

A DELEGAÇÃO DOS DEVERES DE GARANTIA: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NAS ORGANIZAÇÕES HIERÁRQUICAS VERTICALIZADAS

Lívia Louzada¹

Resumo: O presente artigo pretende examinar a aplicabilidade do princípio da confiança nas organizações hierárquicas verticalizadas. O problema se encontra na determinação dos limites e efeitos da delegação dos deveres de garantia no âmbito empresarial, bem como nos entornos da punibilidade por omissão imprópria do empresário delegante. A pergunta a que se destina a pesquisa é se o princípio da confiança pode ser fundamento decisivo para afastar a imputação do empresário delegante. A partir desse questionamento, por meio do método exploratório e da abordagem lógico-dedutiva, identificam-se os pressupostos da omissão imprópria do empresário, delimitam-se os contornos da delegação no âmbito empresarial e, por fim, projetam-se as hipóteses em que o princípio da confiança é apto a afastar a imputação do delegante.

Palavras-chave: Direito penal empresarial, responsabilidade do dirigente, omissão imprópria, posição de garantidor, princípio da confiança.

Abstract: This article aims to examine the applicability of the principle of trust in hierarchical vertical organizations. The problem lies in determining the limits and effects of the delegation of guarantee duties within the business scope, as well as in the context of the punishability for improper omission of the delegating entrepreneur. The research question is whether the principle of trust can be a decisive basis for avoiding the imputation of the delegating entrepreneur. Based on this question, through exploratory method and logical-deductive approach, the assumptions of improper omission by the entrepreneur are identified, the boundaries of delegation within the business scope are defined, and finally, hypotheses are projected in which the principle of trust is able to avoid the imputation of the delegating entrepreneur.

Keywords: Corporate criminal law, executive responsibility, improper omission, guarantor position, principle of trust.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da confiança, posicionando dogmaticamente na criação do risco permitido da imputação objetiva, originou-se no âmago dos Tribunais alemães, em meados da década de 1930, e tem como premissa a noção de que é razoável confiar

¹ Mestranda em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia; Especialista em Direito e Processo Penal pela ABDConst.

que os outros agirão conforme o dever, salvo na presença de elementos concretos que indiquem o contrário. Embora em sua origem tenha sido pensado para os delitos de trânsito, o âmbito de aplicação do referido princípio expandiu-se, ao longo do tempo, para outras áreas em que a determinação da responsabilidade penal se mostrava problemática. No cenário atual, o debate sobre a aplicação do princípio da confiança é bastante comum nos casos que envolvem divisão de trabalho, como nas intervenções cirúrgicas realizadas por uma equipe médica.

No âmbito empresarial, a divisão de tarefas e atribuições é característica essencial ao próprio desenvolvimento de uma companhia, especialmente as de médio e grande porte, vez que é por meio da delegação de atividades que se faz possível viabilizar o cumprimento dos atos de gestão. Por essa razão, o princípio da confiança tem especial relevância nesse campo, muito embora este não corresponda aos âmbitos clássicos de aplicação do referido princípio.

O princípio da confiança é costumeiramente utilizado nas chamadas estruturas horizontais de divisão de tarefas. É dizer, aplica-se esse princípio, por norma, nos casos em que há certa “igualdade” entre os agentes, o que fundamenta a possibilidade de um confiar na atuação do outro como forma de afastar a imputação penal na hipótese de um resultado típico. Tratando-se de uma sociedade, pode-se imaginar a aplicação do princípio da confiança no âmbito dos órgãos de administração, de modo que cada diretor pode confiar na atuação correta dos demais, desde que não haja sinais de necessária desconfiança.

Por outro lado, ao se tratar de estruturas verticais, isto é, na presença de uma relação hierárquica e de delegação de funções, determinar os limites de aplicação do princípio sobredito é ainda mais desafiador. Em razão disso, o presente artigo pretende examinar a aplicabilidade do princípio da confiança nas organizações hierárquicas verticalizadas. O problema se encontra na determinação dos limites e efeitos da delegação dos deveres de garantia no âmbito empresarial, bem como nos entornos da punibilidade por omissão imprópria do empresário delegante. Diante disso, a pergunta a que se destina a pesquisa é se o princípio da confiança pode ser fundamento decisivo para afastar a imputação do empresário delegante. Em caso positivo, pretende-se identificar sob quais condições se dá a sua aplicação numa relação hierárquica e vertical.

