção à empresa seja diminuída ou até mesmo que seja eximida de qualquer responsabilidade.

De mais a mais, salutar que o trato dessa questão se dê no contexto dos programas de conformidade, nada impedindo, contudo, que as denúncias de irregularidades sejam formuladas perante o próprio Poder Público, conforme dispõe a Resolução nº 174/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que versa sobre as notícias de fato direcionadas aos órgãos da instituição.

Nessa ordem, o cenário de delegação de tarefas e de divisão de funções na ambiência empresarial pode tanto conduzir a uma extensão do número de responsáveis do ponto de vista criminal como também a uma maior restrição, a depender da fórmula de imputação adotada para a definição da responsabilidade penal.

Com efeito, a proposta mais tradicional para essa solução diz com o modelo “*bottom up*”, por meio da qual a perquirição acerca das contribuições para o evento delituoso deve partir do mais próximo, que, no caso da omissão imprópria, diz com o vigilante direto sobre a fonte de perigo, que assume a condição de garantidor derivado/primário, para o mais distante, de modo que esses, que se encontram em posições de controle superiores, serão havidos como garantidores originários/secundários. Nesse passo, em se tratando de responsabilidade por comissão, essa observação se inicia com aquele que efetivamente praticou, de modo ativo, o núcleo do tipo penal e se parte para investigar eventuais outras

contribuições um pouco mais longe do nascedouro da conduta típica executora, avocando para a discussão a definição das posições diante do concurso de pessoas⁴⁹.

Por outro lado, em construção inversa, entremostra-se a fórmula “*top down*”, que se funda no “princípio da responsabilidade e competências gerais” dos integrantes da corporação, donde haveria, em concomitância com esse amplo espectro de competência, um igualmente significativo dever organizacional, de modo a tal responsabilidade se tornar a regra, ao invés de ser uma situação excepcional, invertendo-se a lógica anteriormente apresentada, sendo deveres primários aqueles inerentes à gestão empresarial, que seriam objeto de delegação a outros componentes da organização, os quais assumiriam a feição de garantidores secundários, de modo que, em um primeiro plano, se verificaria a existência do ajuste do injusto penal por parte da empresa, para, em uma segunda análise, aferir se – nesse caso, quem – há dever de garante por parte de algum membro da companhia⁵⁰.

Com efeito, de rigor que se compreenda a estrutura organizacional das sociedades anônimas e limitadas, a fim de que se possa averbar sobre quem recai o dever de agir para evitar o resultado, isto é, aqueles que têm poderes para atuar em nome da empresa com vistas à entrega do seu objeto social, realizando atos gestores, donde se extrai a obrigação vigilante e a conformação dos garantidores derivados e originários.

Não havendo disposição estatutária ou no instrumento societário a individualizar a responsabilidade pela gestão da empresa, os administradores desta compartilharão, entre eles, a responsabilidade pelos atos afetos a esse múnus gestor, sendo certo que, nas sociedades limitadas, esse profissional é designado, podendo ser componente do quadro social ou estranho a ele, conforme artigos 1.012 e 1013 do Código Civil, ao passo que, nas sociedades anônimas, a administração somente poderá ser de incumbência dos diretores, em caráter originário, e dos integrantes do conselho de administração, a teor de disposição expressa do artigo 144 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). De se ressaltar que essa administração tem que se dar de fato, para que possa dar azo à posição de garantidor.

⁴⁹ 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. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 52.

⁵⁰ Ibidem. pp. 52-53.

2.1.2 Sociedades Limitadas

A regulação normativa da administração das sociedades limitadas é trazida pelos artigos 1.010 e seguintes do Código Civil, devendo de lá se extrair os regramentos de sua organização.

Com efeito, em observância ao conteúdo do artigo 1.011 do Código Civil, aquele que assumir o encargo da administração de uma sociedade limitada deverá resguardar em suas condutas o zelo, a cautela e a probidade que teria na gestão de seus negócios particulares (há idêntica reprodução na Lei das Sociedades Anônimas – artigo 153).

Ao administrador nomeado são aplicadas as regras próprias do mandato, regulado pelos artigos 653 e seguintes do Código Civil, que poderá, portanto, praticar todo e qualquer ato de gestão da sociedade empresária, com exceção da oneração e da venda de bens imóveis, o que dependerá de aprovação pela maioria dos sócios, salvo se constituir o próprio objeto social. Havendo mais de um administrador, como, por exemplo, na hipótese de todos os sócios dividirem a administração, dado o silêncio do contrato social, caso um apresente discordância quanto a ato de outro, esse impasse deverá resolvido por meio de deliberação entre os sócios, conforme artigo 1.013, §1º, do Código Civil. Havendo a necessidade de asserção conjunta, se insurgirá a necessidade de atuação em concurso, exceto em situações excepcionais (artigo 1.014 do Código Civil).

Sendo a administração exercida separadamente por cada um dos sócios, está-se a falar sobre a responsabilidade no plano da horizontalidade, em que, ausente a criação de departamentos com competências distintas, a gestão será simultânea e sobre o todo, derivando uma relação de fiscalização recíproca entre todos os sócios, uma vez que a todos incumbe a administração da sociedade empresária, havida como fonte de perigo.

Por outro lado, conforme sobredito, no caso de haver essa estruturação departamentalizada, um sócio não poderá intervir diretamente no ato gestor de outro sócio, podendo apenas suscitar uma apreciação deliberante junto aos demais sócios, salvo se estiver diante de situação urgente, em que sua inércia ou letargia poderão desaguar em dano irreversível ou dotado de sensível gravidade. Essa situação excepcional, autorizadora da intervenção do sócio sobre ato de outro sócio, assume especial feição no contexto da omissão

imprópria na ambiência empresarial, uma vez que certificadora da capacidade de ação isolada por parte daquele, com vistas ao impedimento do resultado lesivo.

Sendo a administração exercida por administrador não integrante do quadro social, os sócios assumirão postura de vigilância quanto a esse, uma vez que a prerrogativa de designação daquele, bem como de estabelecimento da extensão de suas atribuições, de modo que preservarão, exceto se não atuarem factualmente (por exemplo, no caso, eventualmente, de sócio investidor), o papel supervisor, não bastando, para que se desincumbam com zelo desse dever, que promovam a simples verificação da prestação de contas e do inventário anual, bem como dos balanços patrimonial e de resultado econômico, atividades exigidas do administrador pelo artigo 1.020 do Código Civil; imprescindível que empreguem outras ferramentas para o alcance dos dados sensíveis e correlatos a bens jurídicos de outrem ou de uma pluralidade, tendo em mente seu perene salvamento.

Havendo novas delegações de tarefas, agora procedidas pelo administrador constituído, se verterá este em garantidor vigilante quanto aos atos dos delegados, obviamente restrito ao conteúdo de suas atribuições. Por certo, não há que se falar em posição de garantidor do administrador designado com relação aos atos de outros administradores caso tenha a sociedade empresária optado por um processo hermético de divisão em departamentos, porquanto o mesmo assume a condição de garantidor secundário, logo, não há esse vínculo obrigacional de vigilância quanto aos atos estranhos ao seu departamento, não tendo poder de intervenção nem mesmo diante de situações emergenciais, por lhe faltar a condição de sócio; o mesmo não se pode dizer se houver um permeio de funções entre departamentos distintos.

Há que se observar, igualmente, que, por vezes, seja em decorrência de exigência legal ou por convenção disposta no instrumento constitutivo da sociedade empresária, algumas decisões deverão observar uma necessária colegialidade, o que pode caracterizar uma simples contribuição causal para a prática de uma ação criminosa, mas também pode configurar a abstenção da prática de uma ação protetora do bem jurídico-penal, a ensejar eventual responsabilidade omissiva.

E, mais, não socorre ao sócio votante a arguição, caso já formada maioria legal exigida para a tomada da decisão e seu voto tenha sido aportado nesse sentido, de que seu

voto perfaz status de irrelevante penal, dada a ilogicidade dessa ilação, uma vez que bastaria que todos os demais que votaram antes se valessem da mesma saída argumentativa com vistas ao cenário de uma irresponsabilidade geral.

Com relação ao administrador de fato – e aqui não há distinção entre sociedade limitada e sociedade anônima –, aplicam-se as mesmas premissas fundamentadoras ora enfrentadas, exceto, por óbvio, quando o tipo penal trouxer previsão de uma qualidade especial para a figura do autor.

2.1.3 Sociedades Anônimas

Nessa toada, transposta a análise para o âmbito das sociedades por ações, depara-se, aqui, com um cenário sensivelmente mais complexo, uma vez que a gestão da empresa poderá incumbir tanto à diretoria em conjunto com o conselho de administração, órgão societário este de constituição mandatória para as sociedades anônimas de capital aberto, cujas ações são negociadas na bolsa de valores, e para as de capital autorizado, conforme artigo 138, §2º, da Lei das Sociedades Anônimas, como exclusivamente àquela, a teor do disposto no *caput* desse mesmo dispositivo legal.

Com efeito, no tocante à diretoria, a quem se atribui a gestão da empresa e sua representação em todos os atos revestidos de juridicidade, muito embora não seja um órgão societário colegiado, logo, como regra, os diretores tomam suas decisões individualmente, passíveis, portanto, de uma responsabilidade penal de ordem pessoal, não há impedimento legal para que se exija, via disposição estatutária, em determinadas situações, que as decisões sejam tomadas por uma pluralidade de membros, os quais assumem a condição de garantidores originários, de modo que, não havendo a estruturação em departamentos com competências próprias, a gestão da fonte de perigo se dará no plano comum entre todos os diretores, fazendo emergir o dever de vigilância sob uma perspectiva horizontal, tal qual se dá com relação à sociedade limitada. Caso haja essa estruturação, a esfera de controle igualmente sofrerá restrição, não comportando intervenção de um dirigente na esfera de departamento alheio, donde se depreende pela ausência de conduta omissiva ensejadora de eventual responsabilidade penal, dada a incapacidade de ação.

Cumpra ressaltar que tanto a eleição como a destituição dos diretores competem ao conselho de administração – na inexistência deste, à assembleia-geral –, além de ser possível ao mesmo promover a modificação no tocante aos poderes e atribuições dos diretores e também a fiscalização dos atos destes, conforme rol de competências do artigo 142 da Lei das Sociedades Anônimas.

A propósito, de acordo com o artigo 158, §1º, da Lei das Sociedades Anônimas, como regra, um administrador não será responsável – civilmente, pise-se – por ato ilícito de outro administrador, exceto se conivente, se negligente na identificação do desvio ou se, ciente, se mantiver inerte. Para elidir a responsabilidade, deverá, portanto, comunicar tal ocorrência imediatamente ao conselho de administração (na falta deste, à assembleia de acionistas), que, conforme sobredito, detém poderes de destituição de diretores, sendo certo que, havendo uma mútua penetração entre departamentos, poderá o diretor intervir diretamente, na medida de sua possibilidade física.

Aqui se está a falar, apenas para que não pare dúvidas, sobre os chamados diretores estatutários, de forma que, caso se tratem de diretores celetistas, contratados para determinadas funções, sob relação de vínculo empregatício para com a sociedade por ações, muito embora recebam o “título” interno de “diretores”, não são os mesmos destinatários de permissivo legal para o exercício da administração da empresa, de modo que suas obrigações profissionais ficam limitadas ao quanto disposto no contrato individual de trabalho, funcionando, quando muito, como garantidores secundários, exceto se extrapolarem tais deveres, donde se tem que sua posição garantidora deflui da direta assunção de responsabilidade (artigo 13, §2º, alínea *b*, do Código Penal).

O conselho de administração, por seu turno, é órgão colegiado que, ao lado da diretoria, compõe o sistema dual das sociedades anônimas e exerce a administração da empresa, conforme §2º do artigo 138 da lei de regência. Os membros do conselho são eleitos e destituídos pela assembleia-geral de acionistas; suas atribuições e poderes são previstos no artigo 140 da Lei das Sociedades Anônimas, com destaque para os seguintes: (i) fixar a orientação geral dos negócios da companhia; (ii) eleger e destituir diretores e fixar suas atribuições, observando o disposto no estatuto social; (iii) fiscalizar a gestão dos diretores, entre outros.

Nesse passo, no âmbito do conselho de administração, não se está diante de modelo de delegação de funções, mesmo porque vedada tal prática entre órgãos da administração, conforme inteligência do artigo 139 da Lei das Sociedades Anônimas, havendo, portanto, uma articulação cooperativa entre o conselho e a diretoria, estando ambos no mesmo piso hierárquico (embora possa haver disposição estatutária em sentido diverso, situação em que haverá de prevalecer a orientação autorreguladora), razão pela qual tem-se que os membros do conselho de administração assumem, perante atos lesivos a terceiros, a posição de garantidores, em que pese não tenham atribuição para tomar decisões isoladamente, devendo a tomada de decisão do conselho ser ilustrada pela somatória das vontades individuais dos membros do conselho.

Tal estrutura de gestão societária dúplice, em especial pelo crivo da colegialidade intrínseco a diversas atividades gestoras, confere um cenário de absoluta nebulosidade no campo da imputação da responsabilidade penal, porquanto, partindo-se da premissa de que as decisões são tomadas, nesses casos, a partir da apuração de votos, bastando, para o quórum de deliberação, maioria absoluta, depara-se com um cenário movediço.

Com efeito, não havendo unanimidade, fica a questão de como se procederá com relação àqueles que divergiram desta maioria, bem como, com relação aos que votaram junto com o grupo vencedor, se poderiam ser responsabilizados criminalmente pelo resultado lesivo eventualmente decorrente da decisão tomada nesta deliberação, uma vez que o Direito Penal se escora no primado da responsabilidade individual e, cada voto, isoladamente considerado, não teria o condão de causar o resultado previsto pela norma, mas apenas a somatória de todos os votos naquele sentido, não havendo que se falar em concurso de agentes, uma vez que não houve adesão ou aquiescência quanto às condutas alheias, uma vez que os votos partiram de considerações individuais de cada membro daquele órgão, havendo a adição apenas para efeitos de consolidação da deliberação.

Não obstante, os membros do conselho de administração assumem a posição de garantidores originários, mas, se por um lado, não é necessário controle total e irrestrito sobre a empresa para a assunção de tal posição, certo também que têm capacidade de vigilância limitada pela estrita esfera de competência do conselho, em especial naquilo que diz respeito à nomeação e destituição de membros da diretoria, à supervisão gestora da empresa e à avalização de operações negociais. Em tempo, oportuno registrar que os

membros do conselho de administração somente têm poder de vigilância sobre a diretoria, não se estendendo aos demais funcionários da empresa.

Tal discussão acerca do dever de garantidor de vigilância dos membros do conselho de administração não alcança a compreensão deles, registre-se, sob a figura de garantidores de proteção, uma vez que a empresa está em situação de desvalimento, dada sua impossibilidade física de se proteger sem a intervenção de sua cadeia executiva, e há relação de tutela para com o objeto da empresa, a teor do disposto no artigo 142 da Lei das Sociedades Anônimas, que elenca as competências para proteção patrimonial.

Desta feita, chegando ao conhecimento de um conselheiro a existência de uma situação de perigo a bem jurídico provocada no âmbito do próprio conselho, a ação que dele se espera se restringe à comunicação à assembleia de acionistas ou ao conselho fiscal (caso constituído), ficando sua capacidade interventiva, desse modo, bastante limitada, salvo se este conselheiro officiar na qualidade de diretor ou se estiver no pleno exercício fiscalizatório da atividade diretiva, na linha do disposto no artigo 158, §1º, da Lei das Sociedades Anônimas.

De mais a mais, oportuno pontuar que as normas de direito societário somente assumem a qualidade, no plano penal, de fontes indiciárias, de modo que oferecem instruções iniciais para eventual verificação de responsabilidade penal, não havendo conexão direta entre eventual responsabilidade civil e a relevância penal da conduta.

2.2 Enquadramento dos membros da corporação

Pois bem, de rigor, então, por ser elementar no tocante à tipicidade objetiva, que se debruce sobre o enquadramento, ou não, da posição de garantidor por parte dos dirigentes de sociedades anônimas e limitadas, dentro do contexto da cadeia executiva, com relação aos comportamentos criminosos praticados por integrantes dessas corporações, seja no plano da verticalidade como no da horizontalidade, a fim de que, colhidos elementos sólidos, seja possível afastar a indesejada responsabilidade penal por posição, por incompatível com um modelo democrático de Estado, fundado no pilar da responsabilidade subjetiva, e, por outro

lado, a denominada irresponsabilidade organizada⁵¹, mas isso será enfrentado, de modo mais incisivo, por ocasião do fechamento do presente estudo.

Dentre essas figuras legalmente firmadas e considerando a casuística que envolve a criminalidade de empresa, duas vias justificantes se apresentam argúveis, sendo uma justamente a que enquadra a atividade empresarial sob a qualidade de fonte de perigo, a ser controlada pelo garantidor, e outra que diz com o domínio sobre as ações dos subordinados.

A primeira se afigura como sendo a mais admitida pela doutrina⁵², porquanto uma empresa, lícitamente constituída, se consubstancia sob o aporte de fonte de perigo permitida, tanto que garantida constitucional (artigo 5º, incisos XIII e XVII, da Constituição Federal) e legalmente (artigo 170 do Código Civil e Lei nº 6.404/1976 – Lei das Sociedades Anônimas) a associação de pessoas para o fim da implantação e desenvolvimento de uma atividade de natureza empresarial, ao passo que aos seus dirigentes e controladores incumbiria o dever de agir, dentro de uma esfera de possibilidade, para manter essa fonte de perigo inserta em padrões de aceitabilidade, afastando a ocorrência da evolução de tais perigos para o plano da realização de resultados típicos, lesivos a terceiros.

Como premissa básica, liberdade traz consigo *standards* de responsabilidade, donde, embora seja um risco permitido a constituição de uma empresa e a prática de atividades econômicas por meio dela, há, de outra mão, a responsabilidade inculpada no dever de impedir que, ao se fazer isso, se intervenha danosamente na esfera de terceiros que compõem a coletividade, sendo oportuno registrar que esse dever não se restringe apenas a atividades naturalmente revestidas de perigosidade, mas alcança também quaisquer atividades que possam intervir negativamente sobre o espectro de bens jurídicos alheios.

⁵¹ Schünemann, embora não seja o criador dessa denominação, a consolida em sua obra (SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine untersuchung der verantwortlichkeit der unternehmen und ihrer führungskräfte nach geltendem und geplantes straf- und ordnungswidrigkeitenrecht*. Munique: Carl Heymanns Verlag, 1979. p. 34.).

⁵² Para ilustrar, veja-se: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direito Penal Empresarial...** op. cit. pp. 205 e seguintes. Veja-se também, agora na doutrina estrangeira, muito embora este autor alemão defenda que a justificação material não remonta à existência de um perigo propriamente dito, mas, sim, a um “juízo de ponderação de interesses”: FRISCH, Wolfgang; MIR PUIG, Santiago (coord.); PEÑA, Diego Manuel Luzón (coord.). *Problemas Fundamentales de la Responsabilidad Penal de los Órganos de Dirección de la Empresa: responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo*. In: **Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto**. ISBN 84-7698-403-0. Barcelona: Bosch, 1996. pp. 112-113.

Em tempo, é de serem diferenciados os cenários em que o centro do perigo reside em pessoas e objetos, uma vez que com relação a esses há um dever geral de controle, o que não se dá quanto àquelas, eis que exigida uma relação de autoridade, condutora do direito de ordenação dentro uma corporação, de modo que, havendo a delegação de tarefas no âmbito diretivo, dever-se-á estar incluída na delegação a capacidade de direção, para que o delegado seja investido na posição de garantidor, conforme será discutido ao final do presente estudo.

Por outro lado, há quem sustente a figura do garantidor em razão da relação de comando sobre os colaboradores, haja vista o poder de orientação e também de exercício de uma comunicação impositiva sobre os mesmos, donde se deprenderia uma maior capacidade interventiva no fluxo causal empreendido pelo colaborador, sob uma aferição verticalizada, haja ou não relação sob vínculo empregatício, eis que válida qualquer relação de mando e subjugo, até mesmo a relação entre o conselho de administração de uma sociedade anônima e o corpo diretivo da mesma ou, em um exemplo mais simples, a comunicação entre um funcionário e o gerente a quem se reporta.

Nesse ponto, Schünemann traça um paralelo com a teoria do domínio do fato para fundamentar a posição de garantidor em razão do comando sobre os colaboradores, eis que o dirigente teria poder gestor sobre o colaborador e também concentraria maior grau de conhecimento sobre a operação organizacional, tanto interna como externamente, de forma que esse quadro se equipararia à definição da autoria mediata no contexto de um aparato organizado de poder⁵³, construção edificada por Roxin para distinguir autoria e participação no tocante aos crimes comissivos.

Ainda, a contrapor o argumento atinente à autorresponsabilidade do subordinado, de modo que, sendo ele penalmente capaz, não caberia a quem quer que seja, nem mesmo seu superior hierárquico, agir para impedir que o mesmo pratique um ato ilícito, Schünemann argui que o subordinado, em realidade, não age por vontade própria, sendo sua autonomia uma mera ficção, de modo que suas ações, uma vez inserido em estruturas organizacionais, seriam reflexo direto das ordens recebidas dentro da cadeia mandatória, de forma que, ajustados o poder diretivo, o controle cognitivo sobre a operação e a exequibilidade de suas ordens por parte do subordinado, este não agiria por si, mas em representação àquele que

⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität...* op. cit. p. 110.

exarou o comando, donde se extrairia a responsabilidade deste e não daquele, mas a posição de garantidor daquele que está no degrau superior da estrutura empresarial somente se afigura plausível se e quando o subordinado tiver agido atendendo a interesses da corporação e não para satisfazer anseios próprios.⁵⁴

Nesse passo, Heloisa Estellita cita o caso “*mobbing*”, julgado pelo BGH (Tribunal Superior alemão, equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça | BGHSt 57, 42), no qual um supervisor de um canteiro de obras teve a si imputada pelo órgão acusatório a responsabilidade penal, por ostentar supostamente a posição de garantidor, pelas lesões corporais sofridas por um funcionário a ele subordinado, lesões essas provocadas diretamente por outros dois funcionários ao longo do interregno de alguns anos, sob a motivação de retaliação por aquele ter se matriculado em curso de formação profissional. O BGH absolveu o supervisor, por entender que não havia relação entre tais agressões e as atividades encarregadas ao funcionário agredido, bem como por não ter sido demonstrada correlação com o perigo natural decorrente da atividade exercida por aquela pessoa jurídica, restando apenas a figura da omissão de socorro, crime em sua forma pura, decisão esta que recebeu algumas críticas por parte da doutrina penal alemã, tendo sido considerada exageradamente restritiva, pois, em que pese as agressões não tivessem relação de inerência quanto à atividade econômica da empresa, também não se poderia negar que os 03 funcionários somente tiveram contato em virtude da inter-relação havida pela estrutura organizacional da atividade profissional por eles exercida no âmbito daquela empresa.⁵⁵

Nesse contexto, pise-se, indeclinável que se tenha por demonstrada a cognoscibilidade do fenômeno fático por parte do garantidor, porquanto não basta a capacidade física para agir com vistas à evitação do resultado lesivo, é imprescindível que o mesmo tenha conhecimento da ocorrência do ilícito. Há aqueles que defendem a exigência de uma consciência efetiva e plena, ao passo que, para outros, basta uma potencial consciência.

