

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”

HELOISA BORGES NEPOMUCENO

**O DEVER DE GARANTE E A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL EM
ESTRUTURAS EMPRESARIAIS COMPLEXAS**

Franca/SP

2021

HELOISA BORGES NEPOMUCENO

O DEVER DE GARANTE E A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL EM
ESTRUTURAS EMPRESARIAIS COMPLEXAS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da Universidade
Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

ORIENTADOR: Professor Dr. Fernando Andrade Fernandes.

Franca/SP

2021

HELOISA BORGES NEPOMUCENO

O DEVER DE GARANTE E A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL EM
ESTRUTURAS EMPRESARIAIS COMPLEXAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do título de
bacharel no curso de direito da Universidade
Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Prof. Dr. Fernando Andrade Fernandes

Examinador:

Examinador:

N441d

Nepomuceno, Heloisa Borges

O DEVER DE GARANTE E A IMPUTAÇÃO DE
RESPONSABILIDADE PENAL EM ESTRUTURAS
EMPRESARIAIS COMPLEXAS / Heloisa Borges Nepomuceno. --
Franca, 2021
75 f.

Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado - Direito) -
Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais, Franca
Orientador: Fernando Andrade Fernandes

1. Criminalidade da empresa. 2. Omissão imprópria. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

*À minha mãe, pelo apoio e incentivo ao longo
da minha formação;*

À minha irmã, pelo carinho e companheirismo.

RESUMO

O presente trabalho, realizando uma análise por meio do método hipotético-dedutivo, tem como objetivo demonstrar a problemática da imputação penal no contexto da criminalidade da empresa e analisar os fundamentos doutrinários para responsabilização penal por meio da omissão imprópria. A análise perpassa pelo estudo do conceito e dos fundamentos inerentes à posição e ao dever de garante dos administradores da empresa. Também, analisa-se a estrutura organizacional e a divisão de trabalho nas empresas modernas, considerando os institutos da delegação e departamentalização, como fator que dificulta a responsabilização penal individual no contexto empresarial. Realiza-se uma elucidação dogmática dos delitos de omissão imprópria à luz do artigo 13, §2º do Código Penal Brasileiro. Neste contexto, será demonstrado os pressupostos de tipicidade objetiva das condutas omissivas e a sua relevância para o problema de responsabilização penal no âmbito das empresas com estruturas complexas.

Palavras-chaves: Dever de garante. Delegação. Omissão imprópria.

ABSTRACT

The academic work, performing an analysis using a hypothetical-deductive method, aims to demonstrate the problem of criminal liability in the context of the company's criminality and to analyze the doctrinal foundations for criminal liability through improper omission. The analysis permeates the study of the concept and fundamentals inherent to the position and duty of guarantor of the company's administrators. Also, the organizational structure and the division of labor in modern companies are analyzed, considering the delegation and departmentalization as a factor that makes individual criminal liability in the business context difficult. A dogmatic elucidation of the crimes of improper omission is carried out in the light of article 13, §2 of the Brazilian Penal Code. In this context, the assumptions of objective typicality of omissive conducts and their relevance to the problem of criminal liability in the context of companies with complex structures will be demonstrated.

Keywords: Duty of guarantor. Delegation. Improper Omission.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1 PANORAMA GERAL DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL | 11 |
| 2 O DEVER DE GARANTE | 18 |
| 2.1 CONCEITO DE GARANTE E ESPÉCIES DE GARANTIDORES | 18 |
| 3 DA ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL | 27 |
| 3.1 PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DIVISÃO DE FUNÇÕES | 27 |
| 3.2 DIFERENCIAÇÃO TERMINOLÓGICA: DELEGAÇÃO E TRANSMISSÃO DE EXECUÇÃO DE TAREFA | 30 |
| 3.3 DELEGAÇÃO | 33 |
| 3.4 DEPARTAMENTALIZAÇÃO | 43 |
| 4 CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS NO CONTEXTO EMPRESARIAL | 46 |
| 4.1 CONDUTAS OMISSIVAS: CONSIDERAÇÕES DOCTRINÁRIAS | 46 |
| 4.2 OMISSÃO IMPRÓPRIA: SURGIMENTO DO DEVER DE AGIR | 49 |
| 4.3 TIPICIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA | 53 |
| 4.4 NEXO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO. | 58 |
| 4.5 RELEVÂNCIA DA CONDUTA OMISSIVA PARA A CRIMINALIDADE NA EMPRESA | 64 |
| 5 CONCLUSÃO | 67 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 71 |