2 OS PRESSUPOSTOS DE PUNIBILIDADE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA: ESCOPO E LIMITES DO DEVER DE AGIR DOS DIRIGENTES DE EMPRESA

Antes de adentrar ao problema da aplicabilidade do princípio da confiança para afastar a responsabilidade penal do empresário nos casos de delegação de deveres, convém chamar atenção ao fato de que a possibilidade de confiar em um terceiro e o dever de garante não se confundem, muito embora haja uma relação entre eles. Nessa linha, destaca-se que o princípio em comento não faz surgir a obrigação de garantidor, tão somente constitui o dever de cuidado, sendo necessário, para que se possa cogitar a punibilidade do empresário, que aquela obrigação exista previamente².

Diante disso, o primeiro passo para enfrentar o problema levantado neste estudo é, justamente, identificar quando o dirigente de determinada empresa viola um dever de agir preexistente, para só depois avaliar se ele estava ou não autorizado a confiar na conduta de um terceiro. Isso porque, caso haja infração ao referido dever pelo empresário, configurando, assim, o desvalor a ação, o princípio da confiança não poderá ser aplicado para afastar a sua imputação.

Ao se tratar dos delitos de omissão imprópria, exige-se, consoante a literatura pátria, o preenchimento de certos requisitos: (i) a posição de garantidor; (ii) a situação típica (resultado); (iii) a omissão de conduta determinada e exigida de evitação do resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo; (iv) o nexo de causalidade; (iv) a imputação objetiva do resultado³. Como ponto de partida, portanto, será preciso avaliar, no caso concreto, se o empresário detinha o dever de garante, a fim de determinar eventual responsabilização penal⁴.

² Nesse sentido, AMARAL, Rodrigo. Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, v. 178, ano 29, p. 287-308, abr. 2021, p. 300.

³Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral – Tomo I – Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2007, p. 905 e ss; ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 23. Nº 3. Set/Dez, 2018, p. 405; ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 183 e ss.

⁴ Embora a posição de garantidor seja costumeiramente analisada ao final da estrutura do tipo objetivo omissivo, Estellita defende a alteração da ordem de avaliação dos elementos da omissão imprópria, a fim de evitar análises desnecessárias, entendimento no qual coadunam os autores deste estudo. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p.78.

A posição de garantidor é designada como a elementar do tipo objetivo da omissão imprópria, vez que o artigo 13, §2º do Código Penal⁵ exige que o agente tenha um dever especial de agir para evitar o resultado. Os fundamentos aptos a determinar a posição de garantidor dos dirigentes de empresas, no entanto, não são unânimes na doutrina⁶. Existem, ao menos, duas correntes principais que divergem a respeito do tema: (i) fundamento no poder diretivo sobre os empregados; (ii) fundamento no controle dos dirigentes sobre a fonte de perigo representada pela empresa. Enfrentaremos aqui, brevemente, os argumentos e as objeções de cada uma das posições antepostas.

A primeira corrente, que fundamenta a posição de garantidor dos dirigentes no poder diretivo sobre os empregados, baseia-se na ideia de domínio. Isto é, entende-se que o domínio do empresário sobre o resultado típico decorre do seu poder de comando sobre os seus subordinados⁷. Nesse sentido, uma vez que há poder de comando – exercido por meio de instruções e da autoridade do superior-, há também a possibilidade de evitar o resultado típico e essa possibilidade de intervir, segundo essa posição, fundamenta a posição de garante do empresário⁸. Em contrapartida, essa maior possibilidade de agir promove também um dever de direção do superior hierárquico⁹.

Critica-se a posição acima descrita por diversas razões. Em primeiro lugar, argumenta-se que a capacidade de interverter/agir é um dos pressupostos gerais do tipo objetivo de qualquer crime omissivo, de modo que não se pode dela decorrer da posição de garantidor, vez que esta antepõe-se aos demais elementos do delito

⁵ Art. 13 — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 2º — A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

⁶ Seguindo a posição majoritária, na perspectiva aqui defendida, a teoria das fontes formais do dever de garantidor, que fundamenta o dever de agir para evitar o resultado em normas extrapenais, foi superada, sendo necessário que o conteúdo da proibição seja estabelecido ao menos fundamentalmente em lei. HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*: Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 92 e ss.

⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comprado para escapar de um caos. In: GRECO, Luís (org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 169 e ss.

⁸ ESTELLITA, 2017, p. 109.

⁹ SCHÜNEMANN, 2013, pp. 171-173.

omissivo¹⁰. Em suma, Estellita explica que “nem todos que têm a capacidade de intervir para evitar um resultado típico têm também o dever de fazê-lo”¹¹. É dizer, na ausência de um dever de evitar o resultado preexistente, irrelevante será a omissão para o direito penal, ainda que haja possibilidade de agir para afastar a situação típica.