Conforme preleciona o Professor Pierpaolo Cruz Bottini, a simples “*possibilidade de percepção do contexto e dos meios de salvamento basta para a imputação do resultado, ao menos a título de culpa, caso verificado que a falta de consciência decorreu de desídia ou*

⁵⁴Ibidem. p. 104.

⁵⁵ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade Penal de Dirigentes...** op. cit. pp. 135-136.

de imprudência do omitente”. E prossegue averbando que essa cognoscibilidade pode ser verificada por meio de uma prognose póstuma objetiva, com base na aferição da inserção social do garantidor e da especialidade de seus conhecimentos⁵⁶.

Contudo, o simples fato de exercer um poder diretivo e de deter amplitude cognitiva sobre a operação empresarial não eleva o dirigente à condição imediata de garantidor, pois o empregado, ao agir de modo ilícito, não o faz em observância e atendimento a uma ordem proferida por aquele; e, se o fizer, pise-se, não se estará a falar sobre condutas omissivas, mas, ao contrário, estar-se-ão em pauta condutas comissivas, uma vez que o dirigente terá agido no plano do induzimento, amoldando-se sua posição dentro do espectro de responsabilização penal na condição de partícipe, dada a sua qualidade de mandante.

Além disso, não há que se falar propriamente, nos moldes atuais, em uma relação de domínio e subserviência na relação de trabalho na ambiência empresarial, geradora de absoluta incapacidade por parte do empregado, diferentemente do que ocorre em outras relações sociais, como a entre genitores e filhos, ou seja, não age em obediência a comandos, donde se deprenderia, também, por via oblíqua, uma nefasta e indesejável responsabilidade do dirigente pela posição formal que ocupa, mesmo porque não será sempre, ainda que alcance ciência plena, que terá condições fenomenológicas de intervir no fluxo causal para conter o alcance do resultado naturalístico decorrente de conduta comissiva praticada pelo empregado.

De se atentar, mais, para a transmutação no modelo organizacional das corporações modernas, em que cada vez mais vem sendo abandonado o modelo gerencial de imposição vertical, dando lugar para estruturas um pouco mais horizontalizadas, com divisão de funções e correlata coordenação cooperativa por parte de todos os *stakeholders* internos⁵⁷, notadamente no que diz respeito à interação funcional percebida entre empregado e dirigentes.

Nessa ordem, Heloisa Estellita rechaça posicionamentos no sentido de que a verificação da posição de garantidor se restringiria a atividades potencialmente perigosas em

⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Omissão Imprópria**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 46.

⁵⁷ Os *stakeholders* internos de uma empresa são todos aqueles que têm algum interesse envolvido na operação desenvolvida pela estrutura organizacional e que estão posicionados dentro da própria ambiência empresarial.

decorrência da própria natureza da atividade empresarial, como aquelas produtoras de resíduos tóxicos, as que atuam no mercado de capitais, entre outras, pois, de acordo com a autora, mesmo empresas que, *prima facie*, exploram atividades destituídas de riscos potenciais são capazes, no plano da plausibilidade fenomenológica, de implementar danos na esfera de terceiros estranhos à organização empresarial, donde cita, como exemplos, a possibilidade de eventuais fraudes na escrituração contábil por parte da controladoria, a desaguar em provável sonegação fiscal, e a oferta de vantagens indevidas em certames licitatórios por parte do departamento comercial de uma empresa que se habilite a concorrer naquele procedimento licitatório, ou seja, tais empresas podem desenvolver atividades absolutamente inofensivas no tocante ao seu *core business*, mas eventuais desvios ativos de conduta por parte de seus membros podem, sim, representar riscos concretos a pessoas externas à organização. Nesse ponto, Estellita menciona o caso *Berliner Stadtreinigungsbetriebe*, julgado, em 2009, pelo BGH (BGHSt 54, 44), em que se verificou o ajuste de um procedimento fraudulento nos cálculos atinentes ao serviço de limpeza por parte do departamento competente da empresa contratada para executar tal serviço na cidade de Berlim-ALE, o que gerou prejuízos econômicos a diversos usuários, caracterizando conduta típica semelhante ao crime de estelionato previsto em nosso estatuto repressor (§ 263 StGB ≈ artigo 171 do Código Penal)⁵⁸.

Ainda, Estellita prossegue posicionando-se pela igual inadequação da fixação da posição de garantidor oriunda exclusivamente da depreensão das bases da ingerência indevida, eis que, dada a dinamicidade da atividade empresarial moderna, pode acontecer de o criador do risco não permitido não mais integrar o organograma da empresa por ocasião da realização desse risco no plano concreto, uma vez que anos podem mediar uma ocorrência e outra. A confortar esse raciocínio, aponta como caso paradigma o vertido nos HCs nº 94.543 e 95.941⁵⁹, que tiveram como objeto uma inundação provocada pelo rompimento de

⁵⁸ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade Penal de Dirigentes...** op. cit. p. 123.

⁵⁹ No contexto do HC nº 95941/RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho (DJe em 30/11/2009), ficou averbado o seguinte: “HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELOS CRIMES DE INUNDAÇÃO, POLUIÇÃO E NÃO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL (ARTS. 254 DO CPB E 54, CAPUT, § 2o., III, E 68, CAPUT, DA LEI 9.605/98). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS OU COMISSIVOS POR OMISSÃO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE NO EVENTO DELITUOSO. QUESTÃO CONTROVERTIDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. MATERIALIDADE COMPROVADA. SITUAÇÃO IDÊNTICA, TODAVIA, AO HC 94.543/RJ (RELATOR P/ O ACÓRDÃO MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.10.09). POSIÇÃO DE GARANTE. ART. 13, § 2o., DO CPB. IMPOSSIBILIDADE DE AGIR (REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO AUSENTES). CONSTRANGIMENTO ILEGAL

uma barragem aproximadamente 10 anos após a recomendação para sua desativação, de modo que o diretor responsável na época do rompimento não ocupava tal cargo por ocasião da omissão quanto à desativação da barragem, fonte efetiva do perigo. A mesma autora conclui, portanto, sob essa estrutura de raciocínio, ser mais comum a ingerência no contexto de pequenas e micro empresas, naturalmente por serem dotadas de organizações muito mais enxutas e menos voláteis, ao contrário das médias e grandes corporações, sendo certo que, no âmbito dessas, seria mais apropriado falar em ingerência e posterior assunção.⁶⁰

No tocante à divisão de funções e à delegação de tarefas, importante definir quem são os gestores/administradores/diretores que assumem deveres de vigilância quando aos atos dos delegados, eis que, no que diz respeito ao dever legal de vigilância em decorrência de atividades originariamente oferecedoras de risco, não há controvérsia. Essa individualização de atribuições, corroboradas por perspectivas colhidas no plano da realidade fenomenológica, é de elevada importância, para fins de uma imputação individual de responsabilidade penal dentro de padrões mínimos democráticos.

Ainda, deve-se verificar se o fato criminoso pode ser compreendido no âmbito da esfera de interesse da corporação ou se o extrapola, representando mais um interesse escuso

CONFIGURADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, CONTUDO, COM A RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR, PARA TRANCAR, COM RELAÇÃO AO PACIENTE, A AÇÃO PENAL 2004.51.03.000047-9. 1. O trancamento da Ação Penal por falta de justa causa é medida excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 2. Neste caso, não se pode negar que se apuram condutas lesivas por omissão, sendo certo que todos os envolvidos tinham plena ciência da provisoriedade da barragem que se rompeu e causou o gigantesco desastre ambiental, bem como da necessidade da adoção de soluções mais eficazes de eliminação do lixo tóxico. 3. As decisões tomadas em determinada data podem ser decisivas quando se trata de crime ambiental, pois suas consequências só aparecem tempos depois, o que torna imprescindível a avaliação de todo o encadeamento histórico que originou o estrago ambiental. 4. Na hipótese, não se pode olvidar que bem antes de os pacientes perderem a propriedade da fazenda em que situada a barragem que se rompeu, foram alertados sobre a necessidade de seu esvaziamento, eis que construída em caráter absolutamente provisório. Havendo omissão em atender a essa advertência, sua relevância e o nexo de causalidade com o evento criminoso, ocorrido anos depois, somente poderá ser verificado por meio do regular andamento da Ação Penal, sob o crivo do amplo contraditório. Documento: 925501 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 30/11/2009 Página 1 de 4 Superior Tribunal de Justiça 5. Todavia, no julgamento do HC 94.543/RJ (Rel. p/ o acórdão Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 13.10.09), consignou-se que, para que um agente seja sujeito ativo de delito omissivo, além dos elementos objetivos do próprio tipo penal, necessário se faz o preenchimento dos elementos contidos no art. 13 do Código Penal, isto é, uma situação típica ou de perigo para o bem jurídico, o poder de agir e a posição de garantidor. 6. Assim, ausente um dos elementos indispensáveis para caracterizar um agente sujeito ativo de delito omissivo – no caso em exame, o poder de agir –, previstos no art. 13 do Código Penal, falta justa causa para o prosseguimento da ação penal, em face da atipicidade da conduta. 7. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 8. Ordem concedida, todavia, com a ressalva do entendimento do Relator, para trancar, com relação ao paciente, a Ação Penal 2004.51.03.000047-9.”

⁶⁰ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade Penal de Dirigentes...** op. cit. pp. 124-125.

próprio do agente ou de terceiros, eis que, nessa segunda hipótese, não há como exigir da organização a adoção de medidas preventivas. Portanto, partindo-se da orientação de que a posição de garantidor dos membros de uma corporação encontra sua pedra de toque no domínio sobre esta, havida como fonte de perigo, apenas as ocorrências delitivas que guardem ponto de contato com os processos originários da empresa poderão ser compreendidas sob o âmbito de vigilância de tais componentes da cadeia executiva, passando eles a ter, assim, o dever de agir para impedir o resultado lesivo.

E, aqui, há um ponto relevante. Em matéria de responsabilidade penal, imperioso ter em conta que terá valor o que ocorrer de fato, ou seja, eventual designação de função em contrato social ou qualquer outro instrumento societário constitutivo não implicará, de modo automático, a responsabilidade de tal pessoa por eventual lesão ou risco de lesão a bem jurídico-penal de terceiros, pois, caso seja presença meramente figurativa, sem o respectivo exercício de fato da gestão parcial ou total da empresa, não poderá ser responsabilizado por eventual ilícito penal, seja comissivo, omissivo puro ou comissivo por omissão, ao passo que, em raciocínio inverso, aquele que não se encontra formalmente designado em instrumento societário, mas na prática exerce atividade de administração empresarial, poderá, sim, ter a si imputada a responsabilidade pela ocorrência de eventual infração penal sobre a qual tinha o dever de impedir o resultado lesivo. Portanto, para que assuma esse dever de vigilância, imprescindível que o dirigente exerça de fato papel de controle sobre a gestão empresarial.

Nesse passo, tem-se que os membros da cadeia executiva podem assumir, conforme o caso, a posição de garantidores de vigilância originários, sendo certo que, ao menos como regra geral normativa societária, todos estão obrigados perante as atividades exercidas pela corporação, salvo disposição específica em contrário no instrumento constitutivo da sociedade, seja ela limitada (administrador designado) ou anônima (membros da Diretoria e, havendo, do Conselho de Administração, entre os quais, pise-se, não há relação de subordinação). Portanto, não havendo departamentalização na companhia ou sendo o processo decisório colegiado (entre os diretores dos mais variados departamentos), a responsabilidade pela fonte de perigo será compartilhada, assim como será mútuo o dever de fiscalização.

Oportuno ressaltar que os diretores que detenham vínculo empregatício com a companhia não assumem, em um primeiro momento, essa condição de garantidores originários de vigilância, mas apenas derivados (por assunção), conforme o caso, exceto se denotarem conduta oposta aos regulares e legítimos interesses da organização.

Nas sociedades empresárias limitadas, havendo horizontalidade na compreensão das funções e não sendo permitida ao administrador a interferência em departamentos estranhos, somente poderá este se insurgir no momento das deliberações, contudo, caso cumule participação societária, preservado fica seu dever vigilante quanto aos demais sócios, cabendo-lhe comunicar aos demais que dividam com ele a posição de sócio eventual cometimento de ilícito penal e inclusive agir de plano, caso a urgência da medida assim reclame. Os sócios preservam o dever de vigilância quanto aos administradores que não compõem o quadro societário, ao passo que, havendo rigorosa departamentalização, com designação específica e bem detalhada, cada administrador não terá a si atribuído o dever de vigilância quanto ao de outro.

Ainda, conforme sobredito, de acordo com o artigo 158, §1º, da Lei nº 6.404/1976, o diretor de uma sociedade anônima que tenha conhecimento da prática em curso de atividade ilícita por parte de algum membro da corporação e com ela não compactue e nem negligencie no que toca a essa ciência, a fim de se ver livre de qualquer responsabilidade, deverá consignar sua dissidência em ata do órgão de administração respectivo ou, na impossibilidade de tal realização, comunicar, de pronto e por escrito, tal órgão, via conselho fiscal, acaso estruturado, ou à assembleia-geral de acionistas, sendo este, portanto, o limite preciso de seu dever.

Ademais, os membros do conselho de administração não detêm poder gestor, logo, não ostentam dever de vigilância sobre os integrantes da companhia estranhos às cadeiras diretoras, razão pela qual apenas naquelas matérias dependentes, por vocação de competência estatutária, de sua prévia aprovação se poderá falar de eventual responsabilidade penal por omissão de tais pessoas. Com relação aos acionistas componentes de uma sociedade anônima, caso esta tenha conselho de administração instituído, ficará inviável se falar de contribuição omissiva relevante, do ponto de vista penal, por parte de tais pessoas, quadro que já se mostra sensivelmente diferente no que toca ao acionista controlador.

3 CRIMINAL COMPLIANCE E SUA CONFLUÊNCIA NA CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL

De acordo com dados colhidos na edição de 2014 do Estudo Global sobre Fraude, edificado pela *Association of Certified Fraud Examiners – ACFE*, o ticket médio das práticas fraudulentas em corporações perfaz o montante de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares). Em aproximadamente 20% dos casos analisados em tal trabalho de pesquisa, os funcionários beneficiados pelas fraudes que lesaram suas respectivas companhias se desligaram delas com valores na ordem de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares). Ainda no tocante a este estudo, em 80% das vezes, os fraudadores eram do sexo masculino e trabalhavam há muitos anos na empresa, não tendo jamais tido qualquer apontamento funcional desabonador, donde se conclui que não eram pessoas que sempre visaram tais práticas desonestas, mas foram levadas a ela por situações favorecedoras, destituídas de controle, e/ou por dificuldades financeiras pessoais⁶¹.

Por outro lado, no degrau mais alto dessas fraudes, ou seja, no âmbito executivo, uma das práticas mais recorrentes diz com o famoso “*cook the books*”, que significa alterar os livros contábeis, com vistas à demonstração de um resultado positivo ou mais positivo que o efetivamente alcançado pela operação, intentando, com isso, o atingimento de metas e o consequente recebimento de bônus ou prêmios vinculados a critérios de desempenho.

Considerando, mais, que a corrupção internalizada nas mais diversas nações tem representado um prejuízo sem precedentes na ordem econômica, em torno de 5% do PIB mundial, tem-se que, para o perfeito funcionamento de um sistema de responsabilidade operacional, imprescindível que seja estruturada uma clara distribuição de funções, com a definição das atribuições de cada um dos *stakeholders*, tendo-se por base a preocupação com o fato de não proporcionar ao tomador da decisão a oportunidade de ser um dos diretamente beneficiados pela mesma, a fim de se preservar critérios mínimos de isenção e de racionalidade por parte do decisor. Além dessa separação funcional, irrenunciável a organização de um sistema de controle, seja por meio de trabalhos de auditoria, de modo que esta controladoria esteja definida em índices claramente delineados.

⁶¹ ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS. Disponível em: <www.acfe.com/>. Acesso em 22 set. 2019.

Em prosseguimento, tem-se que a corrupção deve ser combatida não apenas por ofender ditados éticos ou legais, mas também por ser um canal direto de prejuízos financeiros e sociais, tanto que, de acordo com organismos internacionais que cuidam do tema, ela é uma das causas da desigualdade social no mundo. É fato que a corrupção retira do mercado econômico em que inserida a credibilidade necessária e implanta, nesse passo, um cenário de absoluta insegurança jurídica, criando empecilhos para o regular crescimento econômico.

Há diversos documentos internacionais versando sobre este tema e as formas de enfrentamento, como, por exemplo, a Convenção da Organização das Nações Unidas Contra Corrupção – UNCAC, a Iniciativa de Parceria Anticorrupção, elaborada pelo Fórum Econômico Mundial, além de outras proposições trazidas por entidades também ligadas à questão, como a Câmara Internacional de Comércio e a Transparência Internacional – entidade sem fins lucrativos que tem suas atenções voltadas para a promoção e difusão da transparência nas relações negociais e governamentais –, com seus princípios de negócios, entre outras.

A propósito, o Pacto Global das Nações Unidas defende a observância de 10 princípios universais, sendo o último justamente o dever das corporações de combater a corrupção em todos os seus aspectos. Portanto, trata-se de temática que está no centro das atenções da ordem jurídica e econômica mundial.

Em tempo, importante destacar, além do *U. K. Bribery Act*, de 2010, a lei federal anticorrupção *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*, ferramenta legal estadunidense promulgada em 1977 e impulsionada pelo emblemático caso *Watergate*, que, embora menos onerosa que a lei britânica em diversos aspectos, volta seu foco para o tratamento da corrupção transnacional envolvendo corporações relacionadas aos Estados Unidos da América, e o faz por meio de disposições contábeis e antissuborno, sendo a Comissão de Valores Mobiliários a responsável pela coordenação e ao Departamento de Justiça é atribuída a fiscalização do cumprimento.

Com efeito, a FCPA exige transparência contábil e veda a realização de práticas corruptivas no âmbito da avença de negócios comerciais, de modo que as empresas estadunidenses, em sua grande maioria, exigem que aqueles que visem com elas iniciar tratativas negociais apresentem postura sob esses padrões, tanto que são diligentes no que

toca a estas questões, eis que precisam estar seguras de estarem se relacionando com parceiros que gozam de boa credibilidade junto ao mercado de inclusão.

A inobservância às diretrizes da FCPA pode trazer sensíveis transtornos às empresas violadoras, uma vez que as multas e demais sanções são bastante impactantes, sendo certo que empresas brasileiras que desejem praticar comércio internacional ou firmar parcerias de negócios com empresas estadunidenses deverão ter em mente, como ponto de partida, a necessidade irrenunciável de terem estruturado internamente um departamento de *compliance*, exercido com absoluta independência e comprometimento. Tanto é assim que, sobretudo em virtude da FCPA, é bastante comum que empresas estadunidenses realizem a chamada *due diligence* junto à empresa com quem intentam se relacionar, pesquisando dados e analisando fatores como a reputação da corporação em seu mercado interno, se é alvo de alguma investigação ou processo penal, como se posiciona ante a legislação anticorrupção nacional, se há envolvimento político, entre outros pontos de relevo.

Importante observar que a FCPA tem aplicabilidade no território nacional, caso empresas brasileiras mantenham negócios com empresas estadunidenses, sejam subsidiárias delas ou estejam listadas na Bolsa de Valores de lá, responsabilidade extensiva às pessoas físicas que efetuarem pagamentos indevidos no território dos EUA. No tocante às *holdings* estadunidenses, são elas responsáveis por atos de suas subsidiárias brasileiras caso tenham autorizado, controlado ou dirigido as atividades destas, bem como *domestic concerns* que sejam empregados ou mantenham atuação em benefícios de tais subsidiárias.

3.1 Introdução às noções de *compliance*

Com efeito, as corporações modernas têm se deparado com uma necessidade cada vez maior de estabelecer regras de conduta e de adotar medidas de cunho preventivo, com observância rotineira de tais preceitos e sempre com respeito aos aspectos multiculturais.

Nesse passo, eis que se chega ao *compliance*⁶², notadamente no que toca à sua célula de interesse penal. É bem verdade que a implantação de um programa organizado e

⁶² Termo que deriva de *to comply*, verbo da língua inglesa que designa cumprir, obedecer, satisfazer o quanto determinado, donde se depreende que *compliance* pode ser definido como o dever de observar determinados

estruturado de *criminal compliance* em uma companhia não implica necessariamente a extirpação de toda e qualquer prática em desconformidade, mas certamente trará tais ocorrências a patamares bem mais reduzidos, sem a oportunidade de impactar de modo sensível e negativo a organização, protegendo sua integridade. É uma forma de autorregulação regulada, pois há uma transferência da responsabilidade pela fiscalização do Estado para as organizações privadas ou até mesmo públicas.

Segundo Luiz Roberto Antonik, baseado nas diretrizes emanadas pela *Global Integrity Summit*, da *Griffith University*, a implementação de um programa de *compliance* presume a observância de cinco aspectos basilares: regulamentação (normas claras e difundidas), educação (formação dos *stakeholders* sob padrões éticos), cooperação (colaboração entre Estados e instâncias regulamentares e investigativas), transparência (publicização de informações) e independência (plena liberdade apurativa)⁶³.