INTRODUÇÃO

Sob uma perspectiva histórica, a conduta criminosa era compreendida por meio de delitos cometidos por um agente contra outrem e a criminalidade era majoritariamente vista nas classes sociais mais baixas, estando ligada à pobreza e a situações de vulnerabilidade social.

A partir do século XX, à luz dos estudos de Edwin H. Sutherland¹ – que se debruçou sobre os estudos da criminalidade nas classes altas da sociedade sob uma perspectiva criminológica –, os ensinamentos do Direito Penal Clássico foram colocados em xeque por diversos ilícitos que há anos vinham sendo cometidos pelas grandes empresas estadunidenses.

Mais recentemente, foi o advento da globalização que propiciou um cenário político-econômico que contribuiu para expansão de estruturas empresariais complexas que, a partir de então, passaram a se estruturar internamente seguindo parâmetros organizacionais baseados em estruturas de divisão de trabalho e, externamente, propiciando a possibilidade de realização de negócios e visando vantagens das mais distintas maneiras.

Passou-se a verificar diversos casos aportando nos Tribunais que versavam sobre delitos cometidos no âmbito empresarial. Ocorre que, nestes casos, o delito não é costumeiramente cometido de maneira direta pelo sujeito que o “executa”. “As violações da lei praticadas pelos homens de negócios são complexas e seus efeitos são difusos” (SUTHERLAND, 2015, p. 103).

Ante à criminalidade nascida nas altas esferas sociais e sua afetação à sociedade, surge o Direito Penal Econômico com intuito de tutelar os bens jurídicos coletivos e transindividuais, classificados em coletivos e difusos, haja visto que as disposições penais então vigentes eram inaplicáveis a muitos crimes cometidos no contexto empresarial.

Mantendo o enfoque nos crimes cometidos no âmbito das empresas, é indubitável a problemática inerente à aplicação do direito penal no que diz respeito à imputação da responsabilidade individual. Como já exposto, não se trata de um caso em que um agente ataca a vítima, cometendo uma lesão corporal (SUTHERLAND, 2015, p. 103), por exemplo.

Os conceitos de autoria, coautoria e participação são colocados em xeque neste momento e restam, por vezes, inaplicáveis para resolução da problemática inerente à criminalidade na seara empresarial, surgindo a necessidade de novas estratégias de responsabilização penal.

¹ SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015

As empresas modernas de médio e grande porte são organizadas por meio da divisão de funções, isto porque seria impossível que o empresário executasse todas as funções e tarefas da atividade empresarial. Sob essa perspectiva, surgem as estruturas hierárquicas verticais e horizontais, quais sejam a delegação, departamentalização e distribuição de tarefas, inerentes ao funcionamento das empresas.

A partir de um novo paradigma, admitiu-se que a responsabilidade penal seria atribuída, inicialmente, aos dirigentes. Houve uma discussão inicial sobre este aspecto, trazendo a lume uma possível “inflação da responsabilidade penal”, que foi confrontada por uma perspectiva denominada “irresponsabilidade organizada”², a qual decorre da estrutura organizacional das empresas.