Outro contraponto levantado à referida corrente é a incompatibilidade de equiparação entre a dogmática dos crimes comissivos e omissivos. Isso porque, segundo Roxin, a ideia de que o poder diretivo do empregador implica um domínio sobre o acontecimento, acarreta um necessário paralelismo com a figura da autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, o que, segundo o autor, não estaria correto¹².

Além disso, argumenta-se que a posição acima mencionada não corresponde à realidade atual das organizações empresariais, em que nem sempre existe um poder diretivo dos superiores sobre os subordinados¹³. As empresas atuais pautam-se cada vez menos em relações verticalizadas e marcadas pelo controle por força do poder diretivo e muito mais em relações de divisão de tarefas, com base na confiança e cooperação. No cenário empresarial contemporâneo, especialmente se tratando de grandes empresas, as camadas médias são formadas por profissionais altamente capacitados e com um grau considerável de autonomia em suas funções, sendo cada vez mais difícil identificar uma submissão às camadas superiores¹⁴.

A segunda posição, por outro lado, apoia-se na ideia de conexão entre liberdade e responsabilidade. Defende-se que a liberdade de criar e gerir o foco de perigo da empresa que detém o dirigente implica no surgimento de um dever de cuidado para que esse foco não provoque lesões aos bens jurídicos de outrem¹⁵. Nessa linha, os dirigentes são considerados os receptores originários dos deveres de garantidor, vez que os riscos advindos da gestão de pessoas e coisas de uma empresa, inicialmente assumidos pela pessoa jurídica, ocorrem por meio de atos de pessoas naturais incumbidas dos deveres de vigilância e organização, sendo essas,

¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. 2016. 316 f. Tese (Livre Docência) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2016, p. 106 e ss. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 350.

¹¹ ESTELLITA, 2017, p. 114.

¹² ROXIN *Apud* ESTELLITA, 2017, p. 115.

¹³ ESTELLITA, 2018, p. 408.

¹⁴ ESTELLITA, 2018, p. 116.

¹⁵ ESTELLITA, 2018, p. 122-125.

justamente, os dirigentes¹⁶.

Importa ressaltar que ser um receptor originário não faz do dirigente automaticamente garantidor em todos os casos que envolvem os perigos oriundos da empresa. Sob o fundamento no controle sobre a fonte de perigo representada pela empresa, Estellita defende que são dois os pressupostos para verificar se um dirigente ocupará a posição de garantidor: (i) relação de controle sobre a empresa fundada juridicamente; (ii) assunção fática dessa função¹⁷.

No geral, são os administradores que apresentem o poder de atuar em nome da pessoa jurídica perante terceiros e de realizar os atos de organização e gestão necessários ao desenvolvimento do objeto social da empresa¹⁸. Os administradores são, portanto, quem detém uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo da empresa, mas somente isso não é suficiente para caracterizá-los como garantidores, é dizer, não basta a mera ocupação formal de uma posição na administração de uma empresa¹⁹.

Para determinar a posição de garante do dirigente, faz-se necessário, portanto, para além da posição de administrador, a assunção fática da posição de controle, que dependerá no caso concreto das delimitações de competências e capacidades dentro da empresa²⁰. Destaca-se, ainda, que a “mera designação nos documentos sociais ou no organograma da companhia será irrelevante se não corresponder ao seu exercício fático”²¹. Isso porque, para fins penais, importante será o exercício de fato da função de controle, e não a designação formal²². Desse modo, para avaliação da posição de garantidor de um dirigente, prevalecerá as funções de fato exercidas pelo administrador.

¹⁶ BOTTINI, 2016, p. 253; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona: Atelier, 2008, p. 166-167; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 169.

¹⁷ ESTELLITA, 2017, p. 130-134.

¹⁸ ESTELLITA, 2017, p. 131.

¹⁹ ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresa. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Arsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 52.

²⁰ Ensina Estellita que “a importância de determinar quem são os dirigentes da empresa – para, com esta expressão, alcançar os administradores no sentido legal e os administradores de fato (cf. Introdução) – é a de estabelecer, assim, a origem dos poderes e deveres que serão objeto de divisão (de funções) e de delegação (de tarefas e funções)”. ESTELLITA, 2017, p. 133.

²¹ *Ibidem*, p. 132.

²² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Reus, 2007, p. 187.

Além de o dirigente ocupar a posição de garantidor no caso concreto – ou seja, ter uma relação juridicamente fundada de controle e assumir faticamente esse controle – será necessário, com o possivelmente já percebido pelo leitor, o preenchimento dos demais pressupostos de punibilidade da omissão imprópria²³. Afirmar a posição de garantidor é apenas um primeiro passo para determinar a punibilidade do omitente.