A gestão do risco de *compliance* não difere em sua base da gestão comum de riscos, pois demanda a mensuração do risco, sua mitigação e uma constante avaliação e, se necessária, revisão do processo, que se alicerçará em alguns indicadores determinantes, como os *key risk indicators* (potencialização da sujeição ao risco regulatório e/ou reputacional) e os *key breach indicators* (a desconformidade da corporação já atingiu negativamente a sua reputação)⁶⁴.

Tanto no que toca aos riscos financeiros como no que diz respeito aos riscos reputacionais, o escopo do programa de *compliance*, como dito, consiste em reduzir sensivelmente a incidência de desvios de conduta e proporcionar meios para a identificação de eventuais irregularidades, as quais deverão ser objeto de direta comunicação e solução, minimizando, com isso, a potencialidade de tais riscos.

padrões éticos e legais de conduta e de agir em conformidade com eles, respeitando regimentos internos, diretivas corporativas, disposições legais e constitucionais. E, de fato, a palavra que melhor traduz *compliance* é conformidade, donde surge a expressão risco de *compliance*, que nada mais é do que o risco de sobrevirem prejuízos financeiros e/ou reputacionais por via de sanções ou outras medidas por parte dos órgãos competentes para a supervisão/fiscalização, em razão da desconformidade à aderência a preceitos legais, técnicos, regulamentares, normativos, códigos de conduta e boas práticas ou padrões de autorregulação.

⁶³ ANTONIK, Luis Roberto. *Compliance...* op. cit. pp. 47-48.

⁶⁴ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (orgs.) et al. *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

O *compliance* teve seu nascedouro no âmbito das instituições financeiras, onde passou a ser concebido como um instrumento regulatório indeclinável, passando, com o evoluir do tempo, a outros segmentos, tanto na esfera privada como na pública, sobretudo após a ebulição de diversos casos de governança corporativa equivocada, como, a título de exemplo, os casos Parmalat, Banco Barings, Enron Corporation e Tyco, entre outros de semelhante repercussão.

Dessa forma, imprescindível, para o seu funcionamento a contento, que o programa de *criminal compliance* conserve absoluta e integral independência, bem como esteja suscetível a um plano de responsabilidade. Um programa de integridade, por si só, se constitui em um dever ético, merecedor de observância sem qualquer intuito de obtenção de recompensa, embora, como afirmado, os benefícios ambientais, econômicos e sociais sejam inerentes, assim como a elevação do valor corporativo e da vantagem competitiva, os quais derivam, ao menos em parte, da credibilidade da marca; são todos valores crivados pela intangibilidade.

A fim de evidenciar o compromisso com o estímulo à cultura de integridade na empresa, de rigor que os membros da cadeia executiva empreguem recursos e tempo suficientes para oxigenar o programa de *compliance*, monitorando o desenvolvimento e participando tais preocupações nos processos de decisão corporativa, com aplicação de medidas retrospectivas.

Dentro de uma concepção moderna de administração de empresas, em especial neste cenário da 4ª Revolução Industrial, de longe superada a ideia de que *compliance* é custo; há de ser considerado sempre um investimento, com vistas à preservação e consolidação da imagem da organização e também com o objetivo de obstar/mitigar eventuais prejuízos financeiros. Com efeito, de acordo com discurso proferido por Arnold Schilder no *Asian Banker Summit*, realizado em Bangkok, em 16 de março de 2006, pesquisas demonstraram uma proporção bastante interessante no investimento em programas de *compliance*, eis que a cada US\$ 1,00 (um dólar) investido há correlata representatividade da economia de US\$ 5,00 (cinco dólares), eis que haveria a dispensa de gastos judiciais e com recuperação de status reputacional, além de evitar a queda da capacidade produtiva. Ainda, importante atentar que a aferição do custo de um programa de *compliance* demanda tríplice análise setorial, a saber, o custo de manutenção, que contempla despesa com pessoal, treinamento,

consultorias, entre outros; o custo de não conformidade, que se refere, por exemplo, a eventuais sanções aplicadas, queda na produtividade e interrupção de negócios; e o custo de governança, composto pelas despesas com a alta diretoria, relacionamentos junto ao mercado de investimentos, questões legais, etc. De mais a mais, como bem adverte Andrew Newton, “*se você pensa que compliance é caro (representa custo), tente não estar em compliance*”.⁶⁵

Uma cultura organizacional que pretenda ter suas bases pautadas em princípios éticos e ser reconhecida sob esta vestimenta precisa, necessariamente, ter em seu bojo edificado um sério e independente programa de *criminal compliance*, sob pena de suas diretrizes éticas se perderem na mera ilação teórica, destituídas de efetividade prática.

Dentro de um planejamento estratégico, tem-se que o *criminal compliance* é um instrumento que favorece a qualidade do processo decisor e a um custo sensivelmente reduzido, de modo que, com a evolução da concepção de governança corporativa, no mesmo sentir cresceu a exigência pela responsabilidade, civil, administrativa e criminal, dos gestores, e o *compliance* se presta justamente, ao reduzir os equívocos no exercício da administração, a evidenciar as boas práticas por parte destes, mitigando suas esferas de responsabilidade, mas também as clarificando.

Até mesmo para tentar resolver o problema da interferência de comportamentos coletivos na ambiência empresarial, dessensibilizador da resistência a condutas desviantes, todo e qualquer grupo de pessoas, seja no seio do corpo social ou no ambiente corporativo, necessita de regras gerais, a orientar uma identidade entre todos os membros, garantindo, assim, uma convivência harmônica e coesa e mantendo um estado de ordem. E o respeito a essas disposições normativas constitui-se, sobretudo, em um dever cívico.

De longe está superada aquela mentalidade de que o meio corporativo é um ambiente inóspito a boas práticas e que somente obterão êxito os administradores que empregarem práticas ilegítimas, insustentáveis e irresponsáveis do ponto de vista social, acreditando que os ganhos financeiros suplantariam eventuais inobservâncias éticas. O preço que se paga, neste caso, é imensurável em médio/longo prazo, sendo certo que o respeito a posturas éticas e socialmente responsáveis são ativos intangíveis de uma organização, de molde que seus

⁶⁵ Ibidem. pp. 05 e 106.

reflexos serão claramente perceptíveis a partir do instante em que se puder afirmá-las consolidadas na cultura organizacional da empresa. A preocupação com a sustentabilidade de seu processo de produção é característica obrigatória para uma empresa diante de um universo globalizado, e isto não se restringe apenas e tão somente a questões ambientais, mas também sociais e econômicas, dentro da estrutura da *Triple Bottom Line*, formulada por John Elkington, sobressaindo-se as intersecções socioambiental, socioeconômica e ecoeficiência.

Nesse sentido, tem-se que a edificação de políticas institucionais norteadoras de princípios éticos envolverá todos os *stakeholders*, pois não apenas os administradores e os gestores ficarão encarregados de sua manutenção, mas o serão todos os colaboradores envolvidos no processo corporativo, desde o funcionário de base até a composição do corpo diretivo, que terão de estar comprometidos, de modo absolutamente contínuo, com o controle e a efetividade de tais práticas. E, complementar e instrumentalmente, se faz necessária a estruturação de uma governança corporativa⁶⁶, que tem sua origem associada à necessidade de solução dos denominados conflitos de agência (diferença nos interesses do gestor e dos proprietários/acionistas) e pode se apresentar sob quatro modelos: financeiro, públicos relevantes (prestação de contas à comunidade), de Procuradoria (ênfase nos responsáveis pela gestão) e político⁶⁷.

⁶⁶ De acordo com o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, editado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, governança corporativa pode ser definida sob os seguintes termos: “Governança Corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum”. São princípios elementares a transparência, a equidade, a *accountability* e a responsabilidade corporativa. Nessa ordem, *accountability* é uma expressão oriunda do latim, derivativa de “*accomptare*” e significa “tomar em conta”, relacionando-se com as estruturas de governança e de empréstimo de valores praticadas nos antigos impérios de Israel, Egito, Babilônia, Grécia e Roma. Assim, na sua base, *accountability* diz com uma prestação de contas para organismos reguladores, sendo, no âmbito da Administração um aspecto nuclear da governança corporativa, ao passo que, no campo mais circunscrito da ética empresarial, pode ser considerada sob a vestimenta de responsabilidade civil em face dos deveres de cuidado no âmbito social e ambiental. Com efeito, esta prestação de contas perpassa a simples necessidade de tutela dos ativos intangíveis da organização, sendo uma assunção de responsabilidade pautada em uma apresentação transparente de dados e atividades. (CORPORATIVA, Instituto Brasileiro de Governança. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5. ed. 2015. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/codigoMP_5edicao_web.pdf> Acesso em 22 set. 2019. pp. 20-21.).

⁶⁷ O Tribunal de Contas da União – TCU elaborou e divulgou um documento que denominou “10 Passos para a Boa Governança”, que, embora se volte para o setor público, tem perfeito ajuste e aderência às empresas do segmento privado. Com efeito, em linhas gerais, o primeiro passo diz com a transparência do processo de seleção do pessoal da alta gestão, sua capacitação, avaliação e concessão de benefícios proporcionais; o segundo com a adoção de um código de ética; o terceiro seria o estabelecimento de instâncias internas de

E o *compliance* permeia uma proposta de valores inserida no arcabouço de uma cadeia valorativa e um padrão de execução, elementos que fazem dele próprio um modelo de negócio ou ao menos parte considerável dele, de forma que influenciará de modo substancial a cultura organizacional, o gerenciamento de processos, entre outras atividades corporativas.

Compliance não deve ser confundido com auditoria, muito embora sejam complementares entre si, exercendo, ambos, função de solidificação da governança corporativa, por meio da efetivação dos sistemas de controle interno da corporação. Afora outros pontos de dissonância, uma das diferenças básicas diz com o caráter de continuidade/permanência do *compliance* e, por outro lado, de eventualidade da auditoria.

A estruturação de um programa de *criminal compliance* exige a análise de alguns fatores em especial, a saber, a dimensão regional do *compliance*, se local ou global; o ambiente regulatório, correspondente às exigências do mercado de inserção; a relação entre ele e os demais objetivos do negócio, sempre trabalhando com propostas de longo prazo; seus instrumentos e ferramentas; e o tamanho e a estrutura organizacional, que definirá o espaço de alocação do *compliance* dentro da companhia, ou seja, se parte integrante de um departamento de gestão de riscos, se o *chief compliance officer* (CCO) estará em contato direto com o CEO da companhia, se inserido no departamento jurídico ou se as funções de *compliance* estarão descentralizadas pelas unidades de negócio, sendo certo que, em uma sociedade anônima, o mais adequado é que o CCO se reporte diretamente ao Conselho de Administração, com suporte efetivo de um dos seus comitês.

Não é recomendável que a área de *criminal compliance* componha o departamento jurídico da companhia, pois este, por vezes, não terá a independência esperada para o

governança e o balanceamento entre as estruturas de poder; o quarto diria com a elaboração de um planejamento estratégico e constante reavaliação do mesmo; o quinto se refere ao estabelecimento de canais de comunicação, interação com os meios de mídia e democratização das medidas; o sexto exige a constante avaliação da gestão, com atribuição de responsabilidade; o sétimo remonta a mecanismos de difusão de políticas públicas; o oitavo traz a necessidade de implantação de um sistema de gestão de riscos; o nono corresponde à necessidade de operacionalizar planos de auditoria interna; e, por fim, o décimo passo se traduz na necessidade de transparência dos atos, observância legal das condutas de governança, avaliação reputacional e regular apuração de supostas irregularidades, com consequente responsabilização diante das confirmações destas (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **10 Passos para a Boa Governança**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/10-passos-para-a-boa-governanca.htm>> Acesso em: 22 set. 2019).

exercício daquela função, além do programa ter uma visão que caminha do ambiente externo para o interno, ao passo que a área jurídica ostenta visão inversa.⁶⁸ De qualquer forma, assim como todas as demais áreas da companhia, salutar que estas duas concentrações dialoguem entre si.

Criminal Compliance é um conceito que vai muito além da prevenção e minimização dos efeitos da corrupção, mas não se pode negar que um dos seus principais enfoques é justamente este, dadas as consequências deletérias para o quadro financeiro e reputacional da companhia.

Tanto é assim que o *compliance* tomou força no Brasil, embora já houvesse certas noções de regramento na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998, alterada pela Lei nº 12.683/2012), somente após a promulgação da Lei nº 12.846/2013, que veio tratar da responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas em virtude da prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, sem exclusão da responsabilidade dos dirigentes e administradores, expondo, em especial em seu artigo 5º, as hipóteses de atos lesivos à administração pública que autorizam uma subsunção do fato à norma, ilustradores de direta remissão a tipos penais. A corroborar, é de se lembrar a fundação, no ano seguinte, do Instituto *Compliance* Brasil, uma entidade sem fins lucrativos que tem, dentre seus escopos, o de fomentar estas práticas de controle. A Lei nº 12.846/2013 foi regulamentada pelo Decreto 8.420/2015, donde restou reforçado o papel da Controladoria-Geral da União, o regramento dos acordos de leniência e, dentre outros pontos, delineados os parâmetros definidores dos chamados programas de *compliance*.

3.2 A busca de justificação na responsabilidade penal da pessoa jurídica

Este tema demanda uma intersecção entre o Direito Internacional convencional e o Direito Penal interno e uma tentativa de aplicação da lógica econômica ao contexto penal, sendo ainda permeado por diversas questões não solucionadas, sobretudo por parecer associar a concepção de autorregulação à ideia de responsabilidade penal da pessoa jurídica,

⁶⁸ SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina; NOHARA, Irene Patrícia Diom (coord.); ALMEIDA, Luiz Eduardo de (coord.). *Criminal Compliance*. In: Coleção *Compliance*. V. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. pp. 96-97.

mas essa não foi a opção seguida pelo legislador brasileiro, que dá mostras de acompanhar o tratamento dado pelo legislador espanhol, em que pese, no contexto estadunidense, a existência de regular programa de conformidade seja um critério considerado na aferição da categoria de responsabilidade da pessoa jurídica no momento da análise das *sentencing guidelines*.

Nesse passo, tem-se por imprescindível a compreensão de algumas vertentes, para que se mostre possível articular acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como os contextos dogmático, político-criminal e empírico, uma vez que uma pessoa jurídica é muito mais que uma soma de pessoas físicas e que sem imputação normativa não há como atribuir responsabilidade penal.

Essa ideia de responsabilidade penal da pessoa jurídica surgiu para solucionar o que Schünemann denomina de “irresponsabilidade organizada”, uma vez que dentro das empresas, das sociedades, as divisões objetivas das funções, as distorções nos fluxos de comunicações e déficits nos instrumentos de controle conduzem à não responsabilização penal dos administradores, por não deterem esses conhecimentos, a caracterizar um *output* lesivo.

De qualquer modo, dentro de um paradigma funcionalista, para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, interessante seria a criação de uma nova estrutura do delito. Nesse ponto, o que poderia cumprir a mesma função do injusto penal (imputação objetiva/subjetiva e excludentes) seria a organização defeituosa da atividade empresarial, por representar uma contradição do que a ordem jurídica espera da empresa, ao passo que a cultura do incumprimento do Direito substituiria a ideia de culpabilidade (merecimento de pena). É bem verdade que há um problema ontológico nessa construção, pois normativismo não é arbitrariedade, havendo uma dependência entre as categorias do crime e a realidade social.

Com relação à pessoa física, pode haver o confisco do instrumento utilizado para a prática do crime, ao passo que, no caso da pessoa jurídica, ela seria esse instrumento, contudo, a transformam em autora, sem grandes aprofundamentos, donde se tem que a pessoa jurídica ainda é, hoje, um corpo estranho em nosso sistema penal. Como se sabe, não há uma relação de dependência processual entre a responsabilidade da pessoa jurídica e a da pessoa física, mas há, por vezes, uma relação de transferência de responsabilidade, que o

Direito Penal clássico não está disposto a solucionar. Essa uma das teorias que buscam explicar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, donde passível de discussão eventual quebrantamento do princípio da pessoalidade das penas, em razão da transferência de responsabilidade sobredita, além de outras pessoas físicas, não executoras do delito, sofrerem os efeitos, como sócios, empregados, entre outros.

Uma segunda teoria trabalha com a ideia de responsabilidade da pessoa jurídica por um fato próprio. Aqui, o dolo dos administradores é transferido para a pessoa jurídica ou, então, prescinde-se do dolo, o que representa uma responsabilidade objetiva.

Outra vertente teórica diz com a ideia de responsabilidade por fato próprio com base no prisma do favorecimento à prática do ilícito, decorrente da má organização da atividade empresarial. Dentro de uma concepção de participação, não basta servir de instrumento.

Esse estado de coisas revestido de antijuridicidade e a conseqüente responsabilização penal da pessoa jurídica, como um sistema alternativo de imputação, assumem a feição concreta de ferramenta para compelir as empresas a criarem e manterem programas de *compliance*, a obstar, com isso, modelos estruturais de gestão defeituosos nos aspectos de vigilância e supervisão. Se não se tem um programa de *compliance*, com uma dimensão preventiva, uma de investigação, uma de aplicação de sanções e um programa de fomento da cultura de conformidade com o Direito, então, a empresa favorece a prática de ilícitos. Está a cometer de maneira permanente o seu fato próprio por via do favorecimento.

Por outro lado, há parcela da doutrina que articula ser inconcebível a possibilidade de ajuste da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo certo que tais aportes literários se fundam ora na ausência de culpabilidade e ora na inidoneidade para ser destinatária de pena (por vezes até mesmo em ambas as bases de justificação).

De mais a mais, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica comporta uma análise muito mais densa e própria, inviável no presente estudo, por não representar o elemento nuclear do mesmo.

3.3 A atrelação à afetação de bens jurídicos coletivos

Nesse passo, como bem anota Heloisa Estellita, muito comum, no contexto da criminalidade de empresa, a afetação de bens jurídico-penais coletivos⁶⁹, de modo que, dada, como regra, a utilização da fórmula do perigo abstrato, donde indefinida uma individualização do sujeito passivo, produz na pessoa que pratica o crime uma certa desumanização no tocante ao resultado lesivo oriundo daquela conduta ilícita, acarretando consigo uma menor tendência ao controle contensivo de sua conduta, sem olvidar a possível ausência de conhecimento por parte de um dos agentes quanto à contribuição causal de terceiros insertos sob a mesma organização, a influir em sua capacidade de detecção do caráter ilícito de sua conduta individualmente considerada. A isso se atrele o distanciamento físico e temporal que, por vezes, pode ser observado entre a execução da conduta e os efeitos lesivos da mesma⁷⁰, como, por exemplo, um vício construtivo ou uma manutenção desidiosa observados em uma barragem de rejeitos e ignorado por aqueles que disso tiveram conhecimento, pois não havia risco iminente de rompimento da mesma, mas apenas um risco remoto, embora previsível e certo, além da despersonalização das pessoas que poderiam vir a ser vítimas de tais circunstâncias, porquanto, quanto maior o número de vítimas, maior o distanciamento do agente com relação a elas e, por via direta, menores sua sensibilidade quanto ao sofrimento alheio e, logo, sua capacidade de abstenção.

Nessa ordem, no que toca aos bens jurídicos coletivos⁷¹, compreendidos no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, tem-se que o núcleo central de referência destes não difere do que acontece com os bens jurídicos individuais, porquanto o foco tutelar será sempre o cidadão, valor máximo da sociedade, donde subscrita a teoria pessoal do bem jurídico.

Com efeito, há interesses de ordem coletiva, compreendidos sob uma perspectiva macrossocial, que não prescindem de tutela, de modo que a necessidade de sua proteção não

⁶⁹ Para maior aprofundamento, recomenda-se a leitura das seguintes obras: BADARÓ, Tatiana. **Bem Jurídico-Penal Supraindividual**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁰ ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade Penal de Dirigentes...** op. cit. pp. 39-40.

⁷¹ A adoção dessa terminologia diz com uma contraposição crítica à denominação de tais bens jurídicos como "supraindividuais", pois poderia passar a mensagem de que seriam interesses superpostos ao indivíduo, quando, em verdade, seja a titularidade individual ou coletiva, os bens jurídicos ostentam natureza pessoal, tendo como referencial o indivíduo.

entra em pauta, mas, sim, a verificação da legitimidade da intervenção estatal sob vestes penais. Com efeito, com a progressiva evolução dos modelos constitucionais de Estado, alcançando, agora sob a perspectiva democrática, um papel interventivo cada vez mais intenso do ponto de vista social, passou-se a observar a existência de condutas que são, embora não ofendam diretamente interesses individuais, capazes de oferecer efeitos deletérios à operação do corpo social, que funciona a serviço dos interesses dos cidadãos, devendo ser premente a necessidade de que tome por base a tutela de bens jurídicos coletivos não com vistas à corroboração de ideologias políticas ou valores de sobreposição, mas, certamente, com um escopo garantidor e favorecedor do desenvolvimento dos indivíduos⁷², dada a concepção material de democracia anteriormente abordada e a filiação à teoria monista-personalista, majoritária e mais coerente com o sistema democrático.

Nesse contexto, observam-se algumas subdivisões classificatórias. Prevalente no âmbito dos bens jurídicos individuais, mas de possível ajuste sob o bojo de bens jurídicos coletivos (por exemplo, o meio ambiente, em parte), há os bens jurídicos fisicamente individualizáveis e lesionáveis, ao passo que se tem, por outro lado, os chamados bens institucionais, correlatos à harmônica convivência social e perceptíveis com maior recorrência no âmbito dos bens coletivos, muito embora seja igualmente possível uma intersecção com os bens individuais (a título de exemplo, a honra)⁷³.

Roland Hefendehl define os bens jurídicos institucionais como “bens jurídicos de confiança”, eis que cada comportamento, se considerado isoladamente, não assume aporte para desestruturar essa confiança no regular funcionamento do sistema social, mas, caso não houvesse norma proibitiva, não haveria cenário hígido para a manutenção de tal confiança⁷⁴.

Ainda, Rafael Alcácer Guirao propõe a divisão dos bens jurídicos coletivos em espiritualizados ou intermediários, havidos como dados antecedentes da lesão a bens jurídicos individuais (como exemplo, a segurança viária) e de difícil aferição da lesividade

⁷² Nesse sentido, destacável a crítica de Hernán Hormazábal Malarée à consideração da ordem socioeconômica como bem jurídico, sobretudo se alheio à compreensão individual. (MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2. ed. Santiago: ConoSur, 1992. pp. 161-168).

⁷³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal...* op. cit. p. 222.

