

O ADMINISTRADOR DA EMPRESA COMO GARANTE NO DIREITO PENAL – POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

THE COMPANY ADMINISTRATOR AS A GUARANTEE IN CRIMINAL LAW – DOCTRINAL POSITIONS

Jader Santos Alves¹

Sebastian Borges de Albuquerque Mello²

Resumo: O presente artigo tem como escopo abordar proposições doutrinárias para a caracterização dos administradores de empresas como garantes nos crimes omissivos impróprios em face dos atos dos seus subordinados. O tema é atual e relevante, visto que a atribuição de autoria no âmbito de organizações constitui-se num dos maiores desafios do Direito Penal na contemporaneidade ante a crescente complexidade das atividades empresariais, caracterizadas pela multiplicidade de agentes, pela divisão de tarefas e compartimentação de informações, gerando uma cadeia de causalidade em que se dilui a responsabilidade pelo resultado lesivo a bem jurídico. Ademais, a imputação nesse contexto se torna ainda mais difícil quando se trata de atribuir responsabilidade ao administrador da empresa por omissão imprópria, categoria esta que já é bastante problemática. Assim, o presente estudo analisa se construções teóricas que tentam dar conta do problema da omissão do garante em relação a fatos de terceiros, como a assunção fática de fonte de perigo, o domínio do fato, a teoria das competências organizacionais e da ingerência, e se elas proporcionam critérios satisfatórios de imputação individual aos dirigentes em caso de omissão diante de resultados lesivos decorrentes das estruturas empresariais, levando em conta questões problemáticas como o princípio a autorresponsabilidade, o princípio a confiança e a divisão de tarefas.

Palavras-chave: Crimes empresariais. Administradores de empresas. Crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. Dever de garante. Posições doutrinárias.

Abstract: This article aims to address doctrinal propositions for characterizing company managers as guarantors in improper omission crimes in relation to the acts off ter subordinates. The topic is current and relevant, as the attribution of authorship within organizations constitutes one of the greatest challenges of contemporary Criminal Law, given the increasing complexity of business activities characterized by the multiplicity of agents, division of tasks, and compartmentalization of information, creating a chain of causality that dilutes responsibility for the harmful result to a legal good. Furthermore, attribution in this context becomes even more difficult when it comes to assigning responsibility to the company manager for improper omission, a category that is already quite problematic. Thus, this study analyzes whether theoretical constructions that attempt to address the problem of the guarantor's omission in relation to third-party facts, such as the factual assumption of a source of danger, the domain of the fact, the theory of organizational competences, and interference, and whether they provide satisfactory criteria for individual imputation to managers in the event of omission in the face of harmful results arising from business structures, taking into account

¹ Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia. Promotor de Justiça. E-mail: jaderalvs@gmail.com.

² Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Graduação e Pós-Graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Advogado Sócio do Escritório Sebastián Mello, Marambaia e Lins Advogados Associados s/c. Possui curso de aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG - Alemanha. Titular da cadeira n.º 18 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Sócio benemérito da Associação dos Advogados Criminalistas da Bahia. E-mail: sbam@terra.com.br.

problematic issues such as the principle of self-responsibility, the principle of trust and the division of tasks.

Keywords: corporate crimes, company managers, improper omission crimes or commission by omission, duty of guarantor, doctrinal positions.

1 INTRODUÇÃO

A atribuição de autoria no âmbito de organizações constitui-se num dos maiores desafios do Direito Penal na contemporaneidade. É fato que, no contexto empresarial, a prática de uma infração penal no âmbito de uma corporação cria uma série de questões no âmbito da própria organização (a preservação dos interesses da empresa, deveres de cooperação, programas de integridade) e no processo investigatório para se identificar eventuais responsáveis por crimes ocorridos no âmbito da empresa.

Identificar e individualizar processos decisórios dentro de corporações termina sendo um grande desafio. Os métodos de tomada de decisão, complexos e fragmentados, dificultam a atribuição clara de autoria, gerando uma cadeia de causalidade que demanda uma investigação complexa sobre diversas categorias dogmáticas. A tradicional vinculação da autoria à pessoa física encontra barreiras expressivas quando se trata de danos cuja origem se dilui em um sistema organizacional composto por divisões, descentralizações e a diversificação de funções e tarefas.

Neste contexto, é natural que, num primeiro momento, as atenções sobre a responsabilidade por um delito ocorrido no âmbito de uma empresa se voltem para os órgãos de direção da organização, seja porque: a) há um dever de fiscalização e controle sobre os subordinados; b) há um dever de controle sobre a fonte de perigo decorrentes da atividade da pessoa jurídica.

Contudo, é preciso ressaltar que a autoria no âmbito da pessoa jurídica não pode ser reduzida à execução material do tipo, nem tampouco à posição hierárquica dentro da estrutura da empresa. Afinal, concorrer é mais do que concausar, vale dizer, não se pode resumir a autoria numa relação de nexos causal para o delito (Batista, 2008, p. 44). Tanto uma quanto outra opção refletem modelos reducionistas, que veem o problema de modo atomizado, sem correspondência com a realidade que rege as competências e atribuições no mundo empresarial.

Nesse prisma, se as dificuldades na imputação penal dos dirigentes por ação já são grandes, maiores ainda são os obstáculos para a imputação em decorrência de omissões. Como se sabe, a omissão imprópria é uma categoria dogmática problemática, mormente em face da insuficiente redação do §2º do art. 13 do Código Penal.

Sem embargo, não se pode perder de vista a possível responsabilidade do administrador pelo dano provocado pela empresa, cujas ações e omissões individuais são decisivas para a prática delituosa em muitos casos. De outra banda, há de se ter cautela, pois, em organizações empresariais, mormente naquelas mais complexas, não se pode presumir que os dirigentes sempre tenham conhecimento e controle de todas as ações, sob pena de se imputar a alguém conduta que sequer praticou.

Assim, está posta a tarefa de construir critérios para definir quem se omitiu, quando possuía um dever especial de agir para evitar o resultado. Em outras palavras, identificar quem eram os garantes no âmbito da organização, que é o primeiro passo para a imputação, por omissão imprópria, do resultado lesivo ao bem jurídico.

Passemos, então, à tarefa central desse estudo: analisar se, e em que condições, o dirigente empresarial pode ser considerado um garante para fins de responsabilização, a título de omissão, pelos fatos ilícitos realizados pelos seus subordinados.

No primeiro capítulo, serão apresentados, em apertada síntese, os pressupostos da punibilidade por omissão imprópria. O segundo e o terceiro capítulos dedicam-se à abordagem das principais propostas apresentadas pela doutrina para dar conta do problema da omissão do garante em relação a fatos de terceiros, como forma de angariar subsídios para a questão da responsabilidade por omissão dos dirigentes das empresas em face de atos dos seus subordinados.

Tais posições doutrinárias serão expostas à crítica no quarto capítulo, no qual pretende-se esboçar uma delimitação dos pressupostos dogmáticos para a caracterização do empresário como garante nos crimes omissivos impróprios.

Ao final, o presente artigo abordará questões problemáticas de imputação no âmbito empresarial, quais sejam, o princípio da autorresponsabilidade, o princípio da confiança e a divisão de competências e tarefas.

2 ABORDAGEM INICIAL DO TEMA: OMISSÃO IMPRÓPRIA E DEVER DE GARANTE

Os requisitos que uma pessoa deve cumprir para ser considerada autora de um delito por omissão decorrem da própria natureza dessa forma de imputação. Nos delitos de comissão por omissão (ou omissivos impróprios), além da ausência da ação devida, é necessário que o autor tenha a possibilidade de evitar o resultado (art. 13, §2º do Código Penal).

Mais do que isso, na denominada omissão imprópria (ou comissão por omissão), conforme a doutrina de Jescheck (2002, p.654), o resultado típico é atribuído ao garante que deixou de impedir sua ocorrência, da mesma forma como se tivesse causado o evento por uma ação positiva. Nessa mesma linha, Tavares (1996, p.65) destaca que os crimes omissivos impróprios podem ser compreendidos como uma modalidade qualificada de omissão, uma vez que exigem que o agente possua uma condição específica (de garante) que o vincule como responsável pela proteção de determinado bem jurídico.³

No decorrer deste texto, serão abordadas correntes doutrinárias que buscam um fundamento material para o dever de garantia do empresário, ante a superação da teoria dos deveres formais⁴.

³ É comum a doutrina considerar que os delitos omissivos impuros ou impróprios seriam os não especificamente descritos na lei como tais, mas em que a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação, como tal legalmente prevista e punível (Figueiredo Dias, 2019, p. 1.064). Porém, o critério adotado neste trabalho para diferenciar os crimes omissivos impróprios é a posição do garante, o qual tem uma especial vinculação com o bem jurídico protegido.