Neste cenário, a empresa passou a ser considerada como uma fonte de “risco permitido”, da qual surgiria, aos dirigentes, deveres de controle e vigilância para evitação de criação de riscos não permitidos ou ultrapassagem dos limites aceitáveis.³

Ato contínuo, considerados os aspectos pertinentes à formação de cadeias de delegação e a conseqüente transformação nos âmbitos de competências dos garantes, a partir da assunção de funções, sobrevém a “multiplicação de responsáveis e um bloqueio da imputação penal pela falta de pressupostos objetivos e subjetivos” (ESTELLITA, 2017, p. 51), isto porque “o delegante não se exime de todo tipo de responsabilidade” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 94), mas passa a assumir uma posição de garantia subsidiária.

Haja vista a dificuldade de imputação de responsabilidade penal nas estruturas empresariais complexas, a utilização da omissão, à luz do art. 13, § 2º, do Código Penal Brasileiro, passou a ser analisada como uma possibilidade de resolução da controvérsia.

A questão que surge, diante do problema apresentado, nos dizeres de Imme Roxin (2015, p. 62), é “se e, em caso afirmativo, sob quais pressupostos o administrador da empresa também pode ser penalmente responsabilizado caso tenha se omitido em intervir para evitar os crimes dos subordinados”.

Surgiram, então, teorias que buscavam tratar de maneira análoga a omissão e a ação. Assim, ainda que a conduta fosse omissiva, a função do garante seria agir, de maneira esperada

² Termo cunhado por SCHUNEMANN, 1979, p. 34, *apud*, ESTELLITA, 2017, p. 47.

³ [...] “Da delegação surge a obrigação para o empregador não aumentar por meio dele o risco de danos aos ativos jurídicos de terceiros, agindo diante de perigos conhecidos no momento em que produz a delegação, ou contra aqueles que se tornam conhecidos mais tarde.” Cf. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Cuestiones actuales de derecho penal económico. Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. Espanha. Editorial COLEX, 2008. p. 72.

e exigida, para evitar o resultado⁴. Segundo BOTTINI (2018, p. 139), “pode-se dizer que a omissão é penalmente relevante quando a inatividade do garante mantém a existência de um risco não permitido ou transforma um risco permitido em não permitido”.

Considerando a fonte de perigo, qual seja a empresa⁵, decorrem as atividades “que se tornam perigosas em função de atos de organização dos administradores” (ESTELLITA, 2017, p. 129). Nestes casos, o surgimento do risco e a passagem aos limites não permitidos parecem resultar da estrutura organizacional da empresa.

Portanto, a questão axial que propõe o presente trabalho versa sobre uma apuração acurada do dever de garante e a atribuição de responsabilidade penal nas estruturas empresariais complexas.

Para tanto, além de trazer os contornos sobre a posição de garantia e organização empresarial, será exposto os aspectos pertinentes às condutas omissivas, em especial as impróprias.

Dessa forma, a partir de todo o exposto, pretende-se, diante da problemática da criminalidade empresarial, analisar as nuances da solução de calcar a responsabilidade penal no dever de garantia.

⁴ “Nos crimes omissivos impróprios, o que sucede é que há um dever a mais, especial, que é o de agir para evitar o resultado (o dever de agir do garantidor), ao qual se soma a violação do dever objetivo de cuidado: os dois deveres devem descumpridos pelo garantidor para que lhe possa ser imputado o resultado, ao menos culposamente”. Cf. ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. – 1.ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 107.

⁵ Admite-se a empresa como fonte de perigo LASCURÍAN SÁNCHEZ (2019); ROXIN (2015); ESTELLITA (2017); DEMETRIO CRESPO (2019).

1 PANORAMA GERAL DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

A teoria do delito foi desenvolvida tendo por base um agente que por meio de uma ação provoca um resultado típico, ilícito e culpável (TAVARES, 2020, p. 117).