⁷⁴ HEFENDEHL, Roland et al.; HIRSCH, Andrew von (org.); WOHLERS, Wolfgang (org.). *La Teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* Madri e Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 54.

e de sua demarcação, e institucionais, dotados de posição autônoma, dada sua essencialidade para o livre desenvolvimento do corpo social por meio da interação de seus componentes, donde se afigura possível e nefasta a cognoscibilidade de uma confusão entre bem jurídico e lesão de um dever, forjadora de um discurso meramente retórico de remissão a interesses individuais⁷⁵.

Por outro lado, Jorge de Figueiredo Dias assume posição em sentido diverso, sustentando até mesmo o abandono da teoria do bem jurídico se se compreender pela necessidade de um referencial estritamente antropocêntrico no tocante aos bens jurídicos coletivos – que ele define como sendo aqueles que podem ser gozados por todos os membros do corpo social, sem que ninguém fique excluído dessa fruição –, preceituado pela teoria monista-personalista. O professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra não desconhece que os bens jurídicos coletivos existem em virtude do homem, dado o brocardo “*omne ius hominis causa constitutum*”, mas rechaça a possibilidade de se exigir a vinculação remissiva dos bens jurídicos coletivos a bens individuais, pois isso implicaria uma superposição desses em relação àqueles, donde o autor português conclui aproximar-se da construção de Stratenwerth, no sentido de que a tutela penal dos riscos e das gerações futuras, inerentes à sociedade pós-industrial, passa pela estruturação de um Direito Penal do comportamento, em que são objeto de sancionamento as “relações da vida como tais”⁷⁶.

Nesse passo, se retomado o breve esboço histórico, se perceberá que todas as tentativas de desmaterialização por completo da concepção de bem jurídico caminharam em direção à premissa da lesão de um dever; e o resultado dessa opção contribuiu para a consolidação de períodos marcados pelo arbítrio.

⁷⁵ GUIRAO, Rafael Alcácer. *¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico?* In: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires, V. 7, n. 11, p. 293-335, 2001. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=50925>. Acesso em: 08 jul. 2019.

⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal...* op. cit. pp. 146-154.

3.4 Os reflexos do *compliance* na identificação da responsabilidade penal no ambiente corporativo

Dentro desse contexto, de rigor que a empresa e seus integrantes atentem para padrões éticos de comportamento. A ética, inserida no cerne da Filosofia, campo compreendido pelas Ciências Sociais, desde o nascedouro da produção filosófica na Grécia antiga, com a obra aristotélica “*Ética a Nicômaco*”, consiste, precipuamente, em um *standard* comportamental que apresenta variações de acordo com a estrutura e a cultura sociais formadas em determinado lugar e se coaduna com parâmetros de conduta naturalmente exigidos por este meio social. Embora se trate de conceito essencialmente amplo e aplicável a diversos setores, deliberou-se por restringir sua abordagem, nesta obra, ao contexto do ambiente corporativo, no qual igualmente comportará variações, a depender da cultura organizacional, do produto ou serviço inserido no mercado, entre outros aspectos de sobrelevada relevância. Com efeito, a produção científica acerca da ética empresarial encontra seu principal polo nos Estados Unidos, tendo sido alçada a um patamar de relevância a partir de meados da década de 1960, notadamente em razão dos escândalos noticiados naquele período, envolvendo, em especial, a indústria armamentícia estadunidense. Portanto, indeclinável a sua análise, sobretudo quando se parte da premissa de que espelha a corporificação social e seu constante desenvolvimento histórico, permeado pelos avanços tecnológicos, pelas interações dos indivíduos, entre outros fatores, associada a outras questões afetas, como responsabilidade social, sustentabilidade, multiculturalidade, etc. Nesse passo, de rigor se observar que esta temática se apresenta cada vez mais imprescindível com o passar dos tempos e a constante evolução da sociedade, que vem tornando as relações corporativas cada vez mais dinâmicas e complexas, razão pela qual, com vistas a evitar a formação de passivos financeiros, máculas à imagem da organização no segmento de atuação e também medidas sancionatórias no âmbito judicial e/ou administrativo, o conhecimento e a efetiva aplicação das práticas revestidas de eticidade são políticas institucionais irrenunciáveis para o administrador moderno, sobretudo neste cenário da 4ª Revolução Industrial.

Para Luiz Roberto Antonik, fazendo referência alusiva às preleções weberianas, há duas espécies de ética, sendo uma a da convicção, em que o gestor direciona sua tomada de decisões unicamente com base em suas crenças, estando em segundo plano eventual possibilidade de tais decisões ocasionarem prejuízos de grande monta, e a outra a da

responsabilidade, em que a tomada de decisões se funda em um quadro optativo, de modo que a ação escolhida, caso gere resultados nocivos passíveis de previsibilidade, implicará ao decisor a imputação da responsabilidade e a submissão às sanções previstas. Nessa toada, a ética da convicção seria um composto filosófico calcado em valores pessoais, ao passo que a ética da responsabilidade seria mais prática. Sustenta, mais, haver dupla natureza na ética empresarial, sendo uma descritiva e outra normativa, de modo que haveria uma tendência à normatização das posturas comportamentais, porquanto aqueles padrões de conduta ética meramente descritivos de hoje serão, muito provavelmente, em futuro próximo, objeto de normatização, uma vez que a positivação de condutas conduz a uma maior clareza e, por via direta, a uma melhor permeabilidade⁷⁷.

E este processo condutor à normatização se funda, em especial, na existência de um mercado cada vez mais globalizado, com a definição de valores universais, sem olvidar a cada vez menor restrição espacial para o mercado de negócios, em que empresas dos mais diversos cantos do mundo avençam contratações entre si e exigem mútua observância de critérios rígidos de padrões de conduta. É bem verdade que Max Weber, ao propor esta dicotomia, não o fez pensando no ambiente corporativo, mas na gestão pública. Não obstante, não se nega que esta análise permeia com precisão o cenário organizacional, pois compõe a realidade diária dos processos decisórios inseridos nos planejamentos estratégicos corporativos.

O que releva, nesse momento, é a relação dos programas de *compliance*, que não se limitam a meros programas de integridade, com o dever originário do empresário de controlar a sua empresa, que é, inegavelmente, uma fonte de perigo, e as delegações com preservação do dever de vigilância e de controle reativo, a implicar uma reconfiguração das responsabilidades.

Com efeito, delegação com especialização implica que o dever de vigilância será mínimo, desde que haja uma assimetria técnica, pois o delegado congregará maior porte de conhecimento técnico, sendo essencialmente tormentoso determinar o conteúdo de concreção da amplitude desse dever de vigilância. O *compliance*, como instância externa, viria para superar essa aferição do dever de vigilância em caso de delegação.

⁷⁷ ANTONIK, Luis Roberto. Compliance, **Ética, Responsabilidade Social**... op. cit. pp. 91-95.

Nesse passo, delegar ao destinatário da norma definir qual a que rege sua conduta (normas de autorregulação), criando *standards* de condutas jurídico-penais, não se mostra um caminho dos mais viáveis, pois ele tentaria sempre rebaixar esse *standard*. O ideal consiste em se ter um *standard* bem elevado, distante da linha limite com o Direito Penal.

O Estado não tem instrumentos e nem conhecimento, desde fora da empresa, para fixar de maneira concreta o nível de exigibilidade, ou seja, os *standards* de uma boa gestão empresarial, então, precisaria de um especialista em administração de empresas e economia para concluir se a gestão era adequada ou não.

Verifica-se a existência de diversos marcos normativos de um programa de conformidade. Os pontos de referência para o programa de *criminal compliance* são o Direito Penal e suas normas de conduta ou o Direito Administrativo e depois o Direito Penal ou, ainda, antes desses dois, vem uma instância setorial de autorregulação. Tem aqueles que adotam os critérios da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico-OCDE como parâmetros jurídico-penais, mas não necessariamente esses critérios estarão dentro da esfera de proteção do Direito Penal moderno.

Em tempo, um ponto a se deixar claro. A não investigação e correlato sancionamento, por serem posteriores ao fato, não implicam na responsabilidade do delegante. Indo além, se houver um crime e esse não for investigado e sancionado, sendo mantido o delegado na função, caso esse cometa um segundo crime, haverá responsabilidade do delegante? A delegação, no início, era correta, mas, no momento em que é descoberta uma ilegalidade, como, por exemplo, o delegado não tem a formação técnica exigida, tendo apresentado documento falso, retoma-se a responsabilidade originária do delegante; mas, na hipótese de o delegado ter a competência técnica para a função, mas ter tido uma postura de falta de integridade, isso não significaria que ele tornaria a praticar uma nova conduta desviante. A questão não gira em torno do conhecimento apenas e tão somente, devendo-se adicionar a essa fórmula a análise da posição de intervenção, a competência.

Não há que se falar, por outro lado, em usurpação do *jus puniendi*, pois a empresa não dispõe dos mesmos meios que o Estado, de forma que somente se poderia falar nesse sentido caso uma questão de natureza penal fosse extraída da justiça penal e deslocada para

a esfera interna do *compliance*. A decisão sobre o caráter permitido é de ordem material; as normas de um programa de conformidade são apenas indícios da violação das normas penais, assim como as normas administrativas, ou seja, não são uma concreção em si mesmas.

De fato, existe uma tendência à formação de um novo Direito, de ordem mundial, tal qual se deu com a *Lex Mercatoria*, mas agora no contexto da *soft law*, com a aplicação de disposições convencionais e a tentativa de importação de construções anglo-saxãs (*common law*) para ordenamentos de base romano-germânica (*civil law*). E essa interlegalidade percebida entre *soft law*, como expressão supranacional, e *hard law*, como é, por excelência, o Direito Penal, também é uma questão que suscita séria reflexão, sendo dos pontos mais delicados dessa nova ordem jurídica mundial.

Conforme crítica reflexão de Adán Nieto Martín, sobre a ideia de autorregulação regulada, deve-se pensar sobre a capacidade sancionatória dos dispositivos deste sistema e até mesmo sobre a possibilidade de adoção das propostas normativas do cerne corporativo como elementos integradores das normas de índole penal, além das medidas facilitadoras que podem ser implementadas pelo Direito Penal⁷⁸. A resposta às duas primeiras reflexões parece ser em sentido positivo, ao passo que também se mostra concreta a atuação do Direito Penal no contexto do compêlimento das corporações à organização de programas de *criminal compliance*.

Uma questão ainda bastante controversa no âmbito do *criminal compliance* diz com a responsabilidade penal do *chief compliance officer* (CCO), pois, ao avocar a responsabilidade pelo óbice a práticas ilícitas, assumiria ele, ou não, a posição de garante, nos termos do artigo 13, §2º, alínea “b”, do Código Penal, de modo que, caso não consiga impedir o resultado lesivo, seria responsabilizado criminalmente, por se tratar de crime comissivo por omissão?!

No contexto do *chief compliance officer*, de rigor que se tenha um órgão independente. Como administrador, delega-se parte do seu dever de vigilância para o CCO. Se não pode ser autor imediato, não pode ser o mediato, por falta de competência, e o CCO se enquadra nisso, razão pela qual não poderia ser autor mediato por via da

⁷⁸ NIETO MÁRTIN, Adán. *Autorregulación, Compliance y Justicia Restaurativa*. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MÁRTIN, Adán (coord.). *Autorregulación y Sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008. pp. 83-85.

instrumentalização do administrador, ao interromper o fluxo de comunicação ao administrador; ele não tem a faculdade de decidir acerca de nada, ele é só um observador, com a função sucessiva de reportar ocorrências. Mas a pergunta que fica é a seguinte: eventual não comunicação poderia consubstanciar um vínculo normativo do CCO com o fato criminoso? Nesse contexto, caso o administrador não tenha visto porque não quis, o empregado será autor imediato e o administrador será interveniente pela comissão por omissão (autoria colateral).

Quanto à figura do *chief compliance officer* (CCO) – melhor expressão seria “encarregado de vigilância” – vislumbram-se quatro hipóteses para assunção da posição de garantidor: por determinação legal; por exercer função de administrador, respeitada a departamentalização; se o CCO não for administrador, há que se analisar o feixe de vigilância, ou seja, se acompanhado de poderes de gestão ou não; e em decorrência do controle informacional, em que investiga e reporta, de modo que, se há dupla fonte de informação, não assume a condição de garantidor, ao passo que, ostentando vantagem informacional sobre os gestores, pode ser alçado a tal posto de garante.

Não se deve confundir, contudo, o descumprimento do feixe de vigilância, cuidado ou observação dos garantes com a prática, por si só, da omissão imprópria. A título de exemplo, a não instituição de um departamento de *compliance* é ato preparatório, não implica risco ao bem jurídico, em nível de tentativa, tutelado por esse departamento, sendo certo que o início de relevância dos deveres de *compliance* é definido, no plano da omissão, pelo tipo penal, pelo bem jurídico e pela teoria da tentativa.

Tem-se, portanto, que a estruturação de um programa de *criminal compliance* é de vital importância neste contexto da 4ª Revolução Industrial, não apenas com vistas às oportunidades de contratação com o mercado internacional, por ter esta conformidade atingido status universal, mas também no que toca ao afastamento de atos lesivos ou abrandamento de eventuais punições, devendo ser uma preocupação de todas as corporações, mas certamente isso demanda uma incorporação destes princípios à cultura organizacional e o compromisso de todos os envolvidos na atividade empresarial, sobretudo da cadeia executiva, com estes princípios éticos e legais.

Com efeito, conforme averbado, a empresa é um fator criminógeno, com inerente potencialidade lesiva aos bens jurídicos da sociedade contemporânea, sendo certo que a pessoa que ingressa em uma empresa acaba por absorver as métricas valorativas consideradas relevantes por esta, de modo que há uma tendência dos que compõem uma organização de se aproximarem das práticas de respeito ou de inobservância legais, donde deriva uma intervenção do Estado no âmbito socioeconômico, com vistas a uma atenuação dos efeitos do sistema capitalista. E é bem verdade que a Constituição Federal de 1988 adotou, em seu artigo 170, um modelo capitalista, mas o fez em sua faceta temperada, uma vez que há a necessidade do atendimento a benefícios de ordem coletiva, a ensejar uma intervenção também de viés penal.

Esse o espaço conferido, então, ao surgimento do que Ulrich Sieber chama de sistema autorreferencial de autorregulação regulada, em que se percebe uma gestão regulatória compartilhada entre as esferas pública e privada, muito embora o tenha feito no contexto da criminalidade econômica e não no que toca à criminalidade de empresa como um todo⁷⁹. A Lei estadunidense denominada Sarbanes-Oxley (conhecida como SOX) foi lá promulgada em 2002, em resposta direta a escândalos de desvios em empresas, como o emblemático caso *Enron*, para o fim de ser oferecida maior segurança, em especial, aos acionistas e demais integrantes de empresas com capital aberto e que, portanto, operam no mercado de valores mobiliários, porquanto obrigatória, a partir de então, a adoção de medidas de governança corporativa, com vistas à regulação normativa da emissão de relatórios financeiros, cabendo ao CFO (dirigente responsável pela gestão financeira da companhia) o controle do lançamento e da veracidade das informações em tais relatórios.

Como bem pontuam Renato de Mello Jorge Sileira e Eduardo Saad-Diniz, ao recordarem os princípios cardeais da boa e responsável gestão corporativa, quais sejam, a separação de poderes entre os integrantes da cadeia organizacional, a documentação/verificação dos procedimentos internos, a congruência e coerência das atividades empresariais, a transparência gestora, a independência/imparcialidade das instâncias de controle, o cumprimento/justificação das atividades laboriosas e a confidencialidade dos

⁷⁹ SIEBER, Ulrich. **Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial**: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: Oliveira, Willian Terra de *et al* (org.). *Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 63.

dados postos sob investigação interna, caso não observados tais postulados, o programa assumirá feição meramente protocolar, o chamado “*window-dressing*”, de modo que, por ocasião da avaliação do programa, de rigor que se compulse sua natureza, se direcionada para padrões de vigilância das operações ou se estruturada para a conformidade com primados éticos⁸⁰.

No entanto, o *criminal compliance* ainda perpassa por um cenário de grandes instabilidades no que toca à sua consideração no plano judicial, tanto que considerado o “*Santo Graal do Direito Penal*”, sendo por vezes relegado ao esquecimento e por vezes timidamente utilizado como baliza redutora da pena. Para tentar romper esse cenário, exsurtem proposta teóricas, como a certificação do programa de cumprimento por um órgão chancelador, o estabelecimento de *standards* para as normas de conduta de cada setor, definidos por empresas que componham tal segmento e, ainda, a atribuição das funções de pensar, implantar e supervisionar a um grupo de profissionais independentes e com sólida formação técnica, como professores, *experts* e pessoas que já atuaram por longo tempo no mercado. Este terceiro modelo é o que encontra maior aceitação, muito embora se tenha por certa a necessidade de se adotar um sistema de controle preliminar, restando ao magistrado verificar e sopesar os impactos do programa sobre eventual definição e mensuração da responsabilidade penal⁸¹.

Por fim, oportuno registrar e propor uma reflexão acerca de uma inovação legislativa que tem suscitado debates a respeito desse paralelo entre programas de *compliance* e responsabilidade penal. Em razão de seu compromisso com a OCDE, a França passou a assumir estratégias cada vez mais rigorosas para o enfrentamento da corrupção, tendo desaguado na edição da Lei Sapin II em dezembro de 2016 (entrou em vigor em janeiro de 2017), a qual alcança empresas que apresentem faturamento consolidado a maior de €100.000.000,00 (cem milhões de euros) e que tenham em seu quadro número superior a 500 empregados. Além da criação da Agência Francesa Anticorrupção – AFA, há a interessante, mas nem por isso deixa de ser questionável, criação de um novo tipo penal, qual seja, o artigo 434-43 do Código Penal francês, que prevê o crime de omissão de implementação de programa de *compliance*, aperfeiçoável no caso de uma pessoa jurídica

⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 126-127.

⁸¹ Ibidem. pp. 154-157.

condenada pelo crime de corrupção ou conexos e à qual tenha sido cominada a pena de implementar um programa de conformidade não o fazer dentro do prazo e das condições estabelecidas no édito condenatório. Cria-se, portanto, uma face específica do crime de desobediência na legislação francesa, a servir de amparo à tutela da autoridade, donde se depreende toda a controvérsia do tema.

Oportuno ressaltar que ao departamento de *compliance*, ao tomar conhecimento de alguma irregularidade ou desvio de conduta no ambiente da atividade empresarial, não compete intervir diretamente sobre a fonte causadora do perigo, com vistas ao impedimento do resultado lesivo, mas apenas lhe cabe o dever de reportar às instâncias de controle dentro da estrutura organizacional, como, por exemplo, o conselho de administração em uma sociedade anônima, assumindo o CCO um papel de *gatekeeper* interno, mas sem que isso implique controle direto sobre as pessoas. Finalmente, como bem colocado por Luciano Anderson de Souza e Nathália Regina Pinto, fundamental que haja transparência e organização na definição das atribuições de cada área e colaborador da empresa, o que deverá ser confirmado no plano fático.⁸²

Ressai importante concluir, portanto, que um programa de cumprimento tem como premissa básica a demarcação de responsabilidades individuais, de modo que, sendo todo crime comissivo por omissão, por se relacionar a um dever extrapenal, consubstanciado sob a condição de infração de dever, imprescindível que se possa demarcar a quem competia esse dever de agir para impedir o resultado lesivo, e o *compliance* é a ferramenta mais eficaz para essa verificação.

⁸² SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina; NOHARA, Irene Patrícia Diom (coord.); ALMEIDA, Luiz Eduardo de (coord.). *Criminal Compliance*... op. cit. p. 98.

4 A RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO NO CONTEXTO DO ORGANOGRAMA OPERACIONAL CORPORATIVO: A CONDUTA DOS DIRIGENTES NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS E LIMITADAS

Postas tais construções periféricas, oportuna a incursão sobre o objeto central da pesquisa proposta no presente estudo, de modo a, compatibilizadas teoria e prática, oportunizar uma cognição eminentemente crítica e séria a respeito da responsabilidade penal na cadeia executiva das sociedades anônimas e limitadas quando em jogo condutas comissivas por omissão.

Para isso, inevitável que se promova, em um primeiro plano, uma verificação acerca do tratamento conferido ao tema pela jurisprudência brasileira, a propiciar, em um segundo momento, a visualização dos resultados versados e seus acertos ou desacertos. Transposta essa etapa, será possível, ao final, compulsando esses dados em conjunto com os elementos enfrentados anteriormente, delinear as bases dogmáticas mais adequadas para a solução da controvérsia.

4.1 Aferição das fórmulas pretorianas de solução imputacional da responsabilidade penal

Como sói acontecer, nossos Tribunais costumam optar, em algumas oportunidades, pela importação de teorias estrangeiras para buscar soluções para impasses dogmáticos observados na prática dos processos judiciais, mas, por vezes, quando tais teorias não se mostram desajustadas às bases do nosso Direito Penal, dada a ausência de identidade, são, em verdade, manipuladas para confortar posicionamentos de questionável legitimidade, sobretudo quando o pano de fundo dos julgamentos perpassa por interesses políticos.

Nessa baila, oportuno relembrar alguns casos paradigmáticos e de larga repercussão que trazem em seu bojo a figura da omissão imprópria projetada em ambientes organizacionais, para que seja possível verificar, de modo concreto, como nossos Tribunais estão se posicionando e, com isso, propormos uma reflexão crítica para o seu desenvolvimento.

4.1.1 Casos paradigmáticos e suas respostas pelos Tribunais

Um dos primeiros casos de grande repercussão remonta à Ação Penal nº 470, instaurada em 2007 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que foram apurados supostos expedientes com vistas à disponibilização de verbas públicas para o pagamento de congressistas, para que votassem em conformidade com os projetos de interesse do Partido dos Trabalhadores – PT, que tinha no Poder Executivo federal seu maior representante. Este ficou conhecido como o núcleo político do mensalão. O núcleo operacional ficava encarregado de providenciar os repasses desses valores, valendo-se, dentre outras estruturas corporativas, de agências de publicidade que detinham vínculos com o governo federal e com partidos políticos, ao passo que o núcleo financeiro ficava concentrado no Banco Rural, que promovia empréstimos ilegais para agentes políticos em troca de interferências junto ao governo federal. E foi justamente no núcleo financeiro, por meio do departamento de *compliance* da instituição financeira em questão, que se constatou a prática de tais irregularidades, apontamentos esses que restaram ignorados pelos integrantes dos respectivos órgãos diretivos, que não compreenderam, àquela época, as diretrizes mais básicas de um programa de *compliance*.