Ao se tratar dos casos de delegação de deveres pelo superior hierárquico no âmbito empresarial, questiona-se: qual o nível de controle suficiente para fundamentar uma omissão imprópria do empresário? Como averiguar a possibilidade jurídica de agir do delegado no caso concreto? O delegante pode confiar em seus delegados ou será responsabilizado na hipótese de ocorrência um resultado típico? Para responder aos questionamentos traçados, passa-se, inicialmente, ao exame da delegação de tarefas e seus reflexos no âmbito de vigilância dos garantidores.

3 DELEGAÇÃO DE TAREFAS E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DE VIGILÂNCIA DOS GARANTIDORES

No contexto empresarial as atividades são desempenhadas por meio de divisões de trabalho e de funções, seja a partir da criação de departamentos especializados dentro da própria companhia – prática comum às empresas de médio e grande porte – ou pela contratação de prestadores de serviços externos para atividades específicas, a exemplo da contabilidade – como ocorre comumente nas pequenas sociedades²⁴. A departamentalização, horizontal ou vertical, é uma característica não só comum, mas essencial para a estruturação das empresas modernas, servindo como verdadeira “técnica de racionalização e até mesmo de prudência, especialmente do ponto de vista dos fluxos de informação e da capacidade de tomada de decisões adequadas”²⁵.

Ocorre que essa fragmentação implica na necessária ampliação do número de agentes envolvidos nas atividades da empresa, em especial, os números

²³ Rememorando: ii) a situação típica (resultado); (iii) a omissão de conduta determinada e exigida de evitação do resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo; (iv) o nexos de causalidade; (iv) a imputação objetiva do resultado.

²⁴ POLAINO-ORTS, Miguel. “¿Qué es la imputación objetiva?”. In: CARO JOHN, José Antonio; POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal funcionalista*. Aspectos fundamentales. México, DF: Flores, 2014. p. 63-100, esp. 86.

²⁵ ESTELLITA, 2017, p. 49.

daqueles que possuem poder de mando e deveres de vigilância, o que, conseqüentemente, aumentará a margem de envolvidos em eventuais práticas criminosas omissivas²⁶. Por essa razão, a divisão de tarefas no âmbito empresarial mostra-se como um verdadeiro desafio para a imputação de responsabilidade penal.

Conforme apontado anteriormente (item II), a imputação penal a título de omissão imprópria exige o cumprimento de determinados pressupostos. Nesses termos, a administrador, embora considerado como receptor originário de um dever de garantia, só poderá ser responsabilizado por uma conduta omissiva se, de fato, sua conduta preencher todos os requisitos já mencionados. Nesse sentido, identificar o âmbito de deveres especiais do administrador é fator de extrema relevância, contudo, não é uma tarefa simples, principalmente dentro das companhias de grande e médio porte. Sendo a delegação uma atividade inerente à própria funcionalidade da empresa, será preciso determinar critérios precisos à delimitação de deveres, a fim de verificar quais os efeitos do compartilhamento de riscos entre delegante e delegado, bem como em quais situações o delegante poderá ser exonerado da responsabilidade²⁷.

3.1 DELEGAÇÃO: FORMALIZAÇÃO, ADMISSIBILIDADE E OBJETO

Os administradores podem delegar diversas funções, tanto ligadas ao objetivo social da empresa, quanto à sua manutenção administrativa ou ao controle sobre a fonte de perigo²⁸. No que concerne à formalização, a delegação é realizada, em geral, de forma contratual, isto é, trata-se de um ato formal de gestão da empresa, no qual determinadas funções serão transferidas ao (s) delegado (s), muito embora isso não impeça que, na prática, a delegação seja feita de modo informal. Isso porque, inexistente uma forma específica para tal ato, no entanto, exige-se uma delimitação mínima das funções a serem exercidas pelo delegado, a fim de

²⁶ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; CASTRO, Rafael Gues de. A responsabilização criminal individual em estruturas complexas: uma análise aplicada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, 2016, p. 79 ss.

²⁷ Afinal, apesar da sua relevância para a funcionalidade empresarial, a delegação não pode operar como uma válvula de escape do administrador da sua responsabilidade. Nesse sentido, cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, ano IV, n.40, p. 5-25, jul./agosto 2007, p.23.

²⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002, p.125; MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 110.

estabelecer o seu âmbito de competência²⁹.