⁴ Segundo a teoria dos deveres formais, as fontes do dever do garantidor são a lei, o contrato e a ingerência (esta última é a criação, por parte do omitente, do perigo anterior a que se vê exposto o bem jurídico). Trata-se de um fruto acabado do pensamento jurídico naturalista e positivista dominante até o princípio do séc. XX, que pretensamente conferia certeza e segurança do direito e acrescia a imperiosa necessidade de dar a entender que estão aqui em causa deveres jurídicos, não deveres morais ou sociais, por mais prementes que possam surgir à consciência comunitária (Figueiredo Dias, 2019, p. 1088). Assim, de acordo com a teoria dos deveres formais - e trazendo aqui a questão discutida neste trabalho - o dirigente da empresa que descumprisse, por omissão, algum dever previsto na lei (v.g. no Código Civil, na Lei das Sociedades Anônimas, no Código de Defesa do Consumidor, nas leis ambientais, regulamentos, resoluções de agências reguladoras, etc.) ou nos estatutos sociais e/ou nos contratos firmados pelo ente empresarial, deixando de impedir uma lesão a algum bem jurídico penalmente tutelado, incorreria em omissão imprópria, e, por conseguinte, a ele seria imputado um delito descrito na lei penal na forma de crime comissivo. No entanto, pode-se dizer que a teoria formal dos deveres de garantia, hoje, em quase toda a parte, resta superada na doutrina e na jurisprudência. Isso porque tal concepção tem matriz naturalista e positivista, renunciando aos conteúdos dos deveres que assim se criavam; falta-lhe um elemento material delimitador, numa palavra, um critério material qualquer de ilicitude da inobservância do dever de atuar (Figueiredo Dias, 2019, p. 1089). Outrossim, contra ela se objeta que não atende suficientemente ao princípio da legalidade e nem é capaz de retratar todas as hipóteses geradoras de uma posição de garantidor (Tavares, 2018, p. 315).

3 AS TENTATIVAS MALOGRADAS DE IMPUTAÇÃO AOS DIRIGENTES DAS EMPRESAS: A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E A MERA POSIÇÃO DE ADMINISTRADOR NOS ATOS CONSTITUTIVOS

A *vexata quaestio* da responsabilização dos administradores por omissão em face de atos lesivos decorrentes da atividade empresarial vem suscitando diferentes propostas de resolução.

Uma delas é o recurso à denominada teoria do domínio do fato. Sugere-se a aplicação dessa teoria no Direito Penal Empresarial, baseado na ideia de que os administradores das empresas têm poder de decisão sobre o emprego dos fatores de produção sob o seu domínio (colaboradores, instalações, máquinas, sistemas, etc.) e, nessa condição, têm o dever de agir para impedir resultados danosos aos bens jurídico-penais; não o fazendo, poder-se-ia imputar aos dirigentes os atos lesivos causados pela atividade empresarial, a título de omissão imprópria.

Essa lógica de responsabilização dos administradores das empresas foi utilizada, embora sem aprofundamento teórico, por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470, o rumoroso caso do “Mensalão”.

O equívoco dessa proposta é evidente.

Como observam Greco e Leite (2014, p. 56), apesar de ser o caminho mais acessado para tentar identificar autores e partícipes no âmbito da pessoa jurídica no século XXI, essa concepção teórica, na maneira como vem sendo interpretada, não resolve, como em princípio se pretende, os problemas da responsabilidade pessoal no âmbito da empresa.

Calha observar que, para a teoria do domínio do fato, nos moldes concebidos por Roxin, autor é a “figura central do acontecer típico”. Será autor aquele que tiver o domínio da ação (*Handlungsherrschaft*), que é o domínio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do autor imediato. Também será autor aquele que tem o domínio da vontade (*Willensherrschaft*) de um terceiro que, por alguma razão, é reduzido a mero instrumento (autoria mediata) por coação ou induzimento ao erro do “homem da frente”, ou por domínio de outrem em um aparato organizado de poder. E mesmo neste último caso, Roxin restringe os aparatos organizados de poder a grupos que atuam permanentemente à margem do direito, como são os casos das organizações terroristas e dos estados totalitários, o que exclui, por certo, as empresas dessa categoria. Por fim, também há o denominado

“domínio funcional do fato”, que corresponde à coautoria, vale dizer, quando o fato típico é praticado em concurso de agentes com divisão de tarefas, de modo que cada agente será *coautor* do fato como um todo, ocorrendo aqui, como consequência jurídica, o que se chama de imputação recíproca.

Greco e Leite (2014, p. 22) explicitam que, na verdade, a teoria do domínio do fato, como toda teoria jurídica, direta ou indiretamente é (ou deve ser) uma *resposta* a um problema concreto. O problema que a teoria se propõe a resolver é o de distinguir autor e partícipe, não criar critérios de imputação/não imputação. Em geral, não se trata de determinar se o agente será ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe. Vale dizer, a teoria do domínio do fato entra em cena quando já afirmada a imputação (com base em elementos consistentes, por óbvio). A teoria nasceu de uma necessidade prática, pois os códigos penais alemães, tanto o vigente à época da monografia de Roxin, como o atual, exigem que se faça essa distinção autor/partícipe.

Outro ponto é que o próprio Roxin afasta o domínio do fato nas hipóteses de “delitos de dever”, nos quais o legislador, ao invés de descrever da forma mais precisa possível as ações humanas que lesionam o bem jurídico, serve-se de outra técnica e se apoia em deveres, concretizados em outros setores da ordem jurídica, e cuja violação passa a ser um requisito do tipo penal, como é o caso justamente dos delitos omissivos impróprios (tratados neste estudo), conforme visto no capítulo anterior. O domínio do fato limita-se aos delitos comissivos dolosos.⁵

Dessarte, a teoria do domínio do fato, ao menos na linha defendida por Roxin, não desloca automaticamente a responsabilidade do subordinado para o superior, pois sequer é critério para definir se deve haver, ou não, a imputação penal.

Portanto, lançar mão da teoria para alcançar, via omissão imprópria, o administrador da empresa pelos atos dos subordinados, não passa de uma tentativa de dar ares de sofisticação dogmática a uma inadmissível responsabilização por fato de outrem.

⁵ Roxin expõe que as suas reflexões, em princípio, nos conduzem ao surpreendente resultado de que as considerações sobre o domínio do fato de entrada não são pertinentes nos delitos de omissão: o omitente não chega a ser autor por seu eventual domínio do fato, senão pelo quebramento de seu dever de evitar o resultado. O autor alemão considera esta ideia surpreendente porque justo nos delitos de omissão a doutrina e a jurisprudência têm recorrido com especial frequência à ideia de domínio do fato. Cita, por exemplo, de forma crítica, que o Bundesgerichtshof (BGH) já adotou em sua jurisprudência a ideia de domínio do fato pela possibilidade de intervir, impedindo o resultado (Roxin, 2016, p. 445).

Ainda pior é tomar a mera posição ocupada na estrutura organizacional da empresa como forma de imputação por atos omissivos impróprios.

Obviamente, o dirigente da empresa tem deveres necessários para evitar lesões a bens jurídicos advindas da atividade empresarial. Contudo, a posição de administrador é importante, mas não suficiente para caracterizar alguém como autor ou partícipe de um delito (Mello, 2017, p. 108).

De fato, não se pode responsabilizar penalmente alguém apenas por ocupar uma determinada posição institucional, já que, para tal desiderato, faz-se necessário demonstrar que o dirigente assumiu a efetiva guarda da fonte de perigo e, por isso, tinha o dever, o conhecimento e a possibilidade de agir para evitar o resultado danoso previsto no tipo penal comissivo, como será melhor desenvolvido nas seções seguintes.

4 A RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO IMPRÓPRIA EM FACE DE ATOS DE TERCEIROS NO ÂMBITO EMPRESARIAL: PRINCIPAIS PROPOSTAS DOGMÁTICAS

São diversas as propostas para fundamentar a responsabilidade por omissão nas hipóteses em que há um dever especial de evitar o resultado, mas que acarretam um verdadeiro “caos dogmático” (Schünemann, 2013). Há uma série de impasses para se equiparar um atuar omissivo a uma ação. A partir desse ponto, serão analisadas as propostas dogmáticas mais relevantes que levam em conta as especificidades e as dificuldades da imputação por omissão imprópria aos dirigentes de entes coletivos, como é o caso das empresas, mormente em face de atos cometidos por seus colaboradores.

É certo que um dos marcos teóricos centrais a partir do qual se desenvolveu um fundamento material para a responsabilidade por omissão imprópria está em Kaufmann (2006), que, afastando-se de uma teoria das fontes formais, propõe uma disposição dos deveres de garante de acordo com deveres especiais que se atribui aos sujeitos em face de relações funcionais, subdividindo-se em duas categorias: a) pela função de proteção de um bem jurídico; e b) pela função de vigilância sobre uma fonte de perigo.