Com efeito, como bem relembram Renato Silveira e Eduardo Saad-Diniz, o Superintendente de *Compliance* daquela instituição financeira, ao ser ouvido como testemunha em juízo, informou ter sido feita uma avaliação do risco, em observância à Resolução nº 2.554 do Banco Central, e definiu sua função sob as seguintes bases:

Como funciona o *compliance*? O *compliance* é como um advogado que tem que analisar as normas, a legislação e verificar se o Banco está em conformidade com aquilo. Ele não faz uma fiscalização, ele recomenda: ‘Olha, se não fizer isso, pode acarretar um risco de imagem, um risco legal, uma multa, perder um cliente.’ Então, são recomendações, que a Diretoria acata ou não. Por que isso? Porque sempre, a nível de Banco Central, tem que ter um Diretor estatutário para ser o responsável por prevenção à lavagem de dinheiro, por controle internos e *compliance*, por recursos de terceiros e uma série de procedimentos que o Banco Central exige do Diretor estatutário.⁸³

⁸³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance...* op. cit. pp. 200-201.

Desta experiência, já se percebe uma clara desvirtuação e incompreensão do real papel de um *compliance officer* no contexto de uma organização corporativa, que ultrapassa a condição de mero delegado de vigilância, sendo encarregado de efetivo controle sobre eventuais condutas desviantes. É bem verdade que, na Ação Penal nº 470, os vícios no programa de *compliance* não foram utilizados diretamente, em um primeiro momento, para implicar a responsabilidade penal por lavagem de capitais, mas apenas a fraude nos relatórios deste departamento que foi utilizada como elemento de prova da prática de gestão fraudulenta de instituição financeira; apenas em um segundo momento se reconheceu o descumprimento normativo à legislação pertinente e às Cartas Circulares do BACEN como caracterizador da lavagem de capitais.

Entretanto, uma observação merece ser feita. Como bem averbaram Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho Araújo, ao analisarem a decisão proferida pelo STF na Ação Penal nº 470, lamentavelmente, muito embora as questões atinentes à omissão imprópria tenham sido ventiladas no aresto, a Corte Constitucional não aprofundou, com a percuciência que seria oportuna e necessária, o estudo dogmático dessa estrutura comportamental, de modo que a decisão acabou se consubstanciando muito mais por um processo intuitivo dos julgadores do que por refinamento teórico quanto à figura da omissão imprópria.⁸⁴

De outra banda, nos dois casos paradigmáticos envolvendo rompimento de barragens, verificou-se um claro tratamento distinto. No caso do rompimento da barragem de Mariana-MG, os engenheiros da mineradora foram denunciados apenas pela falsidade documental, ao passo que, no processo referente ao caso de Brumadinho-MG, foram denunciados na mesma medida dos decisores.

Com efeito, no evento ocorrido na barragem de rejeitos de Fundão, situada em Mariana-MG, em novembro de 2015, milhões de metros cúbicos de lama vazaram, causando dezenas de mortes e poluição na bacia do Rio Doce, além de outros danos paralelos. Embora integrantes da cadeia executiva da Samarco Mineração S/A, *joint venture* de propriedade da Vale S/A e da BHP Group Ltd. (anteriormente denominada BHP Billiton Ltd.), tenham sido

⁸⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o Julgamento da APn 470*. RBCCRim nº 106. São Paulo: IBCCRIM, 2014. pp. 228-229.

denunciados pelo Ministério Público Federal, assim como as próprias pessoas jurídicas, nenhum deles mantém contra si a imputação pelos crimes de homicídio e de lesão corporal, mas apenas pelos crimes de desabamento e inundação qualificada, além de outros crimes ambientais, eis que houve trancamento do processo penal em relação àqueles crimes em decisão da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sendo certo que alguns executivos tiveram o trancamento integral do processo penal contra eles, por terem apenas participado de deliberações administrativas de rotina do conselho de administração da empresa Samarco, como distribuição de lucros, custeio de despesas, entre outras, mas, a contrariar esse entendimento, o órgão acusatório cita deliberações do conselho de administração em que se recomenda a reavaliação da permanência de comunidades locais no entorno da barragem e, ato contínuo, se defende a redução dos patamares de custos com segurança operacional e maiores pagamentos de dividendos aos acionistas.

Em janeiro de 2019, outro evento semelhante aconteceu, mas agora em Brumadinho-MG, com repercussão catastrófica sensivelmente maior, eis que alcançado um número de vítimas e de gravidade poluidora sem precedentes na história dos desastres humanitários e ambientais no Brasil. O rompimento da barragem de rejeitos de minério de ferro da Mina Córrego do Feijão desaguou na denúncia formulada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais por diversos delitos ambientais e também por crimes de homicídio qualificado em face de membros dirigentes da Vale S/A, incluindo seu diretor-presidente, e da Tüv Süd Bureau de Projetos e Consultorias Ltda., além das próprias pessoas jurídicas no tocante à primeira natureza delitiva.

Nesse contexto, se fez marcante no caso do rompimento da barragem de Brumadinho/MG, o endereçamento de um e-mail anônimo de um colaborador da empresa Vale S/A para o então presidente da companhia, Sr. Fábio Schwartsman, correspondência eletrônica em que informava, afora algumas críticas à operação da mineradora, que a Barragem I de Brumadinho/MG estava “*no limite*” e que seriam necessárias algumas intervenções melhorativas, a fim de fossem garantidas “*condições mínimas de operação segura para pessoas e instalações*”. Contudo, segundo narra a denúncia formulada pelo Ministério Público de Minas Gerais, referido dirigente, ao invés de determinar a averiguação da procedência ou não desses relatos anônimos, sentindo-se ultrajado, teria travado contato com pessoas do setor de governança da empresa, com vistas a que fosse alcançada a identificação do denunciante: “*Gostaria de descobrir quem é este camarada que acha que*

pode escrever esta montanha de desaforos impunemente. O sujeito é um cancro dentro da nossa empresa e pode fazer mal a toda a organização”.⁸⁵

Em ambos os casos, atrai atenção a figura da omissão imprópria no que diz respeito à estrutura imputacional das condutas criminosas dos dirigentes das companhias, uma vez que era de conhecimento da alta cúpula o risco de rompimento, o que teria sido tratado inclusive em deliberações do conselho de administração, mas nada teria sido feito para impedir tal evento danoso.

Finalmente, a título de demonstração empírica, pode-se citar o caso em que o ex-presidente do Hopi Hari, parque de diversões do interior de São Paulo, foi processado criminalmente por homicídio culposo em razão da morte de uma jovem em 2012, decorrente de um acidente sofrido em um brinquedo do complexo. O Supremo Tribunal Federal determinou o trancamento do processo criminal movido em desfavor dele, por entender que a simples condição de sócio ou administrador de uma organização não é critério suficiente, por si só, para amparar eventual responsabilidade penal, sob pena de restar caracterizada essa em sua feição objetiva. A Corte Constitucional ressaltou que o executivo em momento algum determinou a reativação da cadeira onde ocorreu o acidente e também que o mesmo, em clara aplicação do princípio da confiança, reunia expectativas positivas no sentido de que seus funcionários observariam as normas de segurança para as quais foram treinados, a afastar o nexo de causalidade material autorizador da imputação do crime a referido dirigente (matéria objeto do HC nº 138.637/SP).

Em tempo, outro caso de interesse remonta à morte, em 2001, de um mergulhador em uma vistoria em um navio da Transpetro, subsidiária da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás), que havia sofrido rompimento em seu casco em razão da colisão com algumas pedras submersas, originando o vazamento de certa quantidade de nafta, substância altamente tóxica, na Baía de Paranaguá, situada no Estado do Paraná. Ele fora contratado a pedido do engenheiro naval da empresa, que o teria orientado acerca dos riscos e dos procedimentos que deveriam ser empregados naquela diligência, mas o mergulhador veio a óbito em razão da inalação da substância tóxica, dado que seu equipamento não era adequado para mergulhos nessas condições. Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça determinou

⁸⁵ Referente ao processo registrado sob o nº 0003237-65.2019.8.13.0090, em trâmite perante a 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Brumadinho-MG.

igualmente o trancamento do processo criminal movido em face do engenheiro naval, uma vez que esse teria se desincumbido com zelo de seu dever de garantia, porquanto teria alertado o mergulhador acerca da volatilidade da nafta e o advertido quanto à não recomendação do uso de compressor e da conseqüente necessidade de utilização de cilindro de oxigênio, passando, assim, todas as instruções que julgava pertinentes e oportunas para a realização do mergulho em condições de segurança, tendo observado, dentro de padrões de razoabilidade, os critérios normativos de cuidado esperado de alguém com sua formação, além de confiar que o mergulhador, detentor de conhecimentos específicos sobre sua atividade, operaria em respeito às normas de segurança cabíveis. Não se trata, portanto, de compensação de culpas, mas de se verificar, no plano concreto, se houve ou não a criação de risco não permitido; e, nesse caso, entendeu a Corte de Justiça não ter havido, portanto, criação de um risco não permitido ou até mesmo incremento de um risco, a implicar na ausência de nexos de causalidade para a imputação de responsabilidade penal no caso em questão.

A título de ilustração e amostragem, esses alguns casos que se reputou interessante colacionar ao presente estudo, para demonstrar o ajuste casuístico e empírico da omissão imprópria em situações da ambiência empresarial, com vistas a favorecer uma melhor compreensão da controvérsia e das dificuldades que perpassam o tema das condutas comissivas por omissão no contexto da criminalidade empresarial.

4.1.2 Condensação das fórmulas globais de solução oferecidas pelos Tribunais

Em linhas gerais, quando em pauta o tema da responsabilidade penal em matéria de crimes omissivos impróprios ocorridos na ambiência empresarial, os Tribunais têm adotado fórmulas dogmáticas frontalmente controversas, que demandam profunda crítica e reflexão, de modo a se pontuar, do ponto de vista empírico, como se está buscando solucionar esta inquietação e se tais caminhos se mostram adequados para o fim que se pretende, sobretudo em termos de coerência democrática. Para tanto, no presente estudo, conferir-se-á especial atenção à teoria da cegueira deliberada, à teoria do domínio do fato e à figura da responsabilidade por posição, fórmulas pretorianas resolutivas que ostentam maior recorrência, seja de modo explícito ou velado, nas decisões dos Tribunais brasileiros.

4.1.2.1 Teoria da Cegueira Deliberada

Como sabido, a teoria da cegueira deliberada se trata de uma criação anglo-saxã, erigida para suplantar um sistema mais aberto quanto aos elementos subjetivos. De se ressaltar que, no Direito Penal estadunidense, não se conhece a estrutura do dolo eventual, ostentando, em verdade, bases mais pragmáticas e extensas, porquanto lá se exige a demonstração, para além de uma dúvida razoável, da prática direcionada por um propósito, a representar uma primeira categoria, e há também o *knowledge*, em que o agente atua com conhecimento das circunstâncias concomitantes (outros elementos objetivos), da natureza da conduta ou da probabilidade da ocorrência do resultado, constituindo uma segunda categoria, além da figura do *recklessness*, que seria uma terceira categoria, caracterizadora da imprudência ou temeridade, mas que, acredita-se, apenas desloca o problema, sem resolvê-lo, ao menos no que toca à teoria da cegueira deliberada. De mais a mais, certo que lá, para os elementos subjetivos, exigem-se *standards* probatórios, bem como que a teoria da cegueira deliberada está ligada, justamente, a essa ideia proposta pela categoria do *knowledge*.

A importação dessa proposta teórica para o Direito Penal brasileiro suscita algumas considerações, sendo a principal delas um ponto de partida simples, mas de fulcral relevância na análise da teoria da cegueira deliberada no nosso contexto imputacional interno, a saber, o fato de o Direito Penal brasileiro ter adotado um conceito expresso de dolo, materializado no inciso I do artigo 18 do Código Penal, diferentemente do que fez a maioria dos ordenamentos estrangeiros, como, por exemplo, o espanhol e o alemão, que não trazem construção conceitual alguma. Tem-se, nesse ponto, um conflito com o princípio da legalidade.

O caso paradigma da teoria da cegueira deliberada no Poder Judiciário brasileiro foi, em 2005, o do furto ao Banco Central de Fortaleza-CE, ocasião em que foram subtraídos mais de R\$ 160.000.000,00, o que representa cerca de 03 toneladas de papel moeda. De mais a mais, a teoria foi aplicada especialmente no que tocou à compra de 11 veículos em uma concessionária, em que os dois irmãos proprietários desta foram acusados do crime de lavagem de capitais e condenados em primeira instância 02 anos depois, pois se colocaram em situação de ignorância deliberada ao venderem os veículos para indivíduos que se propuseram a pagar pelos mesmos em espécie, um valor que se aproximava de R\$

1.000.000,00 à época, e nada comunicarem aos órgãos de investigação. De se ressaltar que, em segunda instância, foram eles absolvidos, pois o Tribunal Regional Federal da 5ª região entendeu se tratar, naquele caso específico, de responsabilidade penal objetiva, muito embora tenham feito constar a compatibilidade da teoria da cegueira deliberada com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, o primeiro caso a ser decidido por um Tribunal Superior veio logo depois, com a Ação Penal nº 470, correspondente ao julgamento do chamado “Mensalão”, processo em que, embora não tenha ganho muito destaque, foi suscitada no voto da Ministra Rosa Weber, em que a mesma sustenta ser possível se falar em dolo eventual na lavagem de capitais quando há ciência do agente acerca da elevada probabilidade de estar lidando com bens, direitos ou valores provenientes de um ilícito penal e se porta com indiferença quanto a essa suspeita, mesmo tendo a possibilidade de confirmá-la ou infirmá-la.

Não obstante, uma indagação que se levanta com relação à teoria da cegueira deliberada reside precisamente no seguinte: o desconhecimento pode ser equiparado ao conhecimento? A resposta, a nosso ver, é inegavelmente, em sentido negativo.

Como cediço, o elemento volitivo do dolo sempre esteve em crise, mas, para parte da doutrina, o volitivismo é normativo e não psíquico, de modo que a melhor solução seria trabalhar com a ideia de representação, que diz com um exercício de previsão mental, no lugar de conhecimento. Essa representação não precisa ser completa, bastando uma coconsciência, uma consciência acompanhante; em outras palavras, tem que representar que é possível o risco qualificado pelo resultado, sob pena de não termos a possibilidade de ajuste dos desvios de curso causais.

Em matéria de dolo, há um princípio epistêmico. O dolo tem por referência os conhecimentos que o agente ou o omitente possui ou não, ou seja, o porquê da não representação não suporta elucubração. De qualquer modo, há quem sustente que o desconhecimento, se não justificado, não serve para descarga de responsabilidade, pois não conhecer algo soaria irracional quando a base de conhecimentos do autor levaria qualquer pessoa racional ao conhecimento; não seria uma imputação de matriz deontológica, de infração de um dever, de modo que, a partir de uma base de inferências, é possível concluir; é o

chamado desconhecimento irracional, fundado sob as bases do princípio da racionalidade de matriz epistêmica.

Outro problema enfrentado pela teoria da cegueira deliberada reside no fato de ser uma proposta de perspectiva *ex post*, ao passo que o dolo deve, necessariamente, ser uma verificação *ex ante*, dada sua contemporaneidade ao fato, erigida como requisito constituidor.

De mais a mais, a teoria da cegueira deliberada ostenta alguns outros questionamentos e anteparos, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, muitos deles relacionados à tipicidade objetiva, mas pensa-se que a figura do dolo eventual consegue oferecer, por si só, uma resolução satisfatória para os problemas, sendo despicienda, portanto, a utilização desta proposta oriunda da *common law*.

Como regra, nos casos de delegação, não há espaço cognitivo para a teoria da cegueira deliberada.

Nesse passo, chega-se até mesmo a se questionar se a cegueira deliberada – por alguns denominada de ignorância deliberada – assume efetivamente a condição de vertente teórica ou se é uma regra de equivalência entre a autocolocação em situação de desconhecimento e o dolo eventual, a demandar reflexões que extrapolam o núcleo de cognição do presente estudo.

4.1.2.2 Teoria do Domínio do Fato

Embora tenha havido emprego terminológico semelhante por parte de outros autores alemães, entre eles Welzel, que cunhou a expressão “domínio final do fato” para explicar a compreensão de autoria no âmbito de sua proposta finalista, foi apenas com Roxin que a teoria do domínio do fato recebeu os delineamentos que conferiram a ela a consolidação e estabilidade hoje percebidas. Com efeito, Roxin dimensiona a teoria do domínio do fato, em meados da década de 1960, com vistas a suplantá-la, em especial, impasses observados nos julgamentos pós II Guerra Mundial, uma vez que, no Direito Penal alemão, o autor de um crime de homicídio era sancionado com a pena de morte, ao passo que aquele que fizesse as

vezes de partícipe poderia receber, no máximo, a pena de prisão perpétua, donde o professor de Munique vislumbrava uma clara injustiça na dosimetria da pena, pois aquele que dava a ordem (mandante), logo, partícipe, era sancionado com menor rigor pela legislação penal do que aquele que apenas executava suas ordens, e isso por tomar como premissa cognitiva o fato de que, na maioria das vezes, os autores eram oficiais de baixa patente do Exército nazista e das Forças auxiliares, sendo os mandantes aqueles que se encontravam nas mais altas posições dentro da hierarquia de poder, como o próprio *Führer* e tantos outros, alguns com *status* de ministro de Estado. Embora o líder do nacional socialismo, em virtude de seu óbito, não tenha sido levado a julgamento, muitos não tiveram o mesmo fim e continuam sendo submetidos a julgamento até hoje, logo, quanto a eles, justificada a preocupação de se estabelecerem juízos de equidade no trato das responsabilidades penais.

Precisamente para solucionar esse problema, Roxin edifica a ideia de “aparato organizado de poder”, elevando à categoria de autor o indivíduo que, nos dizeres de Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, “*pode decidir a configuração central do acontecimento*”⁸⁶, passando o mandante, nesses casos, por deter o controle sobre essa estrutura de poder paralela, a ser enquadrado como autor, suscetível, portanto, à aplicação da pena capital na ordem penal alemã daquele período.

Nesse passo, Roxin estrutura a autoria sob as seguintes bases: assume a condição de autor aquele que pratica o crime com as próprias mãos; aquele que atua em coautoria, mediante distribuição equivalente de funções, com integração de todos no tocante à execução do núcleo do tipo penal; aquele que se vale de interposta pessoa, seja por meio da coação ou da indução em erro (figura do “homem de trás”); e, também e por fim, o agente que molda suas práticas por meio de aparato de poder que organiza, em que o executor do crime é de tal modo descartável/substituível que, caso não o faça, outro será colocado em seu lugar e o curso causal não será de forma alguma afetado por essa recusa, tendo aquele que se encontra no controle dessa organização irrestrito domínio sobre o fluxo fático. Em tempo, de rigor que se certifique que podem ser assim consideradas estruturas de poder paralelas ao Estado, donde não inclusas empresas legalmente constituídas e que exercem atividades lícitas, muito embora possam ter práticas desviantes, eis que são elementos inseridos legitimamente no Estado e não oponíveis a ele.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 774.

Esse “*governo sobre o curso do fato*”⁸⁷ é a pedra de toque da teoria do domínio do fato, pois, ao mesmo tempo em que se apresenta como a grande contribuição cognitiva para o estudo do concurso de pessoas, *pari passu*, também se mostra, dada a abertura de sua concepção, como uma questão instável perante algumas construções dogmáticas.

A teoria do domínio do fato é tida, na Alemanha, como uma teoria restritiva da concepção de autor, que busca distinguir o *animus auctoris* do *animus socii*, fundando a compreensão de autoria, conforme sobredito, sob três perspectivas elementares: domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da vontade, repousando justamente na compreensão desta última a problemática ora enfrentada.

Com efeito, a teoria do domínio do fato alicerça suas bases, nesse ponto, na articulação de uma estrutura verticalizada de poder, que se posiciona em paralelo à figura do Estado, de modo que aquele que assume posição de comando e é capaz de emitir ordens para executores absolutamente substituíveis, sem que eventual troca deste executor, dada a automatização da estrutura organizacional, implique qualquer alteração na cadeia fenomenológica, assume a condição de autor mediato, uma vez que detém irrestrito domínio sobre o curso causal do fato criminoso, e não de mero instigador, como o seria, via de regra, se ausente a formação desse aparato organizado de poder.

A responsabilidade penal daquele que se encontra no comando dessa organização criminosa, por mais paradoxal que pareça, se eleva na mesma medida em que se distancia da exequibilidade física do fato. Há quem sustente que isso não se mostraria viável diante do princípio da autorresponsabilidade, o que é de plano bastante questionável, e também que não se aplicaria o critério do aparte à ordem jurídica, a permitir a compreensão dos dirigentes de uma cadeia executiva neste contexto, pois, desta forma, empresas também poderiam ser havidas como aparatos organizados de poder. Contudo, havendo ordem manifestamente ilegal por parte de um superior hierárquico dentro de uma cadeia de comando empresarial, e ausentes as hipóteses de indução em erro ou de coação sobre os executores diretos, aquele responderá pela instigação ou pela indução, sendo, portanto, partícipe, donde inaplicável a afetação da teoria do domínio do fato, porquanto defendido desde sempre, de modo

⁸⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho* Penal... op. cit. p. 702.

crystalino, por Roxin e Schünemann, seus mais notáveis pensadores, a dissociação da ordem jurídica como critério inafastável da edificação do conceito de aparato organizado de poder⁸⁸, sendo vedado àqueles que suscitam uma proposta teórica reescrevê-la de modo a se acomodar aos seus interesses; ou se adota a teoria em sua inteireza e com respeito à sua essência constitutiva ou se rechaça a mesma, o que não se pode é desprezar parcela de sua composição e, ao mesmo tempo, manter sua denominação, sob pena de subverter sua identidade.

Não obstante, no Brasil, se identifica movimento em sentido contrário, sendo certo que o poder de comando em uma unidade corporativa não pode ser confundido com domínio da organização, mesmo porque uma empresa lícitamente constituída, muito embora possa ter preenchidos os requisitos, não pode jamais ser considerada como estrutura de poder paralela ao Estado, porquanto associada à ordem jurídica.