Com o início dos estudos criminológicos sobre os denominados “crimes de colarinho branco”⁶, percebeu-se que os delitos econômicos impunham obstáculos à dogmática penal clássica e, conseqüentemente, inúmeros óbices à imputação penal. Sutherland, precursor dos estudos sobre os “*white-collar crimes*”⁷, bem elucida que “as violações da lei praticadas pelos homens de negócio são complexas e seus efeitos difusos. Elas não são simples e não decorrem de um ataque direto de uma pessoa contra a outra, como ocorre num assalto ou numa lesão corporal” (2015, p. 103).

Neste sentido, elucida Heloisa Estellita (2017, p. 37) que:

“A estrutura normativa da responsabilidade penal tem por referência um indivíduo que pratica um comportamento proibido por uma norma penal e cuja prática poderia evitar. Portanto, um agente individual, autorresponsável, que executa diretamente o comportamento proibido, estando na posse das informações sobre os elementos da figura típica e que tem, portanto, conhecimento dos riscos por ele criados”.

Assim, a criminalidade econômica, que para Criminologia se traduziu como a possibilidade de que os chamados homens de negócios também são passíveis de realizar delitos, não cabendo mais o critério de que a criminalidade se encontrava nas baixas camadas sociais, também ocupa um grande espaço na seara do direito penal econômico, isto porque os delitos cometidos no âmbito empresarial traduzem ações e omissões que lesam a bens jurídicos que estão sob observância e tutela do Estado.

A considerar a iminente lesão aos bens jurídicos tutelados, ressalta-se que “o direito penal representa a *ultima ratio* do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence” (BITTENCOURT, 2020, p. 45) e “a criminalidade econômica é toda aquela que coloca em crise os bens jurídicos que são protegidos em função de sua ‘relevância direta para o sistema econômico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar’ (COSTA ANDRADE, 1985, p. 91-92, *apud*, ALBERGARIA, p. 607).

Ainda quanto aos delitos econômicos, no mesmo sentido, Schünemann (1988, p. 530-531), *apud* Meini Méndez (1999, p. 883), compreende que esses, “por meio da atuação de uma

⁶ Expressão utilizada por Sutherland (2015).

⁷ Traduzido como crimes de colarinho branco.

empresa, lesionam bens jurídicos e interesses externos, incluídos os bens jurídicos e interesses próprios dos colaboradores da empresa”.

Ao direito penal, portanto, exsurge um óbice para mitigar a criminalidade da empresa, isso porque o advento da globalização e da organização interna das empresas modernas contribuiu para que os delitos se concretizem como um conjunto de fatores concorrentes e coexistentes entre os limites de riscos permitidos e não permitidos.

Desta forma, não há dúvidas de que a dogmática penal clássica a respeito da imputação enfrenta problemas de resolução quando defronte aos delitos cometidos na esfera empresarial. De acordo com Silva-Sánchez (2012, p. 333), no mundo corporativo, “problemas de causalidade são frequentemente enfrentados, dada a complexidade das relações entre possíveis fatores causais e suas possíveis consequências danosas”. Isso porque, como será visto detalhadamente ao longo do presente trabalho, o resultado típico na criminalidade empresarial é alcançado por meio de uma fragmentação de aspectos que compõem o tipo penal, sendo essa decorrente das estruturas verticais e horizontais inerentes ao funcionamento das empresas, pela desconexão entre a conduta do agente e a lesão ao objeto tutelado penalmente e, também, entre a ação e a responsabilidade.

Portanto, a conduta criminosa realizada nas empresas possui aspectos de concretização peculiares, até distintos do comumente atribuído ao crime, em decorrência da sua organização interna, a qual é calcada em um plano vertical, fundado no princípio da hierarquia, e no plano horizontal, advindo da divisão de trabalho.

Depreende-se, assim, que o conceito de empresa é consubstanciado, segundo Heloisa Estellita (2017, p. 38), na “união organizada de pessoas para exercício de atividade econômica”. A partir dessa conceituação, há duas características⁸ que corroboram o funcionamento da atividade empresarial, quais sejam, a pluralidade de agentes, que se configura pela existência de diversos sujeitos na estrutura empresarial que podem vir a contribuir para o cometimento do delito, e a organização que, no âmbito empresarial, consiste na divisão do trabalho por uma estrutura horizontal e vertical.