Em relação à admissibilidade, conforme já mencionado (item III), a delegação é um ato lícito e essencial ao desenvolvimento de uma companhia, vez que permite o desempenho de atividades de forma especializada, atendendo às demandas com maior precisão de qualidade. Segundo Estellita, quando realizada de forma regular, trata-se de uma medida “que incrementa a proteção de bens jurídicos que podem ser eventualmente afetados por perigos oriundos da empresa”³⁰.

De outro modo, ao se tratar de atividades que não permitem a delegação, esta será inválida e seus efeitos parcialmente exoneratórios. O garantidor originário, portanto, reterá todos os deveres inerentes ao seu âmbito de competência. A título de exemplo, não é permitido ao administrador delegar a função de gestão da sociedade ou a responsabilidade pela tomada de decisões gerais sobre a empresa. Ademais, cumpre destacar que “em todo caso, a delegação requer que o delegante seja a pessoa competente – em sentido formal e material – sobre aquilo que constitua o objeto da delegação”³¹.

Por fim, o objetivo da delegação refere-se a transposição de funções – que pode ocorrer em diferentes níveis hierárquicos dentro da empresa – atribuídas em sua origem a um administrador³². Nessa linha, “toda a cadeia de delegação nas empresas é feita a partir daqueles que são seus garantidores originários, ainda que tenham assumido tal função quando a estrutura organizacional já estava instituída”³³.

3.2 OS REFLEXOS DA DELEGAÇÃO NO ÂMBITO DE VIGILÂNCIA DOS GARANTIDORES

Quando lícita, a delegação tem efeitos tanto para o delegante, como para o delegado. A delegação, diferentemente do mero encargo de execução de uma tarefa, possui efeito exoneratório parcial, é dizer, consiste na transferência de esferas de competência e, portanto, de poderes e deveres³⁴. Em razão disso, o delegado apresenta certo grau de autonomia em relação ao delegante, ou seja, existe uma

²⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2002, p. 125.

³⁰ ESTELLITA, 2017 p. 149.

³¹ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, p. 733-782, 2015, p.742-743.

³² ESTELLITA, 2017, p. 149.

³³ ESTELLITA, 2017, p.149.

³⁴ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 143, p.45,86, 2018, p.46.

transferência de âmbitos de competência e, justamente por isso, parte da doutrina considera que no caso da delegação haverá efeitos jurídico-penais.

O problema da delegação encontra-se nessa transferência de poder de controle e proteção dentro de determinada esfera, pois, para fins penais, essa transferência de poder constituirá uma nova posição de garantia (genérica do delegado) e a exoneração parcial da responsabilidade do delegante³⁵. Importa ressaltar que, embora haja um efetivo compartilhamento dos deveres primários de garantia (controle direto de fontes de risco) na delegação, subsistirá ao delegante os deveres secundários (supervisão sobre o delegado)³⁶.

Ao se tratar da responsabilização penal, o fundamento da punibilidade do delegante são os deveres de vigilância e de supervisão que subsidiem a sua esfera de organização em que a atividade do delegado é exercida³⁷. Já para o delegado, o fundamento é justamente a sua autonomia, exercida no momento da assunção das funções e competências a ele delegadas³⁸. O referido fundamento compactua com a ideia desenvolvida no tópico anterior (item II), isto é, com a noção de que a posição de garantia não tem sua origem só em uma fonte formal, mas, principalmente, na assunção efetiva de um rol especial de funções.

No âmbito da dogmática penal, a delegação é um limitador da imputação objetiva, vez que se encontra no âmbito do risco permitido para o delegante. Conforme já desenhado, trata-se de conduta lícita e intrínseca à atividade empresarial, desde que realizada de modo eficaz. Implica dizer que, para que a delegação se mantenha no marco do risco permitido, faz-se necessário que “o delegante implante adequados mecanismos de vigilância e de controle, que permitam o cumprimento de seu dever – secundário – de supervisão do delegado”³⁹.

³⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión. *In*: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.); DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (coord.). *Temas actuales de investigación en Ciencias Penales: memorias I Congreso Internacional de jóvenes investigadores en Ciencias penales*:26, 27 y 28 de octubre de 2009. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2010, p. 408-427, p. 414.

³⁶ Por outro lado, o encargo de uma tarefa não implica na transmissão do dever de garante, vez que representa apenas o cumprimento de uma ordem, sendo o mandante o único responsável pelas consequências da conduta empenhada pelo encarregado.

³⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). *In Dret*, (2), *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abr. 2012. Disponível em: <https://indret.com/los-dos-niveles-del-sistema-de-intervencion-en-el-delito/>. Acesso em: 10 jun. 2023.

³⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, 2010, p.425.

³⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, 2010, p.425.