Um aparte merece ser feito. O próprio Roxin salienta que a teoria do domínio do fato, para além de ser uma teoria versável sobre concurso de pessoas e não uma teoria de imputação, ou seja, grosso modo, se um indivíduo é responsável sob a aplicação dessa teoria, também o será sem a suscitação dela (e o contrário também se verifica), somente se aplica aos crimes comissivos dolosos, por ele chamados de crimes de domínio, eis que a norma penal traz a definição precisa da conduta proibida, logo, possível a visualização do controle da mesma, ao passo que os crimes de infração de dever têm que encontrar sua definição de concurso de pessoas em construção teórica diversa, própria para esses, denominada “teoria dos delitos de infração de um dever”, estruturada por Roxin na obra “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, teoria essa que se subsume aos delitos omissivos, em especial à faceta imprópria desses, objeto do presente estudo, donde se extrai a impossibilidade de utilização da teoria do domínio do fato quando em pauta a discussão sobre a responsabilidade penal pela omissão imprópria, pois a matriz dogmática fundante reside não no domínio sobre o fato, mas, sim, na violação de um dever, conforme se averbou anteriormente, ao se descerrar o cenário atual do trato dos Tribunais quanto à criminalidade na ambiência empresarial.⁸⁹

⁸⁸ GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato:** Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. pp. 29-30.

⁸⁹ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000. p. 385.

Desta feita, tomando-se por referência a teoria do domínio do fato, tal qual sustentado anteriormente com relação ao concurso de pessoas em matéria de omissão imprópria, igualmente não se vislumbra adequação em sua aplicação aos crimes omissivos e não foi essa mesmo a intenção do seu idealizador, que sempre deixou muito claro que se trata de uma teoria estruturada para o trato dos crimes comissivos dolosos. No mesmo sentido sobredito, o critério do domínio do fato implica um compartilhamento da concreção do fato típico, que inexistente no âmbito dos delitos omissivos, de modo que somente se mostraria possível definir eventual posição no contexto de coautoria ou de participação após a realização do *tatbestand*, a fragilizar sua condição de garantia, uma vez que seria extraído da conformação estrutural da tipicidade, assumindo as vestes de um critério político-criminal com lastro no foco da punibilidade, como bem articula Juarez Tavares⁹⁰.

Há que se pensar, portanto, em uma leitura conjunta da teoria do domínio do fato com a teoria dos delitos de infração de um dever, aqui insertos, entre outros, os crimes omissivos impróprios, para que se possa alcançar uma compreensão mais ajustada quanto à definição de autoria e participação no âmbito da criminalidade corporativa.

4.1.2.3 Responsabilidade por posição

Aproveitando o ensejo das reflexões acerca da teoria do domínio do fato, restritiva, por excelência, do conceito de autor, tem-se que este, no contexto compreensivo de tal teoria, é considerado a figura nuclear do fato típico, de modo que o partícipe assume posição, dentro da esfera imputacional, com base em uma extensão legal da punibilidade, sendo certo que essa depreensão caminha na contramão da leitura tradicional do artigo 29, *caput*, do CP, condizente com uma percepção extensiva do conceito de autor.

Nesse passo, surge a figura denominada “responsabilidade por posição”, cujo ajuste se busca ver aperfeiçoado por meio da aplicação, registre-se, esvaziada e, portanto, equivocada da teoria do domínio do fato. Com efeito, muitos defendem esta imposição teórica para os crimes praticados na ambiência empresarial, sustentando que aquele que ostenta posição dirigente em uma organização teria domínio sobre o fato, logo, deveria ser

⁹⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes...** op. cit. p. 407.

responsabilizado por crimes cometidos pelos que se encontram abaixo dele no organograma corporativo. Essa, inclusive, a estrutura cognitiva decisória adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP nº 470; fundou-se a condenação de réus com base na posição organizacional que ostentavam, uma vez que a função de chefia/poder impedia que desconhecêssem as práticas criminosas, sendo que, para tanto, lançaram mão da teoria do domínio do fato, que restou manipulada e distorcida.

Contudo, se valem de instrumento absolutamente inapto para o fim que se pretende, pois, conforme sobredito, somente se poderá falar em domínio sobre o fato, ou, mais precisamente, em domínio da vontade, na modalidade domínio da organização, quando se verificar o aperfeiçoamento de três requisitos em concomitância, a saber, a existência de uma estrutura verticalizada de poder, dissociação da ordem jurídica e fungibilidade do encarregado da execução, de modo que a condição de dirigente, por si só, não assume o condão de justificar a responsabilidade penal, pois necessário que se prove o conhecimento, por parte deste, acerca de tais práticas ilícitas de seus subordinados e a verificação correlata do dever de agir para impedir o resultado, além de sua capacidade concreta de fazê-lo. Isto posto, tem-se clara a confusão com a figura da omissão imprópria por parte dos que suscitam essa responsabilidade por posição e, como sabido, a teoria do domínio não é construção idônea para tanto, pois aplicável apenas e tão somente aos crimes comissivos dolosos, que são delitos de domínio, ao contrário dos crimes omissivos, que, por sua vez, assumem a qualidade de delitos de infração de dever.

Desta feita, a responsabilidade por posição alça a teoria do domínio do fato, sob premissas distorcidas e falaciosas, à condição de teoria de imputação, subvertendo sua natureza original de teoria de concurso de pessoas, donde se tem cristalina a inidoneidade e inadequação do emprego desta teoria no trato das questões ora postas sob estudo, sobretudo por implicar uma espécie de responsabilidade penal objetiva, incompatível com um Direito Penal do fato e contribuinte de um inapropriado expansionismo penal⁹¹.

⁹¹ Para maior aprofundamento quanto ao tema do expansionismo do Direito Penal, recomenda-se a leitura da seguinte obra: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; BIANCHINI, Alice (org.); GOMES, Luiz Flávio (org.); OLIVEIRA, William Terra (org.). **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. rev. e amp. V. 6. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. In: Direito e Ciências Afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Entre nós, a responsabilidade por posição se assemelha, em essência, à figura da “*command responsibility*”, que trata da responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos no âmbito dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, norma esta preceituada pelo artigo 28 do Estatuto de Roma⁹², aprovado, em nossa ordem jurídica interna, pelo Congresso Nacional, por via do Decreto Legislativo nº 112/2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388/2002. De mais a mais, além de ser uma construção normativa absolutamente dissociada das premissas democráticas que dirigem nossa ordem constitucional, tem-se que a mesma nenhuma relação guarda, nem mesmo indiretamente, com a teoria do domínio do fato, que se presta à simples distinção entre autor e partícipe, não implicando, outrossim, nenhuma forma adicional de responsabilização penal que já não se haja estabelecida por outros mecanismos dogmáticos, ou seja, não inova e tampouco extrapola as fronteiras de responsabilidade delineadas pelo artigo 29 do CP.

4.2 Análise da posição de garantidor dos decisores de cúpula diante da divisão de funções e da delegação de tarefas

Algumas conclusões nos parecem bem definidas, em especial a de que a identificação da conduta e a correlata atribuição de responsabilidade se pulverizam na ambiência corporativa, mostrando-se um problema de difícil e densa solução. Há, também, uma

⁹² Artigo 28. Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

- i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e
- ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

- a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;
- b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e
- c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

perceptível insuficiência de critérios dogmáticos para lidar com a criminalidade econômica e empresarial. Não obstante, alguns aspectos relevantes merecem ser ressaltados dentro desse contexto.

Em proêmio, retomando a clássica distinção proposta para os crimes omissivos impróprios, a saber, a dicotômica compreensão referente a riscos alheios e riscos próprios, tem-se, em linhas gerais, que as figuras trazidas pelas alíneas “a” e “b” do §2º do artigo 13 do CP remontam a riscos alheios e a cláusula da alínea “c” do mesmo dispositivo diz com hipótese normativa de risco próprio, eis que nessa, distintamente das anteriores, é o próprio garantidor que, com seu comportamento anterior, criou o risco para um terceiro, sendo justamente deste acontecimento que erigiu seu dever de garantia.

Nesse passo, Pierpaolo Cruz Bottini emprega esta mesma distinção legal para tratar da temática empírica dos crimes ocorridos na ambiência empresarial. A cláusula referente a riscos próprios pressupõe a equiparação entre ação e omissão em termos de desvalor, ao passo que os riscos alheios remontam a uma distinção de matriz normativa, de modo que, nesta segunda figura, é preciso investigar um dever de garantia externo à competência corporativa, diferentemente da hipótese de afetação a riscos próprios, em que o garantidor encontra a raiz legitimadora dessa condição na sua própria atividade laborativa, não havendo assunção de risco ou dever legal de proteção. Prossegue averbando que não é todo desdobramento causal que conduz o garantidor, nesse contexto de criminalidade organizacional, à responsabilidade penal correlata, mas que se deve ter em mente seu dever de observância às normas de cuidado, sejam de natureza proibitiva ou mandamental, o que, caso não realizado, deságua no ajuste da criação de um risco não permitido e a consequente obrigação de agir para impedir o resultado lesivo, conformando a categoria da ingerência, muito embora esta não exclua as demais cláusulas, que encontram base legitimadora na avaliação das competências, representativas de um conjunto de deveres de cuidado. Bottini ainda conclui ressaltando a maior gravidade da omissão contextualizada no plano da ingerência indevida do que a observado no plano dos deveres legais ou de assunção de riscos, a auxiliar até mesmo no enquadramento típico da conduta omissiva.⁹³

⁹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Omissão...** op. cit. pp. 130-136.

De qualquer modo, a causalidade assume a posição de elemento central de compreensão da conduta (equivalência das condições), mas isso se entremostra um problema. Pois bem, no Direito Penal brasileiro, adota-se, como regra, para o concurso de pessoas, a teoria unitária, que trata autor e partícipe de modo igualitário, em contrariedade à grande maioria dos países europeus. Ainda, há um excesso de peso do subjetivismo, a elevar mais a categoria do conhecimento do que a do descumprimento da norma, de modo que a discussão intelectual prepondera em contraposição à conformação normativa, o que leva a um salto epistemológico, notadamente à figura da omissão imprópria. Finalmente, percebe-se grande dificuldade no que toca à normatização das categorias do delito, sendo certo que a teoria da norma e a teoria da pena ostentam a mesma função, eis que assumem ambas a condição de instrumentos essenciais de salvaguarda de direitos fundamentais, materializando-os.

A hierarquia e a divisão do trabalho são critérios para a definição da esfera de competência, uma vez que a responsabilidade penal somente pode derivar dos estreitos limites da função ocupada pelo sujeito dentro da organização corporativa. Ao lado desse quadro de funções e competências orgânicas, não se deve perder de vista a necessidade de que se verifique a possibilidade fática de agir para impedir o resultado por parte daquele que ostenta a posição de garantidor.

No recorte normativo da omissão imprópria, faz-se necessário investigar a causalidade, que trabalha com fenômenos reais, frutos de uma leitura normativa. Nesse ponto, a teoria da imputação objetiva parte de uma limitação ontológica causal e avança para a normatividade. De acordo com a teoria da equivalência dos antecedentes, estruturada sob a fórmula da *conditio sine qua non*, em que o limite do regresso se escora no tipo penal, faz-se uma dupla verificação hipotética, eis que, quanto à ação, realiza-se uma supressão mental hipotética, ao passo que, na omissão, promove-se uma adição mental hipotética, refinamento teórico com vistas ao impedimento de uma maximização exagerada da posição de garante.

Nesse passo, para a posição de garantidor, há que se observar alguns requisitos materiais, em especial o controle sobre a empresa. Desta feita, há o garantidor de proteção, figura vinculada ao desamparo da vítima e à conseqüente tutela de bens jurídico-penais, e o garantidor de vigilância, centrado na contenção de riscos e atento aos processos lesivos da corporação.

De outra via, Juarez Tavares articula sobre a definição das figuras de garantidores subdivididas em dois grupos, sendo um relacionado à especial posição de proteção de bens jurídicos e outro à responsabilidade vinculada a fontes geradoras de perigo, que representou, em paralelo com a proposta diferenciadora de Armin Kaufmann retromencionada (que classifica os garantidores sob critérios de proteção e de vigilância), a superação da teoria das fontes formais de Mezger.⁹⁴

Não se pode perder de vista que, na ambiência corporativa, há *standards* de liberdade organizacional, com independência, ainda que restrita, das mais diversas instâncias no trato de algumas questões operacionais e decisórias, sendo esse justamente o ponto de ajuste de eventual afastamento da responsabilidade penal daquele que se posiciona em um degrau mais alto da cadeia dirigente.

Com a delegação de tarefas, há uma natural extensão de responsabilidade, a promover modificações no cenário de responsabilidade individual, contudo, de se verificar que não há uma outorga de competência em sua essência, mas, como averbado, uma delegação de labores, donde preservada uma reserva de competência por parte do delegante, que concentra em si o poder/dever de controle e vigilância sobre as fontes de perigo inerentes à atividade que está sob sua supervisão e sendo cumprida pelo delegado, assumindo, desta feita, uma posição de garantidor secundário. Não obstante, embora isso pareça claro sob uma perspectiva de abstração, o mesmo não se verifica no plano empírico, pois o Direito Penal tradicional sempre esteve focado em esferas individuais de atuação, sem considerar estruturas macros e micros de articulação de contribuições fenomenológicas de uma pluralidade de pessoas, então, por demais densa essa certificação de responsabilidade em decorrência do resguardo de domínio sobre a causação do resultado penal.

Muito comum falar-se em assessoriedade administrativa em matéria penal empresarial, mas é preciso delimitar o espaço de alcance dessa assertiva em matéria de imputação penal, uma vez que impensável estabelecer-se uma relação de direta identificação e extensão entre essas duas searas; oportuno distinguir, ademais, a responsabilidade individual e exclusiva do delegado que se excede no cumprimento dos seus deveres laborais

⁹⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes...** op. cit. pp. 316-317.

da responsabilidade por omissão do dirigente que detinha a condição de garantidor e, conhecedor do risco e com possibilidade fática de intervir, optou por se abster.

Dentro do espectro de uma tendência moderna da doutrina penal, a comissão por omissão deve ser havida, com base em um prisma normativo, sob premissas materiais e de composição que guardem identidade com as mesmas observadas no plano da ação, afastando-se de construções meramente axiológicas, que desprezam categorias ontológicas da figura omissiva.

Silva Sánchez, por vislumbrar a necessidade de que sejam impostos determinados freios à compreensão prática da omissão imprópria, articula justamente nesse sentido do espelho estrutural entre ação e omissão, em especial no que toca à construção normativa da concepção de controle sobre o fato, donde resta percebida a postura do garante que se arvora sob o compromisso de proteger certa objetividade jurídica diante de um cenário de vulnerabilidade e risco. O garante deve, portanto, assumir uma vontade deliberada de se alçar a esta posição, a rechaçar a ideia de responsabilização com base em simples infração de um dever.⁹⁵ Como bem averba Renato de Mello Jorge Silveira, essa limitação teleológica proposta por Silva Sánchez, muito embora pensada e estruturada com afincamento na criminalidade clássica, encontra perfeita adequação à criminalidade empresarial, em especial a econômica, desde que articuladas adaptações quanto às ideias de organização e domínio, de ingerência e barreira de contenção de riscos a bens jurídicos, de modo a validar, agora nesse plano específico da dogmática penal, esta construção de equivalência edificada pelo penalista espanhol.⁹⁶

No tocante à figura do empresário, sua posição de garantidor se legitima na justa medida de seu controle sobre a causação do resultado, em especial a capacidade ordenadora que tem sobre os delegados (perspectiva verticalizada) e também o dever de contenção de riscos paralelos (perspectiva horizontalizada), donde se extrai não um mero dever jurídico-penal que se baste por si só, mas sim uma complexa estrutura de inter-relação, com uma

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El Delito de Omisión: concepto y Sistema*. Buenos Aires: BdeF, 2010. pp. 370-372.

⁹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. BRANDÃO, Cláudio (coord.). *Direito Penal Empresarial...* op. cit. pp. 118-124.

definição clara de competências e de medidas voltadas à desincumbência com zelo dessas posturas vigilantes e protetivas que se espera do garantidor.

Segundo Ricardo Robles Planas, estão conservados espaços de neutralidade em comportamentos de membros de uma cadeia executiva, sendo um deles justamente no âmbito das condutas comissivas por omissão projetadas na ambiência empresarial, de modo que, caso esses dirigentes procurem munir-se dos conhecimentos necessários acerca dos perigos típicos daquela determinada atividade empresarial, a demandar, portanto, uma boa estrutura do fluxo informacional interno, e ajam para impedir o resultado dentro do que lhes era factualmente possível, poderão se desincumbir de qualquer responsabilidade penal.⁹⁷

4.3 Dever de vigilância e sua compatibilização com o princípio da confiança

As principais linhas defensivas em matéria de criminalidade de empresa invariavelmente perpassam pelo princípio da confiança, proibição de regresso, amoldamento de ações neutras, ausência de dolo (pessoalmente, não tinha conhecimento) e até mesmo infortúnio. Não obstante, ater-se-á à primeira figura, dada sua maior pertinência com o tema sob estudo.

O Direito Penal, ao longo de sua história, tem se desenvolvido sob a base de teorias imputacionais, sendo certo o incremento, pela proposta funcionalista, do conceito normativo de imputação.

Com efeito, a teoria da imputação objetiva aportou tardiamente no Brasil (apenas final dos anos 90 do século passado) e no diagrama voltado para delitos materiais de resultado, que sempre foi o foco da Teoria Geral do Delito, além de ainda não ter encontrado aplicação prática pelo Poder Judiciário, o que se reputa ao claro déficit de conhecimento acerca das categorias de imputação por parte dos personagens que atuam nesse poder.

Com o passar do tempo, críticas foram sendo formuladas à teoria da causalidade, em especial por se tratar de um fenômeno natural, o que conduziria à explicação das causas de

⁹⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Estudos de Dogmática Jurídico-Penal...** op. cit. pp. 234-237.

um resultado destituída, assim, de natureza jurídica, donde se sobressairia a necessidade de se buscar um nexu jurídico entre comportamento e resultado, de modo que a causalidade seria, desta feita, apenas o primeiro passo da imputação.

Nesse ponto, alguns autores começaram a pensar na criação de uma teoria que permitisse ao Direito explicar normativamente o resultado, ocasião em que nascem as teorias da imputação objetiva, sendo os primeiros esboços em Hegel (*Rechtsphilosophie*), com Karl Larenz desenvolvendo-a no Direito Civil e Richard Honig começando a escrever sobre a mesma no Direito Penal, já nos idos de 1930. Posteriormente, com o auge da teoria finalista, a imputação objetiva ficou de certa forma escanteada. Na década de 1960, Roxin ressuscita as construções de Honig e reestrutura o tipo objetivo, assinalando sua composição por meio da junção dos elementos conduta, nexu de causalidade, resultado e imputação objetiva.

Claus Roxin propõe algumas indagações acerca do tipo objetivo, para que se tenha aferido seu aperfeiçoamento, a saber: i) o comportamento do agente representa um risco proibido? (ii) O resultado lesivo pode ser considerado como realização do risco no plano concreto? (iii) Está inserido no âmbito de proteção da norma? Quanto a este último, o próprio Roxin reconhece que, por vezes, não se ajusta.

Nesse caminhar, no contexto da teoria da imputação objetiva e sua aplicação à omissão imprópria, melhor seria falar em nexu de não impedimento no lugar de nexu de causalidade, que, ao se referir à modificação do mundo exterior, não assume a vestimenta de conceito jurídico, sendo explicado por outros ramos da ciência, como a medicina, a física, entre outros.

O nexu de não impedimento não é suficiente, por si só, para conduzir à imputação de uma responsabilidade penal, donde sobressai a imputação objetiva como um reforço ou complemento da causalidade, de modo que dados normativos assumem função de complementaridade com relação a dados naturalísticos, não os substituindo.

Conforme dito anteriormente, a mera existência de um resultado lesivo e a inação do garantidor não conduzem necessariamente à implicação da responsabilidade penal deste, sendo certo que, como bem colocado por Pierpaolo Cruz Bottini, os critérios para essa aferição podem ser encontrados na teoria da imputação objetiva, embora isso demande,

como o próprio autor diz, um maior esforço dogmático. Portanto, imprescindível que se verifique a manutenção ou incremento de um risco não permitido através da conduta do omitente e que esse risco se desdobre em um resultado lesivo, diretamente vinculado à inação do omitente, que assume a vestimenta de condição negativa para o ajuste do resultado, sendo de rigor compulsar a possibilidade fática de agir para impedir o resultado e que esse comportamento esperado seria, por si, capaz de evitar o evento danoso com alto índice de probabilidade. Mas há, ainda, um terceiro critério: a adequação ao âmbito de proteção da norma, devendo haver umbilical relação entre a omissão contributiva para o resultado lesivo e o risco não permitido pela norma de cuidado, de modo que, ausente pertinência, não se justificará a imputação de responsabilidade penal ao omitente.⁹⁸

Nesse passo, dentro de uma perspectiva de imputação objetiva, a comissão por omissão não requer a reconstrução do fato, mas se debruça sobre a afirmação da existência de indícios de que tinha conhecimento, tanto que há quem sustente a integração da teoria da imputação objetiva com o *compliance*.

Eis que se chega ao postulado do princípio da confiança, que pode alterar o grau da responsabilidade penal, justamente em razão da diminuição do dever de vigilância que traz consigo, limitando o dever de garante originário. É um limitador do poder de punir estatal.

Com efeito, o risco não é inerente apenas à conduta de uma determinada pessoa, podendo alcançar a esfera dos que se posicionam em seu entorno, donde nasce a ideia do princípio da confiança no contexto da academia alemã, originariamente pensada para atender às relações atinentes ao trânsito de veículos, de modo que um condutor poderia suscitar este postulado por acreditar que os demais condutores igualmente respeitariam as normas de segurança viária, reduzindo, com isso, a ideia de previsibilidade. O princípio da confiança assumiu sobreposição a uma figura diametralmente inversa, que dizia com o princípio da desconfiança, isto é, uma pessoa prudente sempre deveria contar com a incorreção dos outros.

⁹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Omissão...** op. cit. pp. 136-143.

Com a evolução dogmática do princípio da confiança, passou ele a ser empregado em outras categorias de crimes em que percebidas a contribuição de terceiros, notadamente naquelas que envolviam divisão de atividades na ambiência laborativa e empresarial.