Sob a égide dos comportamentos coletivos, em específico sobre os indivíduos que compõe a organização empresarial, cabe mencionar que, de um lado, ocorre um processo denominado “neutralização normativa”. O termo foi cunhado por Rotsch (1998, p. 33), citado por Heloisa Estellita (2017, p. 39), e consiste no fato de que “a integração dos sujeitos ao grupo

⁸ Neste sentido, características elencadas como “comportamentos coletivos” e “organização, descentralização, coordenação e delegação”, conforme ilustrado por ESTELLITA (2017).

enseja a incorporação de comportamentos, os quais, à primeira vista, podem ser compreendidos como legítimos, quando na verdade podem conduzir à conduta típica”.

Além disso, a criminalidade empresarial tende “a ‘desumanizar’ os efeitos da prática desviante” (ESTELLITA, 2017, p. 39), isto porque os crimes econômicos lesionam bens jurídicos coletivos e transindividuais, também classificados como coletivos e difusos, como a ordem econômica, financeira e o meio ambiente.

No que concerne à divisão de funções e trabalho, as quais serão trabalhadas especificamente em outro momento, importa mencionar que o seu efeito pode vir a implicar em “um aglomerado de ações e omissões, as quais, isoladamente, pouco representam em termos de reunião dos elementos que permitiriam ao agente compreender o caráter injusto de seu comportamento” (ESTELLITA, 2017, p. 40).

Em outras palavras, o delito cometido no ambiente empresarial se consuma por meio de uma fragmentação em que cada colaborador pode contribuir de alguma maneira para que o tipo penal seja configurado, contudo, justamente em decorrência da distribuição de tarefas e funções, pode desconhecer ou não compreender que sua conduta contribua para um fato criminoso.

Ocorre que a divisão de trabalho e funções se faz necessária para a existência e exercício da atividade empresarial, principalmente quando se fala nas empresas de médio e grande porte. Este “é um dos aspectos da organização da atividade econômica em empresa que acarreta maiores dificuldades para um direito penal cujo paradigma é o da autoria direta dolosa individual” (ESTELLITA, 2017, p. 43) e, dentre as características da divisão de funções, a descentralização – que se afigura por meio da delegação de tarefas -, parece configurar um grande óbice à imputação penal.

No mesmo sentido, quanto às dificuldades de imputação penal, Albergaria (1999, p. 611) bem elucida que:

“um grupo organizado de indivíduos, por vezes em grande número, cujas tarefas – agregadas por um fim económico comum – são distribuídas, no sentido horizontal, em função de um princípio de divisão de trabalho e, num sentido vertical, em função de um princípio de hierarquia, levanta sérios problemas dogmáticos e prático-jurídicos, de prova, quando chega o momento de discernir, para efeitos de imputação, quem cometeu, no âmbito de tal organização, determinado ilícito típico.”

O efeito de descentralização, que acarreta o surgimento de novos deveres de controle e vigilância, pode gerar, de um lado a “difusão da responsabilidade”⁹. Por outro viés, o efeito da

⁹ Termo mencionado por Schunemann (1979, p. 35) e Rotsch (1998, p. 73), por Estellita (2017, p. 47).

delegação também pode gerar, conforme consignado por Schunemann uma “irresponsabilidade organizada”¹⁰, justamente pela dificuldade fundada na possível não identificação do autor do delito em decorrência da fragmentação de funções e tarefas realizadas pelos indivíduos que compõem o quadro colaborativo da empresa.

De fato, principalmente no que tange às empresas de médio e grande porte, seria impossível manter no âmbito de responsabilidade apenas dos membros superiores da sociedade empresarial todo o poder decisivo e a capacidade de execução das atividades empresariais (MEINI MÉNDEZ, 1999). Por este motivo, faz-se necessário o fenômeno da divisão vertical (delegação) e divisão horizontal (departamentalização) para concretização da atividade.