A delegação precisa compor adequadamente os elementos de formalização, admissibilidade e conteúdo: (i) ser preferencialmente formal e escrita, mas obrigatoriamente específica em suas funções e atribuições delegadas; (ii) ser proferida por delegante titular dos poderes especiais; (iii) ser cumprida por delegado competente para exercer as funções que lhe forem exigidas; (iv) ser restrita a setores e funções específicas da empresa, sendo vedada a delegação geral, é dizer, a delegação da generalidade das competências do delegante.

Importante destacar, ainda, que a delegação não impede a responsabilização penal do delegante, mas apenas transforma a sua posição de garantidor. Esta deixa de ser primária (controle da fonte de risco) e passa a ser secundária (supervisão do delegado)⁴⁰. É justamente nesse ponto em que reside um problema relativo à omissão imprópria do delegante. Explico: o administrador é o receptor originário da posição de garante, contanto, isso não é suficiente para a imputação penal⁴¹. No contexto de uma delegação eficaz – que implica na criação de um risco juridicamente permitido-, a posição de garantidor do administrador passa a ser secundária, modificando também os limites do seu exercício e, conseqüentemente, suas possibilidades de atuação para evitar eventual resultado típico.

O desafio é, portanto, saber quais deveres recaem sobre o administrador que possui uma posição de garantidor secundária. Em outras palavras: em quais situações o delegante pode ser exonerado da responsabilização penal na ocorrência de um ilícito praticado pelo delegado? Para isso, faz-se necessário conhecer os limites da atuação do delegante, pois só assim será possível determinar sua real possibilidade de agir num caso concreto para evitar o resultado típico.

3.3 ESCOPO E LIMITES DA DELEGAÇÃO (DEVERES SECUNDÁRIOS)

No cenário das delegações no campo empresarial, o delegado passa a exercer o controle da fonte de perigo (deveres originários), pois será ele o responsável por realizar as atividades materiais relativas à competência que lhe foi

⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresas. (Trad) BRÜCKNER, Daniela; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascaraín. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 41, fasc. 2, p. 529-558, 1988; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 509; ROBLES PLANAS, 2012, p. 496.

⁴¹ Recapitulando, os pressupostos da omissão imprópria são (i) posição de garantidor; (ii) a situação típica (resultado); (iii) a omissão de conduta determinada e exigida de evitação do resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo; (iv) o nexo de causalidade; (v) a imputação objetiva do resultado.

atribuída. Por outro lado, o delegante, isto é, o superior hierárquico, terá a obrigação de coordenação e controle (deveres secundários/residuais)⁴². De acordo com Frisch, o delegante possui um “dever de preocupar-se”⁴³, sendo necessária a efetiva admissão de medidas organizativas, controles e intervenções para haver o cumprimento desse dever.

A definição do conteúdo dos deveres secundários é de extrema relevância, pois na hipótese de delegação perfeita – com o devido cumprimento dos requisitos elencados no tópico anterior (item III.III) -, o não cumprimento dos referidos deveres pelo delegante acarretará sua responsabilização penal, a título de omissão imprópria, pelo resultado típico derivado da conduta do seu delegado. Cumpre informar que há autores que defendem a responsabilização do delegante nesses casos como coautor⁴⁴ ou até mesmo como partícipe⁴⁵.

Indica a doutrina que os deveres residuais do delegante correspondem à supervisão do delegado no exercício das funções que lhes foram transferidas⁴⁶. Assim, o delegante está obrigado a averiguar periodicamente o cumprimento dos deveres pelo delegado e, se necessário, corrigi-lo, instruído e, até mesmo, substituí-lo⁴⁷. Essa definição, porém, não é suficiente para identificar os limites dos deveres secundários do delegante. É possível questionar, por exemplo, em quanto tempo devem ser realizadas as inspeções periódicas, bem como qual o nível de análise deve ser realizado. Além disso, na hipótese em que a função delegada exige um alto grau de *expertise* e capacitação, é possível indagar se e como o delegante poderá avaliar adequadamente o desempenho das atividades do delegado – que, em tese, possui conhecimentos superiores relativos ao setor de sua responsabilidade.

⁴²SCHÜNEMANN, 1988; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 538.

⁴³ FRISCH, Wolfgang. 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 del trabajo. In: MIRPUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996. pp. 99-128, pp. 116-117.

⁴⁴ Nessa linha, Cf. HORTA, 2016.

⁴⁵ RODRÍGUEZ MESA, María José. Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de Rioja*, Logroño, n. 11, p. 107-126, 2013, p. 121.

⁴⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (coord.). *Estudios de Derecho penal: Homenaje al Profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016. p. 487-504, p. 496.

⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2007, p. 509.

A respeito disso, Lascuraín Sánchez⁴⁸ e Silva Sánchez⁴⁹ advertem que o dever de vigilância do delegante não pode ser tão amplo a ponto de retirar o próprio sentido da delegação, tornando-a inútil, isto é, não pode anular as vantagens inerentes à divisão de trabalhadores, que, como já exaustivamente mencionado, tem valor significativo no ramo empresarial. A doutrina dominante defende, portanto, que o delegante não é obrigado a ter um conhecimento efetivo sobre todos os passos executados pelos delegados, mas o dever de informar-se nesse caso se refere a uma atitude proativa frente às atividades desempenhadas pelos subordinados, especialmente diante de uma atuação defeituosa⁵⁰.

No que diz respeito às formas de vigilância, Silva Sánchez exemplifica que devem ser adotados “sistemas de inspeção periódica, mais ou menos aleatórios; procedimentos ou protocolos *bottom-up* de informação periódica; criação de um órgão específico”⁵¹. O grau de supervisão, contudo, ficará sujeito ao nível de complexidade das atividades da empresa, seu porte e o grau de *expertise* do delegado⁵². Uma maior confiança será justificada nos casos em que o delegado possuir maior qualificação e experiência nas funções por ele exercidas⁵³.

Diante do exposto, observa-se que a delegação no âmbito empresarial é necessariamente compatível com o princípio da confiança. Como observado, ao realizar uma delegação eficaz, o delegante deixa de possuir o dever de garantia primário, contudo, subsidie a ele deveres residuais (supervisão). Ocorre que, conforme alerta Rebouças, no contexto empresarial “a confiança, como princípio, agrega-se a desconfiança periódica, a título de verificação”⁵⁴.

Por maior que seja a experiência e capacidade do delegado, entende-se que a confiança jamais será absoluta, tendo em vista que restam aos delegantes os referidos deveres residuais. Superada essa questão, passa-se a compressão de como se dá a aplicação do princípio da confiança no caso de delegação de deveres no contexto empresarial, a fim de identificar em quais situações o delegante será exonerado da responsabilidade penal.

⁴⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2002, p. 117.

⁴⁹ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madrid: Editorial B de F, 2016, p. 215.

⁵⁰ SILVA-SÁNCHEZ, 2016, p. 215.

⁵¹ SILVA-SÁNCHEZ, 2016, p. 215.

⁵² LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2002, p.117.

⁵³ MONTANER FERNÁNDEZ, 2008., p. 169.

⁵⁴ REBOUÇAS, 2018, p.48.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA AOS CASOS DE DELEGAÇÃO DE DEVERES DE GARANTIA

Partindo do pressuposto de que o delegante cumpriu *prima facie* o seu dever de agir, surge a possibilidade de aplicação do princípio da confiança para afastar a imputação. O dever de agir, nesse caso, engloba o preenchimento dos requisitos necessários à eficácia da delegação. Dito de outro modo, o delegante, além de ser o titular dos deveres transferidos, precisa assegurar que o delegado possui as competências necessárias para exercer a função exigida, instruí-lo adequadamente e de forma clara e conceder materiais para o desempenho correto das tarefas abrangidas⁵⁵.

Como já pontuado (item III.IV), no contexto das relações verticais o princípio da confiança se comporta de modo mais limitado, afinal, o delegante, embora deixe de ser garantidor primário, tornar-se um garantidor secundário, que possui deveres residuais e supervisão e coordenação. A subsistência desses deveres deve-se à tensão entre confiança e desconfiança que predominante no âmbito das estruturas verticais.

De um lado, o desenvolvimento empresarial moderno exige a fragmentação de tarefas, sendo que a viabilização do cumprimento dos atos de gestão só é possível a partir da confiança depositada na capacidade do delegado. De outro modo, a desconfiança é o que essencialmente justifica a subsistência, no delegante, de deveres secundários de garantia, isto é, de supervisão, vigilância e controle do delegado⁵⁶. A tensão entre esses dois fatores, portanto, é que orienta a identificação e a distribuição de responsabilidades por omissão imprópria no âmbito da empresa.

O princípio da confiança, dogmaticamente alocado o âmbito da criação de um risco não permitido do tipo objetivo, parte da premissa de que é razoável confiar que os outros agirão conforme o dever, salvo na presença de elementos concretos que indiquem o contrário⁵⁷. Em outras palavras, Amaral aponta que o sentido do princípio é que “um homem prudente, na ausência de indícios que indiquem que o terceiro

⁵⁵ ESTELLITA, 2017, p. 153.

⁵⁶ ROBLES PLANAS, 2012, p. 496.