Neste diapasão, para efeito de recorte metodológico, serão analisados os fundamentos trazidos por Schünemann, Jakobs, bem como pelos partidários da teoria

da ingerência, e as suas repercussões na função do garante em face de atos de terceiros.

4.1 A TEORIA DO CONTROLE SOBRE O FUNDAMENTO DO RESULTADO DE SCHÜNEMANN

Pela teoria do domínio (ou do controle) sobre o fundamento do resultado há a premissa de que é viável, a partir de aspectos lógicos, reunir ação e omissão sob um supraconceito. Schünemann (2013, p. 164) obtempera, entretanto, que é um erro histórico da dogmática procurar, na omissão, um conceito de causalidade idêntico ao da conduta comissiva.

Em seu entendimento, apenas se pode falar em omissão dessa ação quando a sua realização era possível ao autor individual; e que somente se pode falar na omissão da evitação de uma lesão de bem jurídico quando a realização da ação de salvamento pelo autor teria conduzido, com probabilidade próxima da certeza, ao salvamento do bem jurídico.

O que origina a equiparação jurídico-penal da omissão com a ação não é o dever formal contratual oriundo do Direito Civil, nem tampouco a ação anterior perigosa (ingerência), mas a assunção fática de uma função de proteção sobre o bem jurídico desamparado. O dever contratual de natureza civil e a ingerência não são mais do que epifenômenos jurídicos da posição de garantidor de natureza jurídico-penal (Schünemann, 2013, p. 166/168).

Para Schünemann (2013 p. 170/171), essa equiparação da omissão com a conduta ativa sob o aspecto do domínio dos fundamentos do resultado, basilar para a autoria, dá-se quando – e apenas quando – o autor da omissão exerce um domínio sobre o acontecimento que conduz à lesão do bem jurídico, um domínio real, tal como o do autor do delito de ação, e que não pode ser confundido com a mera possibilidade de evitação, ou seja, como domínio potencial (hipotético). O autor explica que desenvolveu pioneiramente a tese sobre o “domínio sobre os fundamentos do resultado” como estrutura fundamental comum, como *tertium comparationis* na linguagem da lógica formal. Entre a comissão por meio da conduta ativa e a comissão por meio de uma omissão imprópria.

Aponta para uma fórmula de equiparação material da conduta ativa com a omissão, a partir da qual seria possível superar uma divisão ocasional e formal da já

mencionada distinção das posições de garantidor: de um lado, fundada em deveres de proteção de determinados bens jurídicos e, de outro, na responsabilidade por determinadas fontes de perigo.

O sistema proposto é construído a partir de condições lógico-materiais do domínio real sobre o acontecimento: o domínio sobre o fundamento do resultado decompõe-se no domínio sobre o desamparo de um bem jurídico (com as posições de garantidor mais específicas da comunidade de vida, comunidade de perigo e da assunção da função de guarda sobre um bem jurídico desamparado) e no domínio sobre uma causa essencial do resultado (que engloba as posições de garantidor dos deveres de asseguramento - *Verkehrspflichten*) no sentido do controle sobre coisas perigosas e do domínio sobre pessoas ou funções perigosas.

Assim, o domínio sobre o fundamento do resultado é uma estrutura fundamental de autoria, na mesma medida, para os delitos comissivos e para os delitos omissivos impróprios, também para os delitos especiais de garantidor e nos delitos de mão própria (Schünemann, 2013, p. 171/172).

A equiparação se baseia, assim, ou na assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado, ou na assunção de uma função de vigilância sobre determinada fonte de perigo (Estellita, 2017, p. 89).

Schünemann (2013, p. 173) expressamente cita a posição de garantidor do empresário (*Betriebsinhaber*) e do produtor de mercadorias como duas das três “constelações” em favor da sua teoria do domínio, que seria a única em condições de conduzir tanto a uma fundamentação, como também a uma limitação adequada da sua condição de garantidor.

4.2 DAS COMPETÊNCIAS ORGANIZATIVAS E INSTITUCIONAIS DE GÜNTHER JAKOBS

Para Jakobs (1997, p. 948/949), tanto nos delitos de comissão quanto nos crimes omissivos impróprios, a ninguém é lícito estender o seu próprio âmbito de organização, nem um âmbito de organização que governa, sem respeitar os âmbitos de organização de outras pessoas. Não devem surgir do âmbito de organização condições danosas para quem estiver fora dele.

Dito de outro modo, quem utiliza a liberdade de atuar de modo que não seja possível evitar danos aos outros sem empregar esforço, deve suportar esse emprego

de esforço. Assim, tanto nos delitos comissivos, como nos omissivos impróprios, há deveres de atuar que representam custos da liberdade de atuar. Ter consideração pelos outros ao configurar o próprio âmbito de organização seria o fundamento tanto da comissão como da omissão imprópria.

Como assinala Estellita (2017, p. 90/91), o critério de fundamentação material da posição de garantidor oferecido originalmente por Jakobs tem base puramente normativa e oferece dois vértices: a responsabilidade por organização da própria esfera de competência e a responsabilidade institucional. Esse âmbito de organização pode ser definido por ações – como é o caso da responsabilidade por vulneração de asseguramento relativamente ao próprio aparato físico (o próprio corpo), ou seja, por meio de uma comissão (matar alguém) – ou por omissões, quando houver frustração do dever de asseguramento.

Tal dever decorre do uso pelo agente de meios materiais (objetos e pessoas) que possam causar efeitos externos danosos (*outputs* lesivos) a terceiros – um cachorro bravo, por exemplo. O agente pode interferir em esferas alheias, tanto por meio do seu corpo, como por meio do emprego desses meios materiais, do qual decorrem, portanto, deveres de agir para assegurar que os perigos derivados desses meios se mantenham em níveis permitidos ou, então, se superado esse limiar, que sejam reconduzidos aos níveis permitidos. O descumprimento desse mandado – portanto, uma omissão – também configura a responsabilidade penal.

Nessa linha, temos o que Jakobs (1997, p. 973) denomina de “deveres de relação”, vale dizer, deveres de asseguramento frente a perigos derivados de objetos ou atividades empresariais, etc., incluídos no âmbito da responsabilidade pela organização. O fundamento desses deveres é a incumbência ou responsabilidade do organizador pela organização interna, excluindo-a das pessoas ameaçadas em seus bens.

Jakobs (1997, p. 969) ressalta que a equiparação entre ação e omissão só ocorre se o dever jurídico (e não meramente moral) de agir nos delitos de omissão imprópria alcançar a importância do dever jurídico de omitir nos delitos de comissão. Isso porque o que determina a responsabilidade nos crimes omissivos, para Jakobs, não é a causalidade, mas o conceito de imputação, que seria precedente à própria ideia de causalidade (Ruivo, 2023, p.201).

A responsabilidade do omitente pelo comportamento do colaborador pode levar-se a cabo através da colusão e de coisas perigosas da empresa ou atividade.

Embora não seja responsável pelo comportamento dos outros, ele o faz pela configuração, determinada por esse comportamento, do seu âmbito organizacional.

Assim como o proprietário de uma casa não se vê liberado do dever de assegurar as telhas de seu teto se um trabalhador as encaixou mal, por descuido, também o titular da empresa responde pelo estado perigoso de sua empresa, na medida em que ainda são seus assuntos os que se organizam. O titular da empresa será equiparado a terceiro se os colaboradores agem por apenas interesse próprio, ainda que usando a estrutura da empresa. O autor cita o exemplo dos colaboradores de tendência anarquista que utilizam as instalações da empresa como se fossem o próprio armazém de explosivos (Jakobs, 1997, p. 976).

4.3 A TEORIA DA INGERÊNCIA

Outra corrente doutrinária, assim como parte da jurisprudência⁶, apoiam a condição de garante do empresário pela ingerência. Nessa concepção, inaugurada por Stübel, aquele que, em virtude de ato precedente, gera um perigo que ameaça se realizar em resultado, típico, tem o dever de intervir para evitar o resultado danoso (art. 13, § 2º, c do CPB), o que constitui o garantidor por ingerência.