O postulado da confiança está intimamente vinculado à ideia do princípio da autorresponsabilidade, de modo que seria franqueado àquele que observa seu dever objetivo de cuidado, agindo dentro dos limites do risco permitido, confiar que os que estão à sua volta e participando do mesmo acontecimento também irão assim proceder, logo, sua conduta é norteada com base nessa premissa.

Conforme sabido, diversas são as vertentes teóricas da imputação objetiva, havendo algumas estruturações distintas entre elas. Claus Roxin, em sua proposta, aloca o princípio da confiança dentro da precisa esfera de compreensão do risco permitido, restringindo-o aos delitos culposos, muito embora inclua dentre eles os que envolvem divisão de tarefas no ambiente de trabalho, ao passo que Günther Jakobs o posiciona como cláusula geral de exclusão da imputação, delineando sua teoria sob dois *standards* de imputação, sendo um no plano do comportamento, que engloba a figura do princípio da confiança, do risco permitido, da proibição de regresso e da competência do ofendido, e outro no contexto do resultado, donde se depreende sua aplicabilidade a toda e qualquer categoria de delito⁹⁹. Outros autores adotam posicionamentos peculiares, como Ingeborg Puppe, que o visualiza sob feição revestida de excepcionalidade.

Nesse passo, com efeito, uma grande discussão diz com a extensão dos deveres especiais dos que se encontram em órgãos de direção de evitar condutas delitivas dos delegados, ou seja, qual o *standard* de vigilância e de controle são exigidos para que se posicionem em situação de neutralidade penal? Como bem observa Ricardo Robles Planas, essa é uma questão efervescente na academia alemã, no contexto do chamado *Geschäftsherrenhaftung*. O delegado é um indivíduo autorresponsável, de forma que, agindo por conta própria, como se particular fosse, a responsabilidade penal recairá exclusivamente sobre ele, o que não se verifica quando este se comporta sob o prisma do “*potencial específico de atuação*”, seja ele material ou jurídico, que lhe pertine em razão de sua posição

⁹⁹ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.

organizacional.¹⁰⁰ Nesse contexto, deve-se verificar o grau de intervenção dogmática do princípio da confiança.

O princípio da confiança deve ser compreendido, portanto, de modo a oferecer critérios de proporcionalidade e racionalidade aos regramentos que o circundam, pois certo que não se cuida de um postulado de ilimitada aplicabilidade, sendo um vetor limitador da norma de dever de cuidado objetivo, no contexto dos crimes culposos, e também um referencial normativo para a delimitação do dever de garantidor em matéria de divisão de funções e de delegação de tarefas na ambiência corporativa, desde que não se vislumbre, por qualquer razão, a possibilidade de que o terceiro não agirá em conformidade normativa, seja por incapacidade de atuação ou por deliberação autônoma nesse sentido.

4.4 Verificação da responsabilidade penal da cúpula organizacional sob o prisma das imputações subjetiva e objetiva

A Criminologia, pensada sob as premissas da ambiência empresarial, ainda é muito incipiente. Com efeito, há quase um século, Edwin Sutherland desenvolveu a Teoria da Associação Diferencial Criminal, acreditando que o comportamento criminoso deriva de uma suposta desordem social, com a qual o indivíduo aprende a delinquir; anos depois, Robert Merton cria a Teoria da Anomia, preceituadora de uma insubsistência de mecanismos institucionais aptos a contribuir para o alcance do preenchimento de determinados objetivos de ordem cultural, donde se extrairia a prática de condutas desviantes; ainda, Gary Becker, no fim da década de 1960, vem estruturar sua Teoria da Escolha Racional, segundo a qual tudo é sopesado, calculado, como, por exemplo, o custo da multa, que é diluído e o consumidor final acaba arcando com ele, pressão por performance, lideranças tóxicas ou narcisistas apregoadas na empresa, enfim, uma análise probabilística entre a prática da conduta ilegal em confronto com a revestida de legalidade, em que se verificam os riscos inerentes, de forma que os comportamentos coletivos derivam de construções individuais, como nos processos de tomada de decisão, nas deliberações de assembleias e conselhos, entre outros. Mas ainda não se conseguiu estabelecer um cenário de larga aceitação no âmbito da Criminologia Empresarial, a demandar profundos estudos e uma maior incursão

¹⁰⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Estudos de Dogmática Jurídico-Penal...** op. cit. p. 237.

nas premissas metodológicas, o que, por certo, escapa ao núcleo definidor da presente pesquisa teórica.

Renato de Mello Jorge Silveira levanta uma discussão relevante. No âmbito das condutas comissivas e sob o prisma avaliativo da teoria da imputação objetiva, o incremento do risco ao bem jurídico se configura como critério definidor da responsabilidade penal. Contudo, seria possível transferir essa estrutura cognitiva para o plano das condutas comissivas por omissão, sem prejuízo de sua validade? Prossegue citando o caso paradigmático do *Lederspray* (BGHSt 37, 131), mencionado anteriormente, em que se definiu a responsabilidade pelo produto sempre que, exigida a intervenção conjunta de diversos personagens em um ato deliberativo da organização, alguém não se desincumbir de todos os meios possíveis para conter o risco ao bem jurídico, ainda que sua capacidade de interferência se restringisse a uma simples suscitação da controvérsia, a fim de que fosse estabelecido maior debate do tema.¹⁰¹ De mais a mais, para além de questões de marco probatório, para a configuração da responsabilidade do garante há de se ter em conta o ajuste dos elementos objetivos e subjetivos que compõem o tipo penal.

Retomada a questão da necessidade ou não de verificação do elemento subjetivo, em especial da figura do dolo, em matéria de omissão imprópria, muito embora encontre assento em parcela da doutrina a linha de pensamento pela sua desnecessidade, negar relevo à estruturação do elemento subjetivo implica uma série de distorções dogmáticas, em especial se se considerar que o legislador optou por conferir à omissão imprópria o mesmo *status* sancionador direcionado à comissão, portanto, outra não pode ser a cognição senão pela imprescindibilidade de tal configuração subjetiva, com atenção especial à figura do dolo eventual, ao lado dos critérios de imputação objetiva, tal que se observa no contexto das condutas comissivas, não havendo que se falar em qualquer distinção, por absoluta equiparação de tratamentos, mas apenas temperamento e ajustes dogmáticos.

Conforme salienta Juarez Tavares, ao contrário do que se nota no plano das condutas comissivas, em que o dolo é orientado com vistas à realização da ação típica, em matéria de omissão imprópria, o dolo deve ser direcionado à decisão pela inação, mesmo consciente de que sua ação era possível e provável favorecedora, nos limites da certeza, da evitação do

¹⁰¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direito Penal Empresarial...** op. cit. pp. 136-137.

resultado lesivo, não bastando a representação do dever de garantidor e da possibilidade fática de agir, devendo inserir, em razão do elemento volitivo necessário, a decisão de quedar-se inerte diante da ação possível e adequada.¹⁰²

Renato de Mello Jorge Silveira suscita, com vistas a obstar o que chama de “*sobrecriminalização indireta*”, resultado de imputações ilegítimas, a figura do duplo dolo, a distinguir o dolo de autoria do dolo de participação, a impedir a reprodução automática da figura dolosa dos crimes comissivos para os omissivos impróprios e, com isso, um direto e indesejável expansionismo penal nesse segundo plano imputacional. E prossegue traçando, em confessa paráfrase de Arquíloco, uma interessante construção análoga, em que define a necessidade de se verificar a relação estabelecida entre delegante e delegado, de modo que, de acordo com a extensão dos conhecimentos do delegante sobre as práticas da empresa, deveria ele ser considerado um porco-espinho ou uma raposa, sendo a primeira figura correspondente àquele que detém conhecimento profundo de apenas uma parcela das atividades, embora relevante, e a segunda figura atinente àquele que ostenta amplo conhecimento sobre a totalidade da operação organizacional. Se considerado um porco-espinho, o delegante deve apenas saber selecionar bem a pessoa do delegado, para quem incumbirá a realização das tarefas, ao passo que, visto como raposa, deverá o delegante exercer domínio irrestrito das execuções promovidas pelo delegado. Conclui sustentando que a precisa delimitação do dolo do delegante e do delegado deve ser resguardada para o campo probatório, com base na qualidade das informações colacionadas, a permitir uma correta edificação imputacional desses diferentes personagens da complexa estrutura da criminalidade empresarial.¹⁰³

Nesse contexto, Juarez Tavares averba a inadmissão da figura do dolo eventual em matéria de crimes omissivos impróprios, devendo ser compreendido, nesses casos, como se delito culposos fosse. No mais, quanto ao dolo direto, sustenta que o omitente deve ostentar grau de consciência no tocante à sua condição de garantidor e representar o nexo de não impedimento e o resultado lesivo à objetividade jurídica tutelada pela norma, bem como da

¹⁰² TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes...** op. cit. pp. 393-398.

¹⁰³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direito Penal Empresarial...** op. cit. pp. 177-184.

plausibilidade fática de equiparar ação e omissão, além da vontade de manter-se inerte, lesando, com sua inação, o bem jurídico-penal em relevo.¹⁰⁴

No tocante às espécies de resultado, algumas observações se mostram oportunas no contexto do presente estudo. Com efeito, sabe-se que o resultado naturalístico se subdivide em material, formal e de mera conduta, ao passo que o resultado em sentido jurídico se subdivide em dano e perigo, que, por seu turno, novamente se subdivide em abstrato, hipotético/intrínseco e concreto, de forma que, articulando-se uma integração entre esses dois critérios, chega-se ao seguinte cenário: crimes de mera conduta, que compreendem os de perigo abstrato, os de perigo hipotético e os de dano, e crimes de resultado, que abarcam os de perigo concreto e de dano.

Isto posto, nos crimes de mera conduta, dado seu caráter instantâneo, não se vislumbra possibilidade fenomenológica para o ajuste da omissão imprópria, o mesmo se podendo dizer acerca dos crimes de perigo abstrato e hipotético, de modo que apenas nos crimes de resultado se poderia arvorar acerca de seu aperfeiçoamento, a exemplo do expressamente disposto nos artigos 11 do Código Penal espanhol e §3 do Código Penal alemão (StGB). Quanto aos crimes de perigo concreto, há quem defenda a possibilidade, com base no incremento do risco, contudo, se se adotar tal cognição, estar-se-á punindo um incremento do risco de causar um risco, donde se depreende um expansionismo penal indesejável. De mais a mais, a teoria da causalidade somente faz sentido nos crimes que têm resultado naturalístico. Nesse ponto, por ser a corrupção, por exemplo, um crime de perigo abstrato, não caberia omissão imprópria em seu contexto, muito embora haja autores que, partindo do conceito de resultado, entendem ser possível seu ajuste nessa modalidade típica.

Em face do exposto, têm-se estabelecidas as controvérsias a respeito da omissão imprópria no seio da ambiência empresarial, as quais demandam profundas reflexões por parte da academia e também dos Tribunais, com vistas à oferta de soluções dogmáticas adequadas e consentâneas com um modelo democrático de Estado, sem desprezar suas categorias jurídicas próprias.

¹⁰⁴ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria...** op. cit. p. 408.

4.5 Soluções apuradas e tomada de posição quanto à omissão imprópria na ambiência das sociedades anônimas e limitadas

Finalmente, passa-se a indicar as estruturações que se entende oportunas e adequadas no trato da matéria da omissão imprópria na ambiência empresarial, com seus reflexos e contornos práticos inerentes, com vistas ao apontamento de construções dogmáticas favorecedoras de soluções satisfatórias.

Partindo-se de uma visualização hipotética, pense-se no exemplo de 10 diretores de uma empresa que, por disposição estatutária, votam em uma assembleia sobre a decisão de promover, ou não, o despejo de poluentes em um rio, sendo que os 07 primeiros votam para que seja feito o despejo de rejeitos, 01 se abstém de votar e os 02 últimos votam em sentido contrário. De acordo com a Teoria da Condição Conforme uma Lei Natural, aplicada à criminalidade econômica e empresarial, questões como essa devem ser analisadas sob uma perspectiva de probabilidade, pois os últimos a votarem podem ter deliberado naquele sentido somente por já ter sido alcançada maioria e não quererem se comprometer, logo, os últimos votos seriam indiferentes, pois o resultado já estava definido. Questão tormentosa também se verifica com relação à abstenção, pois poderia, em tese, falar-se de eventual figura omissiva, mas, para tanto, imprescindível que se avalie, entre outros aspectos, a especialidade dos conhecimentos dos conselheiros e eventual condição de beneficiário daquela tomada de decisão, a incidir essas aferições, notadamente, no que toca à formação do dolo.

Nesse passo, há quem sustente que o diretor que votou a favor do desvio de conduta nas práticas da empresa, superado o mínimo de votos necessários para aprovação na deliberação colegiada, não deve ser responsabilizado criminalmente, uma vez que o resultado lesivo não seria diretamente atribuível, do ponto de vista objetivo, ao seu voto, haja vista os votos dos demais dirigentes, logo, seu voto, isoladamente considerado, seria insuficiente para a realização ou evitação do resultado naturalístico.

Por outro lado, há os que defendem a ideia da causalidade alternativa, donde se tem que, se se eliminar mentalmente algumas condições de modo isolado, o resultado lesivo remanesce, mas, ao se refazer esse exercício, agora com a eliminação em concomitância das condições, o resultado deixar de se projetar, todas serão instrumentos causais. No

entanto, aqui surge um problema sensível, que diz com a atribuição de responsabilidade penal a um indivíduo em decorrência da adição do comportamento de um terceiro, mas sem que haja liame subjetivo entre as condutas deles.

Inovadora proposta teórica para solução surge com a figura da *insuficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition*, teoria da condição mínima conhecida pela sigla INUS e desenvolvida por John Leslie Mackie, que preceitua ser causa suficiente a que assegura o ajuste do efeito e necessária a que se mostrar indeclinável para tanto. No exemplo hipotético ora apresentado, o voto de qualquer um dos 10 diretores é compreendido como condição mínima para o ajuste do resultado lesivo, ou seja, são todos causais para o resultado. Essa última proposta parecer ser a mais adequada, até mesmo do ponto de vista de justiça, muito embora esse seja um conceito arraigado de um subjetivismo que extrapola o âmbito de extensão do presente estudo.

Não obstante, havendo uma duplicidade de causas aptas à produção do resultado lesivo, Silva Sánchez sustenta que os votos que extrapolaram a maioria necessária para a aprovação do tema em pauta não de ser tidos como impuníveis, caso tenha sido estabelecida uma organização de votação em que as manifestações deliberativas se sucederam, uma vez que seriam contribuições neutras.¹⁰⁵

Ainda, no tocante à abstenção de votar e aos que votaram em sentido oposto ao desvio de conduta criminoso, remanesce a questão acerca da imputação de responsabilidade penal, pois o primeiro manteve-se inerte diante do risco de lesão ao bem jurídico e os demais, em que pese tenham se manifestado negativamente, nada mais fizeram.

Em nosso contexto normativo pátrio, em se tratando de uma sociedade anônima, cabe ao dirigente vencido consignar em ata sua irresignação ou, caso isso não se mostre possível, deverá reportar tal fato ao órgão competente, seja o Conselho de Administração, o Conselho Fiscal ou a assembleia-geral, conforme disposto no §1º do artigo 158 da Lei nº 6.404/1976, que, embora trate da responsabilidade civil, natural e lógico que, dado o postulado da fragmentariedade, seja estendido ao cenário penal.

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal...* op. cit. pp. 123-124.

Em tempo, não havendo disposição específica para o âmbito das sociedades limitadas, tem-se que o fato de votar em sentido oposto ao condutor do resultado lesivo já basta para eximir o dirigente de qualquer esboço de responsabilidade penal.

De outra banda, quanto ao que se absteve ou até mesmo tenha se ausentado da sessão deliberativa, em sendo conhecedor dos riscos inerentes àquela votação, poderá responder a título de omissão imprópria.

Nessa seara discursiva, abre-se espaço para aferições na questão do concurso de pessoas em matéria de omissão imprópria. Com efeito, é de se considerar que, tanto na omissão própria como na imprópria, a responsabilidade pela omissão se configura sob uma perspectiva individual, estritamente ligada à ideia de dever imposto, assumindo relevância não o comportamento do indivíduo, mas, sobretudo, sua relação especial com o bem jurídico-penal tutelado pela norma em referência em cada caso.

Assume relevo essa cognição justamente em contextos de deliberação colegiada, em especial no ambiente decisório das sociedades anônimas e limitadas, porquanto cada votante assume, a rigor, a posição, individualmente considerada, de garantidor, não guardando relação alguma com os deveres dos demais com direito a voto.

Não há que se falar, a rigor, em concurso de pessoas em matéria de crimes omissivos, uma vez que em pauta delitos que implicam infração de um dever, seja de solidariedade diante de uma situação fenomenológica de perigo (omissão própria) ou de impedir o resultado lesivo em virtude de uma especial vinculação com o bem jurídico objeto de tutela (omissão imprópria). Ocorre que, seja na omissão própria ou na imprópria, esse dever é pessoal, não havendo comunicação no processo de decisão e tampouco possibilidade de contribuição alheia, não havendo, portanto, que se falar em participação e tampouco em coautoria.

Haverá de se falar, tão somente, em uma espécie de autoria colateral por omissão, pois cada omitente será autor individual, tanto que, imaginando-se dois indivíduos que deliberam pela prática de idêntica conduta omissiva, abstendo-se do salvamento, não se verificará a mesma responsabilidade penal para ambos se se conjecturar que um detinha a posição de garantidor e o outro não, justamente porque o dever é pessoal e não comunitário;

de mais a mais, mesmo que se pense em dois indivíduos que ostentem posição de garantidor, ainda assim não se verificará um dever solidário para ambos, mas apenas um dever individual para cada.

Com efeito, a pedra de toque para definição da esfera de responsabilidade penal reside precisamente na compreensão da intensidade de sua correlação com o bem jurídico protegido pela norma penal, de forma que, partindo-se da premissa de que os delitos omissivos se circunscrevem sobre infrações de deveres, qualquer um que incorra na inobservância de um dever que lhe caiba e haja sido imposto já estará, sob uma consideração individual, inserto na realização típica de um delito, sendo indiferente a existência de uma terceira pessoa que empenhe uma resolução conjunta e se a fonte do dever de ambos é a mesma ou não.

Ainda, questão interessante remonta à hipótese de contribuição comissiva de terceiro para a omissão do garantidor. Pensa-se aqui haver a preservação da resolução proposta, ou seja, também inexistente o ajuste do concurso de pessoas, porquanto todos que contribuem de alguma forma para o fato típico devem estar subordinados, rigorosamente, aos mesmos critérios imputacionais, o que se entremostra inviável se tivermos diante de uma figura comissiva em paralelo com uma omissiva, que possuem arcabouços normativos completamente distintos. Nesse contexto, Juarez Tavares cita o exemplo do particular que instiga (conduta comissiva, portanto) agente público a deixar de praticar ato de ofício que lhe cabia (crime de prevaricação – artigo 319 do Código Penal –, delito omissivo por essência), formatando a conclusão de que somente se poderá aventar de responsabilidade penal do instigador se houver previsão típica específica para essa conduta comissiva, ainda que essa resolução soe, de certo modo, injusta¹⁰⁶.

Enfim, não se consegue identificar a conjugação de um concurso de pessoas, seja na modalidade coautoria, participação ou autoria mediata, quando em pauta delitos omissivos impróprios que contam com uma pluralidade de personagens envolvidos, sendo o mais adequado, do ponto de vista da lógica estrutural da dogmática penal, tomar a todos sob a qualidade de autores diretos individuais, preservando-se, assim, a premissa de que os deveres

¹⁰⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes...** op. cit. pp. 407-408.

são igualmente individuais, não havendo qualquer alteração o fato de outrem oferecer contribuição, de maior ou menor relevo, para a realização típica.

De outra banda, para fins de estruturação do caminho para aferição dos graus de responsabilidade penal, mostra-se mais adequado, do ponto de vista principiológico penal, o modelo *bottom up*, sob pena de se conferir prevalência à infração de deveres em contraposição à violação de bens jurídico-penais, uma vez que aquele que está mais próximo da ocorrência fenomenológica também o está da afetação do bem jurídico, sendo mais lógico, do ponto de vista da metodologia investigativa, buscar-se uma resposta que venha de baixo para cima, até mesmo em observância aos primados da punibilidade, muito embora se reconheça a contribuição da fórmula *top down* para a demarcação do âmbito de responsabilidade no bojo organizacional.

Nesse passo, mostra-se inegável a sedução do discurso pela imputação de responsabilidade penal a título de comissão por omissão, sobretudo na ambiência empresarial, a gerar o que Renato Silveira chama de “*buraco negro penal*”¹⁰⁷, mas as novas compreensões de governança corporativa, sendo a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976) a primeira a tratar deste tema, de gestão de riscos e de *criminal compliance* congregam a necessidade de novas articulações dogmáticas, face estes sistemas de autorregulação observados, e consubstanciam as principais linhas de compreensão da definição do espectro de responsabilidade penal.

Com efeito, nesse ponto, importante chamar a atenção para a sobrelevada relevância da necessidade da existência de sólidos programas internos de *compliance* por parte das organizações, com a definição bem individualizada do organograma da empresa, a fim de que se possa nele encontrar o delineamento preciso das atribuições de cada personagem dentro dos mais diversos setores e departamentos corporativos, com vistas à individualização da responsabilidade penal.