⁵⁷ SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 110 e ss.

agirá contrariamente ao dever, confiaria na conduta correta dos outros”⁵⁸. Nesse sentido, existem limites comumente reconhecidos à aplicação do referido princípio, determinando que não pode haver confiança quando: (i) a outra pessoa não tem capacidade ou competência para desempenhar a atividade de sua responsabilidade; (ii) existirem circunstâncias concretas que objetivamente demonstrem que a outra pessoa não desempenha o seu papel corretamente⁵⁹.

No caso dos delegantes numa empresa, o princípio da confiança estabelece âmbitos de responsabilidade, limitando o dever de obtenção de informações. Para que o referido princípio possa afastar a responsabilidade penal do delegante, faz-se necessário o efetivo cumprimento dos seus deveres secundários, pois somente assim será possível identificar os casos em que não é possível confiar no delegado. Ademais, uma vez que o delegante verifique irregularidades no cumprimento das funções do delegado, não há mais fundamento para confiar, devendo, portanto, intervir no âmbito das atividades delegadas para que elas retornem ao patamar do risco permitido⁶⁰. Se, diante desse cenário, o delegante nada faz, poderá ser responsabilizado a título de omissão imprópria, caso sobrevenha um resultado típico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim e ao cabo, conclui-se que, no âmbito empresarial, o administrador é quem possui originalmente a posição de garantidor, portanto, pode, em tese, ser responsabilizado a título de omissão imprópria pelos resultados típicos oriundos das atividades de seus subordinados. Contudo, ser garante é apenas o primeiro passo para uma eventual imputação penal.

No contexto de uma delegação, o administrador delegante transmitirá os seus deveres primários de garantia ao delegado, que será o responsável por gerir a fonte de perigo de determinado setor. Por outro lado, ao delegante subsistirá, ainda, deveres secundários de vigilância em relação à atividade do delegado. Somente na hipótese em que a delegação foi eficaz, tendo o delegante cumprido com seus deveres residuais e não verificado razões concretas para não confiar na conduta do

⁵⁸ AMARAL, 2021, p. 291.

⁵⁹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. RT, 2014, p. 69.

⁶⁰ ESTELLITA, 2017, p.153.

delegado, será possível aplicar o princípio da confiança para afastar a responsabilidade penal do delegante.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rodrigo. Quem age contrariamente ao dever não pode confiar na conduta correta do terceiro? Uma contribuição para a aplicação do princípio da confiança no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, v. 178, ano 29, p. 287-308, abr. 2021.

ASSIS, Augusto. A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresa. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Arsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. 2016. 316 f. Tese (Livre Docência). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2016.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del 'deber de control': una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n. 3, set./dez. 2018.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas. In: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, ano IV, n.40, p. 5-25, jul./ago/ 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Reus, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral – Tomo I – Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2007.

FRISCH, Wolfgang. 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 del trabajo. In: MIRPUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996. p. 99-128.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São

Paulo: ed. RT, 2014.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. "El *Criminal Compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones". *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, p. 733-782, 2015.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona: Atelier, 2008.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Principios organizativos empresariales y su función como criterios de atribución de responsabilidad penal. A propósito de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión. In: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.); DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (coord.). *Temas actuales de investigación en Ciencias Penales: memorias I Congreso Internacional de jóvenes investigadores en Ciencias penales: 26, 27 y 28 de octubre de 2009*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2010. p.408-427.

POLAINO-ORTS, Miguel. "¿Qué es la imputación objetiva?". In: CARO JOHN, José Antonio; POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal funcionalista*. Aspectos fundamentales. México, DF: Flores, 2014.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 143, p.45,86, 2018.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). In *Dret*, (2), *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abr. 2012. Disponible em: <https://indret.com/los-dos-niveles-del-sistema-de-intervencion-en-el-delito/>. Acceso em: 10 jun. 2023.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación en la empresa. In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (coord.). *Estudios de Derecho penal: Homenaje al Profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016. p. 487-504.

ROCHA, Ronan. *A relação de causalidade no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RODRÍGUEZ MESA, María José. Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y

participación. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de Rioja*, Logroño, n. 11, p. 107-126, 2013.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; CASTRO, Rafael Gues de. A responsabilização criminal individual em estruturas complexas: uma análise aplicada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresas. (Trad) BRÜCKNER, Daniela; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 41, fasc. 2, p. 529-558, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comprado para escapar de um caos. In: GRECO, Luís (org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. 2. ed. Madrid: Editorial B de F, 2016.

SIQUEIRA, Flávia. *O princípio da confiança no direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.