Discute-se a exigência, ou não, de um atuar precedente antijurídico. Para a doutrina dominante, calcada na contribuição de Rudolphi, a necessidade de antijuridicidade do comportamento prévio deve ser afirmada como condição relevante

⁶ Roxin, Leite e Teixeira (2019, p. 3 e 4) apontam que, no rumoroso caso do spray de couro, o *Bundesgerichtshof* (BGH) fundamentou a condenação do administrador do negócio na ingerência. Nesse julgamento, o BGH se debruçou sobre a questão da forma especial de omissão, decorrente de um dever de impedir o resultado por fato originado por um comportamento anterior do sujeito, mas executado no âmbito do risco autorizado. No caso, houve a comercialização de um aerossol para roupas de couro (Leaderspray-Fall), que produziu sérios edemas e fibroses pulmonares em seus usuários e cujo desfecho judicial foi levado a cabo pelo Tribunal. A danosidade do produto só pôde ser descoberta depois do uso pelos consumidores; antes disso, o produto fora fabricado segundo as medidas adequadas de produção e, conforme os testes, considerado inofensivo à saúde humana. Uma vez constatado o dano causado pelo aerossol, o fabricante resolveu modificar-lhe a fórmula e colocá-lo novamente à venda. Em face do aparecimento de novas lesões, o fabricante o submeteu à apreciação do Conselho de Administração da empresa, o qual, por unanimidade, decidiu continuar a sua comercialização em face da incerteza quanto à causa dos danos pessoais. O Tribunal alemão entendeu que os fabricantes eram responsáveis por lesão corporal por omissão, com base na ingerência, por não terem retirado de circulação o produto perigoso (Tavares, 2018, p. 370). A Corte apreciou a questão em torno da relevância causal dos votos dos membros da diretoria da empresa que fabricava o spray, os quais decidiram pela não retirada do produto nocivo à saúde dos consumidores, sendo que os votos no sentido da não retirada ultrapassaram o número suficiente para a tomada da deliberação.

à responsabilidade por omissão (Roxin, 2014, p. 906; Tavares, 2018, p. 334), especialmente porque os deveres de agir têm de ser fundamentados de uma perspectiva *ex ante*, sob pena de não poder afirmar o desvalor da conduta, e, pois, do resultado. Por isso, autores como Beulke, que se fiam nesse fundamento, restringem-no a uma organização anterior já perigosa da empresa (Roxin, Leite e Teixeira, 2019, p. 4) (Estellita, 2017, p. 121).

Ademais, a conduta precedente, criadora do risco, pode ser não somente uma ação, mas também uma omissão equivalente à ação por infringência do dever (Roxin, 2014, p. 918), o que é particularmente importante na temática da responsabilidade omissiva dos empresários, como será explanado na sequência deste texto.

No campo da ingerência, Bottini (2020, p. 134) faz a distinção entre omissão imprópria por riscos alheios (alíneas “a” e “b”) e por ingerência (alínea “c”). A última hipótese (alínea “c”) é a ingerência. Nela, o omitente, com uma conduta anterior, criou um risco de resultado. Ao contrário das situações anteriores, aqui há um risco produzido pela própria pessoa, em razão do qual surge o dever de evitar o resultado danoso, quando possível a interrupção do curso causal.

Nesse sentido, a permissão de atividades arriscadas está, em regra, condicionada ao cumprimento de normas de cuidado, a comportamentos positivos ou negativos capazes de manter os perigos dentro de certos limites. Enquanto tais normas são observadas, o risco criado pela conduta é permitido, e, em regra, não há legitimidade na incidência do Direito Penal, ainda que essas condutas produzam resultados danosos. Aqui, Bottini pondera que a criação de um risco pode desencadear para seu criador duas espécies de deveres – que podem ou não ter o mesmo desvalor: (i) um dever de controle desse risco e (ii) um dever de salvamento quando o risco sai do controle de seu criador (Bottini, 2020, p. 137).

O dever de controle implica manter o risco criado pelo agente dentro dos parâmetros toleráveis, definidos pelas normas de cuidado correspondentes. Apenas a comissão cria o risco, mas sua desestabilização pode se dar por ação ou omissão. Enquanto o agente tem o controle sobre o foco de perigo por ele criado, a omissão será relevante em dois momentos: (i) se foi criado um risco permitido, há um dever de agir para mantê-lo dentro desse patamar; (ii) se foi criado um risco não permitido, há também um dever de agir, de reconduzi-lo aos limites aceitáveis (Bottini, 2020, p. 138).

Por sua vez, o dever de salvamento surge quando o risco inicial saiu do âmbito de controle do omitente e se incorporou ao mundo de vida da vítima. Se no contexto do dever de controle o foco de perigo é manejável pelo omitente, no dever de salvamento este foco deixa o seu domínio, ou passa a ser irrelevante para o controle do curso causal desencadeado. O autor cita o exemplo que vem de encontro com a temática dos crimes cometidos no âmbito empresarial: o processo de fabricação de um produto, no qual o diretor de produção tem o controle sobre o processo de criação e em consequência o dever de observar ou fazer observar as normas de cuidados vigentes para aquela atividade (dever de controle). Após a distribuição do produto ao mercado, não existe mais esse controle. O produto se desligou de seu processo de produção. Se constatado que uma falha na fabricação o torna perigoso para consumo, o dever do fabricante não será mais de controle – porque ele perdeu sua capacidade de manejar o foco do perigo – mas de salvamento, de alertar ou proteger os consumidores, diante de certas condições e de sua capacidade de agir (Bottini, 2020, p. 139).

Para não cair em uma proposta puramente causal de imputação, Bottini propugna que a responsabilidade pelo salvamento está atrelada a um desvalor daquele risco original, do qual ele se desprende. E esse desvalor só existe se o risco do qual se desencadeia o contexto de salvamento não for permitido, ou seja, se houver na origem o descumprimento de normas de cuidado (Bottini, 2020, p. 139).

Nessa linha de intelecção, a criação de uma empresa e a organização do desempenho de suas atividades por meio de distribuição e delegação de tarefas constituiria risco permitido que oneraria o garantidor com deveres de controle: treinamento, fiscalização, vigilância e intervenção. Descumpridos esses deveres e criado risco não permitido, responderia o garantidor pelo resultado lesivo decorrente da violação da norma de cuidado (Estellita, 2017, p. 122).

As hipóteses tratadas acima, como posição de garantidor em virtude do controle sobre a “fonte de perigo empresa”, identificam-se com a criação de riscos próprios permitidos, que fundamentam uma posição de garantidor de vigilância sobre a fonte de perigo. A responsabilidade penal pela omissão só entraria em consideração a partir da violação dos deveres de vigilância sobre essa fonte de perigo, atendidos os demais pressupostos da punibilidade por omissão, quando o risco não fosse criado pelo próprio agente. Portanto, nos casos de riscos alheios o fundamento da posição de garantidor tem de ser, necessariamente, estabelecido em lei ou por assunção. A

distribuição de funções e tarefas dentro da atividade da empresa - com relação, portanto, ao fator humano - traduziria a criação de riscos próprios permitidos e seria o fundamento dos deveres de exercer controle e vigilância para que o risco criado não ultrapasse limites do risco permitido. A omissão do garantidor, neste último caso, seria portadora de menor desvalor, e exigiria a invocação da cláusula geral de extensão do artigo 13, §2º, do CPB (Estellita, 2017, p. 122).

A ideia central dessa teoria da ingerência é, pois, a de que a criação e operação de uma empresa representam riscos permitidos. Se na condução de suas atividades são violados deveres de cuidado ligados às atividades arriscadas, seja por ação, seja por omissão, então se cria um risco não permitido, imputando-se o resultado típico à omissão com fundamento na ingerência (Estellita, 2017, p. 122).

Passemos, doravante, às análises críticas dessas proposições em busca de uma tomada de posição.

5 CRÍTICAS ÀS PROPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E POSIÇÃO ADOTADA

A teoria sobre o domínio do fundamento do resultado tem o mérito de ser uma teoria material do dever de garante, estabelecendo limitações próprias do Direito Penal para a responsabilização por omissão por conceber um critério mais preciso e seguro de equiparação entre ação e omissão. De fato, o agente que omite o seu dever jurídico, apesar de ter o domínio real sobre a causa do resultado lesivo, está em condições muito semelhantes àquelas que desencadeiam a causalidade. Essa teoria acerta ao estabelecer que só é garante quem assume materialmente o dever de proteção ao bem jurídico e nisso se aproxima da posição de Kaufmann, a quem faz referência.

Sucedo que parece equivocada a tentativa de buscar um mesmo fundamento ontológico para ação e omissão, que estaria no domínio real dos fundamentos do resultado. A objeção aqui é que quem tem o dever jurídico-penal de proteger o bem jurídico e se omite não tem, necessariamente, domínio do fundamento do resultado, pois esse domínio é circunstancial (epifenômeno, para utilizar a expressão utilizada pelo próprio Schünemann). Assim, a tese não resolve alguns problemas claros de omissão imprópria em geral (como no exemplo da mãe que dolosamente deixa de socorrer o seu bebê, limitando-se a vê-lo morrer por conta de uma doença grave e de cura incerta), muito menos o faz nos casos de omissão dos dirigentes empresariais

em relação aos atos executados pelos subordinados. Também não dispõe de respostas convincentes para os casos em que o dever de proteção do bem jurídico é segmentado entre diferentes indivíduos.