A título de exemplo, pode-se considerar um caso prático em que uma sociedade anônima conte com um código de conduta, um canal de denúncias, a implantação de governança corporativa e um departamento de *compliance*. Nesse passo, tem-se o conselho

¹⁰⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direito Penal Empresarial...** op. cit. p. 112.

de administração, composto por, no mínimo, 03 membros, e competente para velar pelas boas práticas, sendo o responsável pela governança corporativa, eis que, dentre as funções do conselho de administração, estão o trato das questões contábeis, o delineamento da cultura empresarial, entre outras. Se se verificar que, em algum momento, o CEO da companhia não tem velado pela transparência na sua gestão e o conselho de administração não o destitui e nada faz, surgirá o questionamento: os membros do conselho de administração podem responder pela prática de um crime praticado por esse CEO? Pensa-se que sim, mas sob qual vínculo? Necessariamente, há de se verificar o vínculo do conselho de administração com a diretoria. De qualquer modo, com bem afirma Ana Isabel Pérez Cepeda, o conselho de administração tem assumido, dentro das composições das sociedades anônimas de grande estatura, uma qualidade cada vez mais sensível de organismo fiscalizador.¹⁰⁸

Desta feita, tem-se a clarificação de algumas premissas nucleares acerca do tema. A responsabilidade penal se estrutura sob uma base individual, a qual, inserida em uma estrutura corporativa, suporta a influência de fatores criminógenos inerentes, sendo certo que, em que pese esta estruturação normativa sob o prisma da individualidade, na grande maioria das vezes, as condutas assim não o são, muito pelo contrário, o resultado fenomenológico deriva da somatização de uma pluralidade de ações e/ou omissões, de modo a ser imperceptível para o agente, em algumas delas, a verificação da conformação de um injusto penal em sua conduta quando isoladamente considerada. Essa somatização se contempla em um cenário cada vez mais comum de divisão de funções e delegação de tarefas no ambiente organizacional, além do processo de tomada de decisões, alguns deles deliberados em colegiados, donde se percebe a necessidade da verificação da posição de garantidor ou não e a correlata dificuldade de certificação daquela responsabilidade penal estruturada sob o plano da individualidade.

Mas, partindo-se da premissa de que uma empresa é, por si, uma fonte de perigo e que o indivíduo que compõe a sua cúpula decisória e executiva pode ser considerado na condição de garantidor, dentro de perspectivas horizontais e verticais da operacionalização do funcionamento organizacional, resta pendente a verificação de quais condutas se mostram exigíveis por parte do mesmo para que possa rechaçar a imposição de responsabilidade penal por eventual resultado lesivo ao bem jurídico-penal objeto de tutela.

¹⁰⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*. Barcelona: Dedecs, 1997. p. 65.

Conforme se viu, até aqui, as soluções entregues pelos Tribunais pátrios não encontram, na grande maioria das vezes, um mínimo de adequação dogmática, apresentando-se mais como discursos teóricos manipulados e subvertidos dentro de suas próprias essências, destituídas de um mínimo de lastro de razoabilidade.

Nesse passo, mostra-se de grande relevo que se recorra à aplicação das bases da teoria da imputação objetiva, a fim de se verificar, em especial, em um primeiro plano desta proposta teórica, se a conduta do dirigente caracterizou a criação ou incremento de um risco não permitido, ou, mais propriamente, a não recondução do risco a padrões de tolerabilidade. Assim, quais as medidas exigidas para que se afaste esta primeira premissa e, com isso, a possibilidade de responsabilização penal?

Sob uma perspectiva vertical, para que o dirigente garantidor se desincumba satisfatoriamente desse dever, imprescindível que reste verificada uma delegação de tarefas materialmente correta, o que se mostra possível somente se se observar uma seleção idônea das pessoas delegadas, a adoção de medidas que garantam a essas uma atuação sob padrões regulares, inclusive com aporte informacional necessário, e que haja estabelecida uma permanente coordenação delas por parte do delegante, que preserve em si o dever de vigilância quando delega encargos operacionais na esfera empresarial aos que se encontram hierarquicamente abaixo de si no organograma da corporação.

Por outro lado, no plano da divisão de funções (horizontalidade), tem-se que observar o princípio da estrita separação de competências, as quais devem estar muito bem e claramente definidas no organograma da empresa, a fim de que se possa verificar, de plano, sempre que necessário, as esferas de responsabilidade e de atribuições por parte de cada colaborador, e aqui se insere a imensa contribuição que pode ser proporcionada por um sério programa de *compliance*, porquanto esta a ferramenta que poderá fornecer tais informações individualizantes, sendo este o ponto de partida para a identificação de eventual responsabilidade penal, uma vez que essa competência deverá estar concretizada no plano fático, dada a impossibilidade da denominada responsabilidade por posição. Não havendo departamentalização, a administração da empresa competirá a todos indistintamente e, por via de consequência, o dever de fiscalização será mútuo. Caso a administração, em uma sociedade limitada incumba a terceiro estranho ao quadro societário, os sócios preservarão

o dever de vigilância quanto às condutas deste, exorbitando até mesmo as diretrizes do artigo 120 do Código Civil.

Desta feita, caso aquele que se encontre posicionado na cadeia executiva ou faça parte da cúpula decisória observe tais medidas exigidas na delegação de tarefas e, respeitada a separação de competências e a qualidade e a tempestividade informacionais advindas de terceiros técnicos no contexto da divisão de funções, a ocorrência lesiva não se tenha observada em seu setor ou departamento, não haverá que se falar em criação, incremento ou qualquer outra contribuição conformadora de um risco não permitido, donde ausente qualquer indício de responsabilidade penal por parte deste. Em se tratando de situação emergencial, mesmo o sócio que tenha sob sua esfera de comando departamento diverso, sobretudo sendo o único com capacidade interventiva, assume a posição de garantidor quanto à ocorrência no departamento alvo da violação.

Finalmente, em arremate, tem-se que apenas a figura de garante, o que não se olvida para aqueles que integram a cadeia executiva de sociedades anônimas e limitadas, não basta para a imputação de responsabilidade penal por fatos ocorridos nessa ambiência, eis que, ao lado do dever de agir para impedir o resultado, devem estar a cognoscibilidade acerca do risco ao bem jurídico e a possibilidade fática de intervir dentro de padrões probabilísticos de alcance da evitação próximos de um juízo de certeza, bem como que o dirigente não tenha observado as medidas vigilantes ou não tenha respeitado as esferas de competências, momento em que se poderá, aí sim, falar do ajuste de um risco não permitido. Em tempo, não é preciso que o garantidor impeça direta e pessoalmente o resultado, bastando que, caso assim o determine a situação fática, atue de modo a efetivar as comunicações pertinentes aos órgãos públicos ou internos competentes. Apenas nestes cenários negativos se poderá aventar sobre eventual responsabilidade penal de tais indivíduos, sem que, para tanto, se precise lançar mão de fórmulas inadequadas no âmbito do instituto da omissão imprópria, como a cegueira deliberada, o domínio do fato, o dolo eventual, entre outras figuras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compulsados todos os dados produzidos, pensa-se que, respeitada a metodologia e organização temática propostas, se mostra possível estabelecer uma relação de coerência entre todos os pontos abordados, a culminar com a definição, ou não, da posição de garante dos dirigentes corporativos das sociedades anônimas e limitadas diante da prática de ilícitos penais nesse contexto profissional, dos quais vêm a tomar conhecimento, mantendo-se silentes e inertes diante de tal dado cognitivamente aportado.

Não obstante, a controvérsia não se esgota na simples determinação da posição garantidora, sendo certo que, ainda assim, remanescem latentes as perquirições a respeito das condutas exigidas diante de tal cenário, a fim de que se possa ter por excluída, ou não, a responsabilidade penal. Desta feita, o enfrentamento de tais indagações também se fez necessário, no sentido de que se tenha um terreno sólido e fértil para as conclusões ora delineadas.

Desta feita, com o fechamento do presente estudo, mostra-se possível colher as seguintes conclusões e depreensões:

- i) A criminalidade econômica e empresarial fez emergir a necessidade de uma intervenção estatal com nuances próprias. Os conglomerados, dada a dinamicidade organizacional que os estrutura e sua articulação sob gráficos verticalizados e horizontalizados, oferecem cenários que escapam à tradicional compreensão da Teoria Geral do Delito, abrindo espaço para exercícios imputacionais destituídos de uma aferição mais abalizada dos pressupostos de base, em especial em matéria de omissão imprópria;
- ii) O funcionalismo veio resolver um problema instalado pelas estruturas sistemáticas do pensamento penal anteriores, que concentravam o núcleo de atenção da Teoria Geral do Delito no conceito de ação, e o fez em especial com o levante da teoria da imputação objetiva;
- iii) A omissão penalmente relevante deriva de uma relação especial com o bem jurídico por parte do garantidor, não bastando o ajuste fático de uma das cláusulas gerais do artigo 13, §2º, do CP;
- iv) O omitente deve ter controle sobre o fundamento do resultado, assim como o agente tem no crime comissivo, de modo que aquele assume a função de assegurar o bem jurídico em

razão de seu papel de vigilante face à fonte de perigo ou do dever de controlar eventuais situações de desproteção do mesmo. Ainda, tem-se que o nexo de não impedimento, nos crimes omissivos impróprios, é essencialmente normativo;

v) Na ambiência empresarial, se está a falar do garantidor de vigilância como regra, dado que uma organização representa, por si só, uma fonte de perigo, mas também, a depender do caso, do garantidor de salvamento;

vi) Não se ajusta a possibilidade da participação por omissão e nem outra espécie de concurso de pessoas em sede de omissão imprópria, haja vista sua inconsistência ante a relação de causalidade, podendo se falar apenas em eventual autoria colateral por omissão;

vii) O instituto da tentativa deve ser visto sob uma perspectiva negativa, eis que esta não existirá caso a omissão não encontre identidade no conteúdo trazido pela norma de cuidado, devendo ser aferido o grau de cognoscibilidade do omitente no momento do fato, pois, se não tinha clara compreensão de seu dever de agir ou acreditava, por fatores outros, que o bem jurídico não se encontra sob situação de risco, não haverá tentativa;

viii) Diante de uma superficialização e maior volatilidade do encadeamento de condutas, naturais em razão do compartilhamento de contribuições por uma pluralidade de pessoas, recomendável, do ponto de vista empírico, que se utilize da fórmula “*bottom up*”, mas com especial atenção para que se possa aferir se não se trata da chamada irresponsabilidade organizada;

ix) Em se tratando de sociedade limitada, não havendo separação em departamentos, todos os sócios responderão conjuntamente pela empresa, assim como será recíproco o dever de vigilância entre eles, ao passo que, havendo essa distribuição de funções em nível horizontal, mediante a estruturação de diretorias com competências específicas, um não terá capacidade interventiva no departamento de outrem, logo, lhe caberá apenas a comunicação aos demais componentes do quadro social, salvo se se tratar de situação de caráter emergencial, cuja inação possa acarretar dano de difícil reparação e de grande gravidade. Em tempo, no plano gestor, incumbindo a administração da empresa a terceiro estranho ao quadro societário, deverão os sócios exercer dever vigilante sobre os atos deste;

x) No plano horizontal, deve ser considerado, mais, que o dirigente nem sempre detém conhecimento especializado sobre cada operação da empresa, recebendo auxílio de profissionais habilitados para tanto, mas esse suporte pode não ser trazido àquele no tempo correto, além de poder trazer desacertos em suas premissas e conclusões, o que pode induzir em erro o decisor. De qualquer modo, deverá o delegante, dada sua posição de garantidor, supervisionar os atos do delegado;

xi) No âmbito das sociedades anônimas, no tocante à diretoria, pode-se promover construções que guardam identidade com o articulado com relação às sociedades limitadas, ao passo que, no que pertine ao conselho de administração, dada a natureza colegiada das decisões, deve-se distinguir os sentidos deliberativos adotados pelos votantes, garantidores originários que são, eis que, aqueles que votarem no sentido da prática delitiva poderão ter contra si imputada a responsabilidade penal pelo evento, independentemente, e aqui se aplica a teoria INUS, de ter votado antes ou após o alcance do número mínimo exigido para aprovação, e os que votaram em sentido contrário não poderão ter em seu desfavor essa imputação, desde que observem as exigências preceituadas pelo artigo 158, §1º, da Lei nº 6.404/1976, ou seja, que façam constar em ata a irresignação quanto ao resultado da deliberação ou, caso isso se entremostre inviável, que deem ciência ao conselho fiscal ou à assembleia-geral. Em tempo, em se tratando de sociedade limitada, inexistente previsão semelhante, de forma que, inaplicável analogia *in malam partem*, aos seus dirigentes que votaram contrariamente ao desvio de conduta não se imporá responsabilidade de ordem penal. Esta construção não se aplica, em qualquer das espécies societárias, ao que se absteve ou se ausentou, desde que conhecedor do risco ao bem jurídico em pauta, que, por seu turno, poderá responder por omissão imprópria;

xii) Um sério e bem estruturado programa de *compliance* permite traçar linhas justas e precisas no âmbito da responsabilidade penal, por trazer em seu bojo a estrita separação de competências, a qual deverá contar com confirmação fática;

xiii) Os caminhos teóricos adotados para arguições e decisões que tenham como centro nuclear a aferição da responsabilidade penal em matéria de omissão imprópria têm se mostrado, em sua grande maioria, absolutamente equivocados e sem um mínimo de rigor dogmático, a exigir melhor tratamento e maior aprofundamento, haja vista ser um tema que inadmitte sumariedade;

xiv) Nesse ponto, exsurge a teoria da imputação objetiva sob a condição de ferramenta com capacidade de rendimento extremamente interessante em matéria de omissão imprópria na ambiência empresarial, por oportunizar, em sua construção, a verificação da responsabilidade penal vinculada à ideia de criação ou incremento de um risco não permitido ou, mais precisamente, no que diz respeito ao tema ora tratado, à compreensão de não recondução do risco a patamares de aceitabilidade. Nesse ponto, no plano da delegação de tarefas (perspectiva vertical), há que se verificar se essa delegação apresentou-se materialmente correta, isto é, se a seleção do delegado foi feita de forma idônea, com a disponibilização de condições fáticas e informativas regulares para o desenvolvimento da

atividade delegada, e se houve coordenação e fiscalização por parte do delegante. Já no cerne da divisão de funções (perspectiva horizontal), há que se atentar para o princípio da estrita separação de competências, sendo certo que esses são os deveres que devem ser desincumbidos com cuidado pelo dirigente, para que possa se ver livre de qualquer imputação de responsabilidade penal, eis que, diante deste cenário, não se vislumbrará nenhuma conformação de contribuição para o ajuste de um risco não permitido, nem mesmo sua não recondução a parâmetros de tolerabilidade;

xv) Por fim, independentemente do elemento subjetivo ajustado no caso concreto, não basta a posição de garantidor por parte dos dirigentes, admissível e natural em razão da fonte de perigo que uma sociedade anônima ou limitada representa, para que possam sofrer a imputação de responsabilidade penal vinculada a atos de terceiros, porquanto, além deste dever de agir para impedir o resultado lesivo, que, pise-se, não precisa ser realizado necessariamente de forma direta e pessoal, imprescindível que se amoldem, complementarmente, a cognoscibilidade e a capacidade fáticas para tal intervenção, sendo certo que esta deverá se mostrar próxima de um juízo de certeza quanto à evitação, bem como deverá o membro da cadeia executiva inobservar, conforme o caso, as medidas de vigilância/proteção e a separação de competências, donde terá a si vinculada a figura do risco não permitido, desprezada, aqui, a categoria do dolo eventual, por absoluta incompatibilidade. Portanto, a teoria da imputação objetiva evidencia capacidade de rendimento essencialmente maior do que as fórmulas teóricas de que se se tem comumente lançado mão em nossa jurisprudência, como a teoria da cegueira deliberada, a teoria do domínio do fato e a responsabilidade por posição, entre outras figuras igualmente inadequadas do ponto de vista dogmático.

REFERÊNCIAS

- ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2016.
- ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As Três Escolas Penais**. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1955.
- ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Tipicidade Penal: uma análise funcionalista**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS. Disponível em: <www.acfe.com/>. Acesso em 22 set. 2019.
- ASÚA, Luís Jiménez. *Tratado de Derecho Penal: filosofia y lei penal*. v. 2. Buenos Aires: Losada, 1950.
- BADARÓ, Gustavo et al.; AMBOS, Kai (org.); MENDES, Paulo de Sousa (org.). **O Passado e o Futuro na Teoria do Delito de Aníbal Bruno**. 1. ed. v. 4. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017.
- BADARÓ, Tatiana. **Bem Jurídico-Penal Supraindividual**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- BEULKE, Werner; WESSELS, Johannes. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 40. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Omissão Imprópria**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008.
- BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF.: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.404/1976**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm> Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus nº 95941/RJ**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 30 de novembro de 2009.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. rev. atual. e amp. v. 1. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A Teoria do Concurso de Pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (orgs.) et al. **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: Parte General**. 5. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

CORPORATIVA, Instituto Brasileiro de Governança. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5. ed. 2015. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/codigoMP_5edicao_web.pdf> Acesso em 22 set. 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Compliance e o Julgamento da APn 470**. RBCCRim nº 106. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. 1. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes Omissivos no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, V. 33, 1982.

FRISCH, Wolfgang; MIR PUIG, Santiago (coord.); PEÑA, Diego Manuel Luzón (coord.). *Problemas Fundamentales de la Responsabilidad Penal de los Órganos de Dirección de la Empresa: responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo*. In: **Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto**. ISBN 84-7698-403-0. Barcelona: Bosch, 1996.

GÓMEZ, Carlos Daza. *El Funcionalismo, Hoy*. In: **Revista de la Facultad de Derecho de México**. México, n. 227-228, p. 103. set./dez., 1999. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28498/25764>> Acesso em: 10 jul. 2019.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no Direito Penal brasileiro. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=30443>. Acesso em: 10 jul. 2019.

GRECO, Luís. **Problemas de Causalidade e Imputação Objetiva nos Crimes Omissivos Impróprios**. 1. ed. Tradução de Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O Combate à Corrupção e Comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas** (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013). São Paulo: Saraiva, 2015.

GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo Cesar (coord.); DAVID, Décio Franco (org.). Princípio da Confiança no Direito Penal como Argumento em Favor de Órgãos Empresariais em Posição de Comando e Compliance: relações e possibilidades. In: **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

GUIRAO, Rafael Alcácer. *¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico?* In: **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**. Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 293-335, 2001. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=50925>. Acesso em: 08 jul. 2019.

HEFENDEHL, Roland et al.; HIRSCH, Andrew von (org.); WOHLERS, Wolfgang (org.). **La Teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?** Madri e Barcelona: Marcial Pons, 2007.

HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al 'finalismo'*. Tradução de Eduardo Demetrio Crespo e Daniel R. Pastor. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. v. 58, p. 6-12, jan. 2005. ISSN 0210-3001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1994428>> Acesso em: 23 jun. 2019.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther. ***Derecho Penal: Parte General: fundamentos y teoría de la imputación***. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997. Tradução de Joaquim Cuello Contreras e de José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. V. 1. Barcelona: Bosch, 1981.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 5. ed. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los Delitos de Omisión*. Madri: Marcial Pons, 2006.

LYRA, Roberto. **Novíssimas Escolas Penais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Bien Jurídico y Estado Social e Democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2. ed. Santiago: ConoSur, 1992.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C. F. Müller, 1989.

MELIÁ, Manuel Cancio et al.; LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El Funcionalismo em Derecho Penal: libro homenaje al professor Günther Jakobs*. V. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. V. 1. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho Penal Español*. Madri: Tecnos, 1993.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 3. ed. rev. e atual. Barcelona: PPU, 1990.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las Bases del Derecho Penal: concepto y método*. 2. ed. Coleção *Maestros del Derecho Penal*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2003.

NIETO MÁRTIN, Adán. *Autorregulación, Compliance y Justicia Restaurativa*. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MÁRTIN, Adán (coord.). *Autorregulación y Sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro: Parte Geral: princípios fundamentais e sistema**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht, allgemeine Strafrechtslehre*. Berlim: De Gruyter, 2004.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência Indevida**: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

PASTOR, Nuria et al.; LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). **El Funcionalismo em Derecho Penal: libro homenaje al professor Günther Jakobs**. v. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución**. Barcelona: Dedecs, 1997.

PESSINA, Enrico. **Teoria do Delito e da Pena**. 1. ed. Tradução de Fernanda Lobo. São Paulo: Editora Rideel, 2006.

RASSI, João Daniel. **A sociedade de Risco, Teoria dos Sistemas e o Funcionalismo Penal: uma aproximação teórica**. 2010. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=133415>. Acesso em: 10 jul. 2019.

RASSI, João Daniel. **Imputação das Ações Neutras e o Dever de Solidariedade no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RENZIKOWSKI, Joachim; LEITE, Alaor (org.); TEIXEIRA, Adriano (org.); ASSIS, Augusto. **Direito Penal e Teoria das Normas**: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ROBLES PLANAS, Ricardo; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Estudos de Dogmática Jurídico-Penal**: fundamentos, Teoria do Delito e Direito Penal Econômico. In: Coleção Criminal Contemporânea. 2. ed. v. 6. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. In: Ciência Criminal Contemporânea. V. 8. ISBN 978-85-8425-329-6. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=131523>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 2. ed. rev. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Tradução de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madri: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. rev. e amp. Curitiba: ICPC. Lumen Juris, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y Límites de los Delitos de Omisión Impropria: con una aportación a la metodología del Derecho Penal*. Madri: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: eine untersuchung der verantwortlichkeit der unternehmen und ihrer führungskräfte nach geltendem und geplantes straf- und ordnungswidrigkeitenrecht*. Munique: Carl Heymanns Verlag, 1979.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; BRITO, Alexis Augusto Couto de (coord.); VANZOLINI, Maria Patrícia (coord.). O Delito de Omissão no Código Penal. In: **Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SIEBER, Ulrich. **Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica**. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: Oliveira, William Terra de *et al* (org.). **Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; BIANCHINI, Alice (org.); GOMES, Luiz Flávio (org.); OLIVEIRA, William Terra (org.). **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. rev. e amp. v. 6. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. In: **Direito e Ciências Afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; BIANCHINI, Alice (coord.); GOMES, Luiz Flávio (coord.); OLIVEIRA, William Terra de. (coord.). **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El Delito de Omisión: concepto y Sistema*. Buenos Aires: BdeF, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Buenos Aires: BdeF, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge et al.; REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; BRANDÃO, Cláudio (coord.). **Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime**. In: Coleção Ciência Criminal Contemporânea. v. 5. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIQUEIRA, Flávia. **O Princípio da Confiança no Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina; NOHARA, Irene Patrícia Diom (coord.); ALMEIDA, Luiz Eduardo de (coord.). **Criminal Compliance**. In: Coleção Compliance. v. 4. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal: parte geral**. v. 1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat**. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. Alguns Aspectos da Estrutura dos Crimes Omissivos. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 1996.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **10 Passos para a Boa Governança**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/10-passos-para-a-boa-governanca.htm>> Acesso em: 22 set. 2019.

VOLK, Klaus; BOCKELMANN, Paul. **Direito Penal: Parte Geral**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. Berlim: De Gruyter, 1969.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis Prado. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal: Parte Geral**. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.