Negar o requisito do domínio sobre o fundamento do resultado não significa, entretanto, adotar critérios meramente formais e normativos para fundamentar a responsabilidade por omissão. Mesmo que não se exija um domínio do fundamento do resultado, à posição de garantidor deve-se adicionar a possibilidade físico, real e jurídica de agir para evitá-lo, ainda que as ações possíveis, num juízo *ex ante*, não pareçam plenamente eficazes em um determinado caso concreto. Dessa forma, voltando ao exemplo acima, se a mãe do bebê buscar assistência médica ou outra disponível logo que perceber os sintomas da doença do infante, não poderá ser responsabilizada por omissão, ainda que a criança venha a óbito pela repentina e inesperada moléstia. Mas, se for omissa diante de uma possibilidade que tinha, ainda que pequena, de salvar o filho, deve ser responsabilizada por omissão imprópria, pois tinha o dever de reduzir o risco ao bem jurídico. Dessa forma, nos parece que a especial vinculação do omitente com o bem jurídico e o dever e a capacidade de agir estão na essência da posição de garante, e não necessariamente o domínio da causa do resultado.

Transladando a discussão para os crimes empresariais, pode-se afirmar, com Roxin, Leite e Teixeira (2019, p. 5) que o dirigente que assume faticamente a fonte de perigo⁷ oriunda da empresa tem o dever de agir como garante (art. 13, §2º, a) e b) do CPB)⁸, dentro de suas possibilidades fáticas e jurídicas, quando previsível, iminente ou atual o resultado lesivo a bens jurídicos decorrente de risco proibido da atividade empresarial (situação típica), por mais que as opções de intervenção à sua disposição não assegurem, com um grau de certeza, a incolumidade ou recuperação desse bem jurídico.

⁷ Roxin, Leite e Teixeira (2019, p. 6 e 7) esclarecem que um perigo referido à atividade empresarial existe, na realidade, quando o perigo decorre propriamente das condições estruturais que são típicas para cada empresa. Dessa forma, o fato delituoso do funcionário tem de ser visto, do ponto de vista de um observador objetivo, como um ato que traduz uma interação da empresa com a vítima. Através dessa interação, tem de ser criado um perigo para terceiros que decorre dos processos empresariais.

⁸ Segundo a teoria das funções, a posição de garante pode consistir na guarda de um bem jurídico, pela qual o garante tem o dever de estar “vigilante” para protegê-lo contra todos os ataques; ou na supervisão de determinada fonte de perigos, não importando a que bens jurídicos ameacem perigos desta fonte (Kaufmann, 2006, p. 290). Nesse sentido, seguindo tal teoria, com ampla aceitação na doutrina, a empresa constituiu uma fonte de perigo, cujo garante é, a princípio, o seu administrador.

Nesse sentido, v.g., diante da iminência ou do curso do rompimento de uma barragem de uma mineradora ou do derramamento de petróleo de uma plataforma petrolífera no oceano, causados por condutas de subordinados, os dirigentes dessas empresas, ao tomarem conhecimento do risco proibido, devem adotar as providências legais e tecnicamente pertinentes para evitar o dano, ou minorá-lo ao máximo, por exemplo, avisando as autoridades competentes, acionando sirenes para alertar a população, fazendo cessar ou reduzir a vazão da substância poluidora, colocando obstáculos para impedir o avanço dos rejeitos, retirando moradores das localidades de risco, etc., mesmo que estejam diante de uma tragédia de grandes proporções já em curso e de difícil contenção, sob pena de caracterizar a comissão por omissão em relação aos resultados evitáveis. Não há que se exigir, para fins de caracterização da omissão imprópria, um domínio do fundamento do resultado por parte dos administradores das empresas a ponto de assegurar que, se agissem, os resultados lesivos certamente seriam evitados.

Em relação à teoria das competências, explanamos que ela defende o ponto de vista de que a responsabilidade por organização da própria esfera de competência e a responsabilidade institucional fundamentam não só a punibilidade da omissão, mas também da comissão. Contudo, existem diferenças tão significativas entre ação e omissão que, em nosso sentir, impedem uma estrutura dogmática unificada. Embora corretos como princípios, o *neminem laedere* e a responsabilidade por organização nem sempre oferecem soluções suficientemente precisas e com a necessária base empírica para, em casos concretos, individualizar imputações por omissão imprópria no âmbito dos entes coletivos sem recair em presunções, já que são categorias eminentemente normativas. Há de se destacar, por outro lado, que o dever de salvamento como decorrência da responsabilidade pela organização é uma construção correta e útil principalmente na seara dos crimes empresariais, pois impõe ao empresário causador do risco proibido que já extrapolou o seu âmbito organizacional o dever de salvar o bem jurídico.

A ingerência, embora prevista no §2º, alínea c), do art. 13 do Código Penal, não deve ser aceita como o único fundamento da imputação ao dirigente da empresa, com a devida vênia. Isso porque a caracterização do empresário como garante decorre da assunção fática da fonte de perigo empresa com a criação ou o incremento de um risco não permitido. Deveras, o ordenamento jurídico e as relações sociais, amiúde, impõem deveres de agir a determinadas pessoas em certas circunstâncias,

colocando-as como protetoras dos bens jurídico-penais relevantes, ao passo em que desoneram *a priori* outras instâncias e atores sociais dessas tarefas de proteção. É o caso do empresário que assume a fonte de perigo empresa e omite o seu dever de intervenção. Nessa hipótese, mesmo que ele não tenha pessoalmente criado o risco proibido, a sua omissão acaba por incrementá-lo, e, por consequência, reduz ou até elimina as chances de salvamento do bem jurídico.

Como bem observa Estellita (2017, p. 123), essa posição doutrinária da ingerência acaba por excluir do âmbito do dever de vigilância do garantidor situações nas quais a atividade empresarial não é, *a priori*, perigosa, ou nas quais não houve um atuar antijurídico. É verdade que sói ocorrer a omissão imprópria do dirigente da empresa derivar de riscos por ele causados em condutas anteriores (ingerência), mas nem sempre assim o será. Basta pensar no exemplo do empresário que adquire uma fábrica, e no mesmo dia ocorre um vazamento de substâncias tóxicas decorrentes das atividades fabris. Ora, ao assumir o comando da fábrica, o empresário passa a ser gestor de uma fonte de perigo, mesmo que não tenha provocado o vazamento (portanto, não foi ele o criador do risco não permitido). Sem embargo, diante do vazamento ocorrido após assumir a fábrica, exsurge para o empresário o dever de adotar as medidas técnicas necessárias para cessá-lo, ou, ao menos, minimizá-lo, o que, em nosso entender, implica efetivar o “dever de salvamento”. A omissão desse dever incrementa o risco proibido criado anteriormente. Se ficar inerte, poderá ser responsabilizado por omissão imprópria em relação aos resultados que podia e devia evitar com a ação de salvamento⁹.

Com isso, evidencia-se que a ingerência (criação do risco proibido pela própria conduta anterior) e o domínio sobre os fundamentos do resultado, embora sejam propostas de critérios materiais de imputação, são meras circunstâncias que não compõem o núcleo duro da fundamentação dogmática de equiparação entre ação e omissão imprópria. Assim, no âmbito empresarial, que ora nos interessa, a

⁹ Ademais, é pertinente a crítica de Estellita, para quem a ingerência tem um papel mais significativo nas pequenas empresas ou de estruturas empresariais menos dinâmicas, nas quais há uma maior proximidade entre o atuar antijurídico e o resultado típico, de forma que a situação é diversa no âmbito de empresas de médio ou grande porte, ou mesmo naquelas de pequeno porte no âmbito das quais haja sucessão de dirigentes, designação de administrador não sócio, ou estrutura administrativa profissionalizada, nas quais os sujeitos que assumem as funções não coincidem com os que criaram a fonte de perigo empresa, nem mesmo são eles que organizam todo o setor de atividades (pessoas e objetos) que assumem, embora possam e devam fazê-lo, ainda que parcialmente. Em empresas de estruturas complexas, parece não ser possível fundamentar a posição de garantidor somente na ingerência (Estellita, 2017, p. 124 e 125).

fundamentação material está assentada, insista-se, na assunção fática da fonte de perigo empresa que gera a posição de garante do empresário e o correlato dever de agir, bem como na possibilidade físico-real do dirigente intervir para evitar ou minorar os resultados lesivos aos bens jurídicos dentro da sua esfera de competências no âmbito da empresa diante do risco não permitido (situação típica e imputação objetiva), ainda que criado por terceiros (como é o caso, dos colaboradores, terceirizados contratados, fornecedores etc.).

Já as leis e os contratos (*recitus*: negócios jurídicos), se, por si sós, também não fundamentam a posição de garante (sob pena de adotarmos uma já superada teoria meramente formal), ao menos ajudam a delimitar as ações esperadas e exigíveis desse garante que esteja, por exemplo, ocupando de fato uma posição na diretoria de uma grande mineradora.

Destarte, o presente trabalho defende uma proposta complexa que parte de pressupostos fático-materiais (assunção da proteção ao bem jurídico ou da fonte de perigo e a possibilidade real de intervir, a depender das circunstâncias do caso concreto) a que se adicionam exigências normativas (dever jurídico-penal de agir à vista do bem tutelado pelo tipo e das possibilidades e limitações jurídicas extrapenais de intervir no curso causal).

Essa posição tem a vantagem de afastar a presunção - desprovida de substrato empírico - de que o dirigente sempre tem (ou deveria ter) o “domínio” de tudo que ocorre no âmbito da empresa, e, ao mesmo tempo, não restringe demais essa responsabilidade a ponto de afastá-la quando o dirigente que se omite após assumir a proteção do bem jurídico ou o controle da fonte de perigos, sob o pretexto de que inexistia certeza da eficácia da possível intervenção em prol do bem jurídico. Evita-se, assim, os extremos.

Portanto, o empresário será garantidor com a criação do risco proibido ou, ao menos, com a assunção da fonte de perigo ou do dever de proteção do bem jurídico no âmbito das atividades empresariais, ainda que a situação de risco tenha sido criada por terceiros vinculados à empresa. Destarte, como bem salienta Bottini, enquanto o risco estiver no âmbito do permitido, o empresário, na condição de garante, terá o dever de controle; se criar o risco não permitido, ou se terceiros vinculados à fonte de perigo empresa o fizerem, deverá realizar o salvamento do bem jurídico dentro de suas possibilidades fáticas, técnicas e jurídicas.

6 LIMITAÇÕES E PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE IMPUTAÇÃO AOS DIRIGENTES DAS EMPRESAS: AUTORRESPONSABILIDADE, PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E REPARTIÇÕES DAS COMPETÊNCIAS

A aceitação da ideia, defendida neste trabalho, de que o dirigente pode ser considerado garantidor apenas quando assume faticamente a gestão da empresa (aqui entendida como fonte de perigos para fins penais), é tão somente um pressuposto importante, mas não suficiente, para imputar-lhe penalmente os danos provocados por terceiros vinculados à sua atividade empresarial.

De fato, uma adequada teorização dessa matéria deve levar em consideração pelo menos três questões problemáticas: o princípio da autorresponsabilidade, o princípio da confiança e as repartições das competências dentro da empresa.

Primeiramente, temos a autorresponsabilidade, pois parte da doutrina costuma invocar esse clássico princípio como limitação ou até mesmo um empecilho da imputação dos atos lesivos cometidos pelos subordinados aos administradores¹⁰.

A autorresponsabilidade é a capacidade de autodeterminação da pessoa, adquirida a partir de uma certa maturidade e corresponde à possibilidade de conformar o seu comportamento de maneira a não lesar bens jurídicos alheios (Estellita, 2017, p. 126), sendo impróprio imputar a outrem as condutas de alguém autorresponsável. Esse princípio é, como sabido, basilar no Direito Penal. Nessa linha de intelecção, seriam excluídos do âmbito da autoria mediata todos aqueles casos em que, entre a atuação do homem de trás (no caso, do administrador da empresa) e a realização criminosa, se interponha a atuação com culposa/dolosa de outrem (no caso, dos subordinados) (Feijoo Sanchez, 2013, fl. 19). Dessarte, a atuação dolosa ou culposa do subordinado não poderia, a princípio, ser imputada ao dirigente.

Em sentido inverso à autorresponsabilidade está a proposta de que os escalões inferiores seriam apenas instrumentos da gestão empresarial. É nesse sentido a posição de Jakobs, em consonância com a sua imputação objetiva vinculada aos papéis sociais, pois, em organizações complexas, os escalões inferiores se comparariam a máquinas, cujas ações seriam despidas de poder de decisão, ou seja,

¹⁰ Roxin, Leite e Teixeira (2019, p. 5) citam, por exemplo, a posição de Beulke, para quem os deveres de responsabilidade que criem deveres de garantidor devem ser apenas reconhecidos ali onde o perigo foi criado (também) pelo administrador do negócio, mas não quando foi (apenas) uma consequência de uma livre decisão do autor comissivo.

meramente instrumentais. Contudo, Feijoo Sanchez (2008, p. 21) pondera que (quase, diríamos nós) sempre remanesce, ainda que, de forma reduzida, algum poder de decisão daqueles que estão nos escalões inferiores.

A razão parece, mais uma vez, estar com Estellita, para quem a fundamentação da posição de garantidor na criação da fonte de perigo da empresa não oferece fricções com a diretriz da autorresponsabilidade do agente ativo. Não só porque o dever de atuar não se dirige ao subordinado, mas, sim, à evitação do resultado (nesse sentido, as disposições expressas do art. 13, §3º, CPB e do §13 do *Strafgesetzbuch* - StGB), como porque a responsabilização por omissão do garantidor não é por um fato alheio, do agente ativo, mas oriunda da quebra de seu próprio dever de agir para evitar o resultado.¹¹ A relação que se estabelece não é entre o omitente e o terceiro que atua, mas sim entre o omitente e o resultado, como bem adverte Roxin (Estellita, 2017, p. 127).

Essa posição se compatibiliza com o dever do empresário que decorre da sua liberdade de organizar o ente empresarial, do seu poder de dar ordens aos seus subordinados e, principalmente, da assunção do controle da “fonte de perigo empresa”.

Outro problema dogmático a ser enfrentado, conforme já mencionado no presente trabalho, é relativo à divisão de funções dentro da mesma estrutura empresarial.

Deveras, em organizações complexas, a divisão e a delegação de funções em cascata, a descentralização empresarial e a compartimentação de informações geram o que se convencionou chamar de “perigos organizativos ou perigos de desorganização”. Isso explica a tendência jurisprudencial de imputar aos escalões superiores da empresa a responsabilidade penal pelo produto ou agressões ao meio ambiente, por exemplo, sobretudo quando se constata uma situação de “irresponsabilidade organizada” (Feijoo Sanchez, 2008, fl. 17).

Essa divisão de tarefas - no mais das vezes, essencial para o funcionamento do ente empresarial devido à crescente complexidade das atividades a serem executadas e da consequente necessidade de especialização dos seus membros - pode se dar em nível horizontal (v.g., entre os diretores, havendo aqueles que atuam na área administrativa, financeira, comercial, *marketing* etc.) e/ou em nível vertical,

¹¹ No mesmo sentido Roxin, Leite e Teixeira (2019, p. 5).

formando uma estrutura hierárquica em que há superiores e subordinados, sendo que, mesmo entre os colaboradores, pode haver hierarquia (o gerente-geral é superior ao encarregado que é superior ao auxiliar de produção, por exemplo).

Há, ainda, membros da empresa que atuam em atividades de controle, como nos setores de auditoria interna, controle de qualidade e *compliance*.

A divisão de tarefas em nível vertical implica delegação de funções, de sorte que ocorre uma segregação entre as decisões dos dirigentes e dos colaboradores superiores e a sua execução material a cargo dos subordinados inferiores. Também é cada vez mais comum a terceirização de atividades para fins de ganho de eficiência econômica, viabilizadas pela celebração de contratos de prestação de serviços entre empresas, pelos quais as decisões dos dirigentes de um ente empresarial (tomador do serviço) são cumpridas por colaboradores de outra empresa (terceirizada, prestadora do serviço). Essa separação de funções, por óbvio, leva a problemas dogmáticos, visto que o Direito Penal clássico está fundado na responsabilidade individual e até mesmo as já conhecidas regras de concurso de agentes mostram-se insuficientes aqui. Ademais, entre a decisão e a execução pode haver diferenças espaciais consideráveis (inclusive com decisões tomadas em um país e executadas em outro), grande lapso temporal, intermediação e até a intervenção de terceiros na cadeia de responsabilidades da empresa.

No ponto, em se tratando de crimes omissivos impróprios em estruturas complexas, como visto na seção anterior, não se pode presumir que os escalões superiores tenham conhecimento de tudo que se passa na empresa e muitas condutas cometidas por subordinados estão em desconformidade com as diretrizes da cúpula; por outro lado, os dirigentes têm, sim, como controladores de fontes de perigo, o dever de agir para evitar danos previsíveis a bens jurídicos decorrentes da atividade empresarial, sob pena de se consagrar uma “irresponsabilidade coletiva organizada”.

Nessa senda, um primeiro passo é compreender, com Feijoo Sanchez (2008, p. 11 e 17), que as organizações complexas transformam os âmbitos de organização, ampliando e reduzindo o conteúdo dos deveres individuais. Por conseguinte, quanto maior e mais complexa a empresa, mais gerais passam a ser os deveres dos órgãos diretivos e menor o controle deles sobre os *outputs* e as decisões concretas tomadas em seu âmbito.

Dessa forma, pode-se afirmar que os dirigentes das empresas (diretores, executivos, CEOs, sócios-administradores e quejandos) são garantes originários, cujas responsabilidades vão sendo repartidas à medida em que há divisão de funções (nível horizontal) e delegações de tarefas (nível vertical) (Feijoo Sanchez, 2008, fl. 14). Assim, se o diretor da empresa delega a sua função de vigilância para um gerente, caberá a este, a princípio, a tarefa de vigilância; mas o diretor, como garante originário, não pode despir-se totalmente do seu dever; na verdade, a responsabilidade mais geral de vigilância sobre os processos empresariais permanece com o diretor, incluindo o dever de fiscalizar aquele a quem delegou a própria tarefa fiscalizatória sobre os demais colaboradores. Obviamente, por não estar tão próximo da execução das atividades a serem fiscalizadas, não é exigível do diretor-delegante o conhecimento simultâneo e pormenorizado de tudo que é executado, mas sim um acompanhamento das atividades mais relevantes, de acordo com as normas legais, regulamentares e as internas da própria empresa, assim como as práticas do mercado.

Os atos de gestão, de distribuição e de delegação de funções e tarefas, em estruturas horizontais e verticais, implicam, para os dirigentes, como garantidores originários, o dever de controlar a atuação das pessoas encarregadas do desempenho das atividades empresariais, intervindo para evitar a consumação do resultado típico, quando configurada situação de risco. O controle abrange os deveres de: a) selecionar adequadamente (dever de seleção); b) dirigir e emitir instruções (dever de instrução); c) organizar os processos e tarefas dentro da empresa (dever de organização); d) supervisionar e vigiar os trabalhos (dever de supervisão); e) de intervir (dever de intervenção) (Estellita, 2017, p. 147).

A delegação constitui um novo garantidor (por assunção, nos termos do art. 13, §2º, b, do CPB). Essa delegação de tarefas implica, de um lado, a constituição de um novo garantidor (secundário), de outro, a exoneração parcial do delegante (garantidor originário) (Estellita, 2017, p. 147).

Porém, como bem observa Estellita, não se pode delegar é a função em si de gestão da sociedade, nem a responsabilidade pela tomada de decisões, a ponto de descaracterizar o administrador como tal (a chamada “delegação orgânica”, vedada pelo art. 139 da Lei 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas). Outrossim, quando as atividades não possam ser objeto de delegação, seja por expressa disposição legal, seja por seu caráter altamente pessoal, a delegação será inválida e seus efeitos

parcialmente exoneratórios, para o delegante, ineficazes, retendo o garantidor todos os deveres inerentes ao seu âmbito de competência (Estellita, 2017, p. 147/149).

Para Estellita (2017, p. 151), a delegação de tarefas e funções implica o dever de supervisão apenas das atividades do delegado. Nessa linha de intelecção, se, além disso, há nova delegação, o delegante originário não teria o dever de supervisionar as atividades dos subordinados ao delegado, o que deve ser feito por este. Contudo, em nosso sentir, mesmo nessa hipótese, o administrador não deixa de ser garantidor originário e deve fiscalizar o funcionamento geral das cadeias de delegações e intervir para evitar ou interromper desdobramentos fáticos que possam gerar resultados lesivos e que cheguem ao seu conhecimento, inclusive realizando deveres de salvamento do bem jurídico, se necessário.

Como visto, as atividades ou funções de vigilância podem ser delegadas. Também aqui não há efeitos exoneratórios para os administradores, porquanto retêm o dever de manter a fonte de perigo dentro dos limites juridicamente permitidos, mas haverá inegavelmente uma mudança do conteúdo do dever de garantidor delegante (Estellita, 2017, p. 150/151).

Um exemplo de delegação de funções de controle e vigilância é a criação da função de *compliance officer*¹² ou mesmo *controller*³.

Nesse sentido, numa análise perfunctória, a delegação de deveres de vigilância ao *compliance officer* implicaria o afastamento da imputação por omissão, aos garantidores originários, do resultado típico.

Tal posição se afigura, a princípio, correta, mas o dirigente tem que fiscalizar se o *compliance officer* está, de fato, executando as suas funções, exigindo relatórios de ações, de apurações, investigações, etc.¹³

¹² O *compliance officer* é a pessoa que dirige ou coordena a função de conformidade numa empresa, vale dizer, o conjunto de políticas, procedimentos e medidas que visam detectar e minimizar os riscos de infração, e reagir caso esses riscos se materializem em condutas infratoras ou situações ilegais. As tarefas de vigilância, supervisão e controle (que originalmente são da responsabilidade dos administradores) podem ser delegadas. Em síntese precisa, Dopico Gómez-Aller (2018, p. 216) arremata: “É precisamente nisso que consiste a função de compliance: a institucionalização das tarefas de supervisão, vigilância e controle”. Os mecanismos de compliance têm relevantes impactos na responsabilidade penal dos administradores, gerando novos problemas de imputação, ainda não bem resolvidos, e essa questão ganha, nos nossos dias, uma distinta dimensão com a crescente criação nas empresas de departamentos e programas de compliance em razão dos diversos escândalos financeiros, contábeis e de corrupção (pública e privada) ocorridos em grandes corporações no Brasil e no exterior nos últimos anos. Porém, o tema não será tratado em detalhes aqui devido aos limites desse trabalho.

¹³ Além disso, os deveres do dirigente podem variar de acordo com o ramo do negócio. Por exemplo: um dirigente de empresa que execute atividade especialmente perigosa (uma mineradora, uma petroleira, uma fábrica que faz o manejo de rejeitos perigosos, etc.) não pode se resumir à vigilância

Como última questão a ser enfrentada, o princípio da confiança é invocado como essencial para viabilizar as divisões de atribuições e tarefas. Sua alocação se faz, dogmaticamente, no âmbito da consideração da necessidade de criação de um risco não permitido no âmbito do tipo objetivo. Seus limites comumente reconhecidos são: a) não pode haver confiança se a outra pessoa não tem capacidade para ser responsável ou está dispensada de sua responsabilidade; b) não está permitida a confiança se a missão de um dos intervenientes consiste precisamente em compensar os erros eventualmente praticados por outrem (que pode ser o caso do *compliance officer*, a depender de suas atribuições concretas); c) o princípio da confiança cessa quando concorre a conduta que defrauda as expectativas, e o primariamente competente tem de retomar as tarefas atribuídas (Estellita, 2017, p. 151).

Como bem observa Estellita (2017, p. 152/153), os âmbitos clássicos do princípio da confiança (trânsito, equipes médicas de cirurgia) evidenciam, porém, que sua nota comum é a ausência de relação hierárquica entre os sujeitos. Essa “igualdade” justifica que uns possam confiar nos outros, sendo sua consequência jurídico-penal o afastamento da imputação objetiva do resultado, mas, também, em passo ulterior, o afastamento da imputação subjetiva já que quem pode confiar, pode também desconhecer. No campo empresarial, o princípio da confiança regeria as relações horizontais no âmbito dos órgãos de administração que desenvolvem conjuntamente o controle da empresa.

Impende observar, nesse ponto, que, em relações horizontais, ocorre o fenômeno da departamentalização, vale dizer, uma divisão de funções entre agentes de um mesmo nível hierárquico, não se tratando de atividades de administração. É cediço que cada garantidor responderá nos estritos âmbitos do seu departamento. Quando, porém, o dirigente do departamento é administrador, há divergências. Uma corrente entende que não haveria eliminação da responsabilidade dos administradores pela empresa como um todo, remanescendo o dever de intervir em caso de sinais claros de que não pode confiar no desempenho adequado das funções dos demais administradores do mesmo nível. Outra corrente afirma que uma desoneração dos demais dirigentes em caso de distribuição horizontal de funções em razão da especialização dos agentes encarregados de gerir o departamento ou setor,

reativa, mesmo que tenha delegado funções de vigilância aos subordinados: mas, aqui, as especiais normas legais, regulamentares, técnicas e a *Lex Artis* que regem o setor delimitarão o âmbito exigível do seu dever de vigilância.

e da correlata autonomia que lhes é conferida, só poderá existir ali onde as atribuições de cada setor foram claramente estabelecidas e essa distribuição não tenha sido realizada em prejuízo da proteção dos bens jurídicos que podem ser afetados pelas atividades do setor (Estellita, 2017, p. 163).

De qualquer forma, na divisão de funções horizontal, cada dirigente é encarregado da vigilância de seu próprio departamento, setor ou unidade, e nele atua com responsabilidade. Assemelha-se, assim, às hipóteses clássicas de aplicação do princípio da confiança – trânsito e equipes médicas de cirurgia – marcadas pela ausência de relação hierárquica entre os sujeitos. É essa “igualdade” que justifica que possam confiar uns nos outros. A consecução da tarefa de administrar a sociedade é uma atividade conjunta, desempenhada simultaneamente por diversos dirigentes, tal qual a performance de cirurgias, o que justificaria que uns pudessem confiar na atuação correta dos demais, mantendo-se o dever de intervir diante de sinais que tornem injustificada a confiança em âmbitos de atuação conjunta. Mesmo para quem sustenta que os dirigentes mantêm ao menos um dever de supervisão reativa relativamente aos demais, ou seja, o dever de intervir diante da ciência da iminência de um comportamento criminoso em outro departamento, o exato conteúdo desse dever de intervenção dependerá das possibilidades jurídicas das quais goza o administrador, o que, por sua vez, dependerá da regulamentação e da organização interna de fato de cada empresa (Estellita, 2017, p. 166).

Ainda nessa temática, pondere-se que, em diversas empresas, existem diretores-presidentes, os quais se sobrepõem sobre os demais diretores setoriais, coordenando-os. Nessa condição, os diretores-presidentes, ainda que possam se valer do princípio da confiança como regra, têm certa proeminência sobre os demais membros da administração, e, por conseguinte, o dever de supervisioná-los e de intervir em casos de prementes ou atuais condutas que violem bens jurídicos nas diretorias setoriais, sob pena de possível imputação do resultado lesivo a título de omissão imprópria.

No campo da delegação, porém, chega-se a dizer que, nesse ambiente empresarial, a desconfiança seria o exigível. Por outro lado, a total desconfiança tornaria, em realidade, inviável o desenvolvimento das atividades empresariais. Assim, o entendimento majoritário é que o princípio da confiança pode incidir também nas relações verticais, mas de forma restrita, mormente quando o subordinado exerce funções altamente especializadas. O delegante só pode confiar no desempenho do

delegado quando tiver cumprido o dever de escolha adequada deste último, quando o instruir corretamente e lhe der condições materiais de desempenho correto das tarefas abrangidas pelo âmbito de competência delegado, mantendo, porém, sempre alguma forma de supervisão sobre o seu desempenho. Diante de irregularidades, não há mais fundamento para confiar e o delegante deve intervir no âmbito das tarefas delegadas para que elas retornem ao patamar do risco permitido (Estellita, 2017, p. 153). Haveria aqui um dever de asseguração secundário, limitado à verificação de que as medidas adequadas foram adotadas pelo delegado. Essa fiscalização do desempenho do delegado pode ser prevista em normas técnicas e até internas da empresa, que indicarão como, quando e de que forma essa supervisão pela administração superior deve ser feita (por ex., a supervisão da gestão da mineradora realizada por auditorias e relatórios técnicos acerca da barragem que administra).

Por fim, uma importante advertência: em muitas situações não há coincidência entre a organização formalizada em estatutos, contratos sociais, organogramas, etc. com as relações efetivas de poder dentro da empresa, mas, de sua parte, o Direito Penal não pode subsidiar imputações de delitos com base em critérios puramente formais. Temos, nesse caso, mais problemas de prova do que realmente teóricos (Feijoo Sanches, 2013, p. 14). Dessa forma, estatutos sociais e organogramas internos de uma empresa representam, por um lado, um indicativo inicial da posição de alguém na estrutura empresarial, a qual, para fins de imputação, precisa ser confirmada por provas de que realmente ocupava e exercia essa posição, assumindo a garantia dos bens jurídicos; por outro, servem como critério de ajuda para demonstrar que elenco de deveres teriam efetivamente determinadas pessoas dentro de uma estrutura empresarial¹⁴.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As dificuldades de imputação, por omissão imprópria, aos administradores das empresas por resultados lesivos a bens jurídico-penais suscita (e, ainda, suscitará)

¹⁴ Na hipótese nada incomum de interposição fictícia de pessoas, em que alguém figura apenas formalmente como administrador nos estatutos e contratos sociais, não deverá, a princípio, haver imputação por omissão imprópria, já que essa pessoa não assumiu faticamente a fonte de perigo empresa. Porém, à vista do art. 29 do CPB, poderá restar configurada a participação (por comissão), caso essa pessoa tenha aceitado figurar nos atos constitutivos como um disfarce para auxiliar os reais gestores na prática de crimes na empresa. A interposta pessoa também pode ser penalmente responsabilizada por crimes contra a fé pública, a exemplo da falsidade ideológica (art. 299 do CPB).

muitos debates e discordâncias na doutrina devido aos problemas de delimitação dos deveres dos garantes em geral, à complexidade das ações coletivas e à diversidade das estruturas empresariais, como a divisão de tarefas, tanto no plano horizontal, como no vertical, mormente porque os critérios clássicos de imputação foram pensados para condutas individuais ou em concurso de pessoas que não envolvem tais estruturas.

Esse trabalho buscou na doutrina critérios de imputação por omissão imprópria para os novos problemas surgidos com a crescente complexidade das atividades empresariais sem deixar de ser aderente às estruturas clássicas da dogmática penal, já que, por mais que a ação delituosa no seio da empresa seja coletivamente construída por administradores, colaboradores de diferentes níveis hierárquicos, terceirizados etc., não se pode abrir mão da imputação individual para pragmaticamente recorrer a fórmulas ou *topoi* simplistas como a posição do omitente na empresa, muito menos a teorias inaplicáveis nessas situações, como é o caso a teoria do domínio do fato.

Assim, ante a insuficiente disciplina do art. 13, §2º, do Código Penal e as diversas formulações doutrinárias apresentadas ao longo do texto, concluímos pela adoção de uma fundamentação material da posição de garantidor, própria do Direito Penal, considerando a empresa como fonte de perigo e o empresário como o seu garante originário.

Dessa forma, partindo da premissa de que a omissão é um crime de dever (Roxin) - cuja estrutura dogmática tem sensíveis diferenças em relação aos delitos comissivos – e que a omissão imprópria tem como nota distintiva a figura do garante (o qual tem especiais deveres de agir em proteção ao bem jurídico-penal), a imputação ao administrador da empresa dependerá, segundo a posição aqui adotada, da sua efetiva atuação na gestão empresarial, não só no plano formal, mas sobretudo no plano fático (tomando decisões, emitindo ordens, dando autorizações e distribuindo tarefas), ao atrair para si a responsabilidade pela empresa como fonte produtora de perigos.

Na condição de garante, o dirigente tem deveres de supervisão, fiscalização e controle sobre as coisas, processos e pessoas sob sua gestão. A omissão desses deveres que resultar na criação de risco não permitido e a sua implementação no resultado, ainda que por atitudes de subordinados, desde que vinculadas às atividades empresariais, aliada à sua capacidade físico-real e jurídica de agir, faz

exsurgir a possibilidade de responsabilidade penal do administrador, restando, ainda, a demonstração dos demais elementos da estrutura típica (dolo e culpa), da antijuridicidade e da culpabilidade.

Além disso, ainda que não tenha criado o risco não-permitido no momento inicial do processo causal, o dirigente empresarial deve agir, dentro das possibilidades fático-jurídicas, para salvar ou ao menos minorar os danos aos bens jurídicos atingidos por ações dos seus prepostos já iniciadas e ainda em curso ou cujos efeitos continuam se propagando (deveres de intervenção e de salvamento).

O círculo de deveres do dirigente deve considerar a empresa “concreta” sob sua administração, com as limitações de atuação decorrentes da divisão de tarefas efetivamente existente, seja no plano horizontal, seja no plano vertical, notadamente quando há delegação de funções.

Portanto, a posição adotada no presente trabalho rechaça as propostas presuntivas de que o dirigente sempre tem (ou deveria ter) o “domínio” de tudo que ocorre no âmbito da empresa, e, ao mesmo tempo, não afasta aprioristicamente a responsabilidade penal quando há omissão de sua parte após assumir o controle da fonte de perigos. Trata-se, assim, de uma tentativa de manter a aderência aos princípios clássicos e irrenunciáveis da dogmática numa seara tão desafiadora do Direito Penal econômico.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

BRASIL. **Código Penal**, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2025.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Ed. RT, v. 171. ano 28. p. 131-151. 2020.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: um 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.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas. **Revista de Derecho Público**, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2018.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. 3. ed. Coimbra: GESTLEGAL, 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.

_____. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro Observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, 2015.

JAKOBS. Günther. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5. Ed. Granada: Comares Editorial, 2002, 654p.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2006.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Os limites da teoria do domínio do fato nos crimes praticados por intermédio de pessoas jurídicas. **Revista Direitos Humanos Fundamentais** / UNIFIEO – Centro Universitário FIEO. Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto sensu, Osasco: EDIFIEO Ano 17, n.2 (2017)., 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo II**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña (Director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Contlledo e Javier da Vocente Remesal. Thompson Reuters-Civitas, 2014.

_____. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Imme. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 112/2015, p. 61 - 76, Jan - Fev / 2015. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, vol. 2/2019, Jan / 2019, DTR\2015\1989.

RUIVO, Marcelo de Almeida. **Causalidade na Omissão imprópria**. São Paulo: Almedina, 2023.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **El delito de omision: concepto e sistema**. Barcelona: Libreria Bosch, Ronda Universidad, 1986.

TAVARES, Juarez. **A controvérsia em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro. Instituto latino de cooperação penal, 1996.

_____. **Teoria dos crimes omissivos**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.