Esta estrutura, apesar de necessária, segundo Heloisa Estellita (2017, p. 48), “causa impactos sobre a configuração dos pressupostos subjetivos de imputação de responsabilidade penal, tanto no nível da tipicidade, como o da culpabilidade”, fato que coloca em xeque o arquétipo penal de autoria direta.

Segundo Rotsch (1998, p. 33), *apud* Heloisa Estellita (2017, p. 51), “as características da criminalidade de empresa podem levar, como visto, à multiplicação de responsáveis e a um bloqueio da imputação penal pela falta de pressupostos objetivos ou subjetivos”.

Pelo paradigma do direito penal clássico, que imputa a responsabilidade ao autor direto do fato criminoso, a imputação de responsabilidade no contexto da criminalidade da empresa seguiria um método *bottom up*, o qual inicia a análise da responsabilidade no sentido “de baixo para cima”, pressupondo, na lógica empresarial, que o agente é o mais próximo ao fato, tanto para fins de ação como de omissão. Neste sentido, nos dizeres de Heloisa Estellita (2017, p. 52):

“no âmbito de uma responsabilidade por omissão imprópria, por exemplo, o agente ‘mais próximo do fato’ é o encarregado da vigilância direta da fonte de perigo (coisas ou pessoas) e será o omitente garantidor primário (derivado); seus superiores serão encarregados de deveres de coordenação e de controle, ou seja, garantidores secundários (originários). No âmbito de uma responsabilidade por ação, o agente mais próximo do fato é também aquele cuja ação deu causa direta ao resultado, podendo-se, a partir dele, apurar contribuições de outros agentes tanto no mesmo nível, como em níveis superiores, o que provocará a análise dos pressupostos da coautoria, autoria mediata e participação”.

A prática de imputação de “baixo para cima” não traduz uma justa estratégia de prevenção dos delitos econômicos, posto que pressupõe a imputação da responsabilidade aos colaboradores, então subordinados, que, por vezes, em decorrência da estrutura hierárquica e

¹⁰ Termo cunhado por Schunemann (1979, p. 35), por Estellita (2017, p. 47).

divisão de tarefas, estão agindo de maneira a cumprir ordens e tarefas delegadas por seus superiores hierárquicos.

Estes superiores hierárquicos, seja pela fonte originária ou por assunção, assumem uma responsabilidade sobre a fonte de risco empresa e detêm a verdadeira competência para decidir. Por este motivo são dotados de consciência, em seu âmbito de competências, sobre as possíveis consequências das ordens e tarefas delegadas aos seus subordinados, que são impelidos a executarem o que lhes é delegado.

À luz do cenário supracitado, com fundamento na dogmática de imputação penal vigente, busca-se encontrar uma solução para a problemática aqui apresentada.

Nesse sentido, a considerar as cadeias de delegação e as departamentalizações, foram desenvolvidas teorias com base na autoria e participação, as quais levantaram críticas em razão de imputar a um superior hierárquico a posição de partícipe, quando, em verdade, esse detinha o poder de mando e o arcabouço de informações.

Também, de início, Schünemann (2005), com base em sua teoria de “domínio sobre o fundamento do resultado”, sustentou a possibilidade de responsabilização dos superiores pela Teoria de domínio sobre os aparatos de poder, desenvolvida por Roxin, consubstanciada na autoria mediata.

Outra hipótese já apresentada consistia na responsabilização da pessoa jurídica, a qual trouxe a lume diversas críticas quanto à possibilidade. Frente aos problemas suscitados pelas Teorias anteriormente mencionadas, emergiu a possibilidade de imputação aos dirigentes por meio de condutas omissivas impróprias, haja vista a posição de garantidor desses.¹¹

Apesar da relevância de todos os arquétipos desenvolvidos para resolução da controvérsia, esse trabalho mantém o enfoque na última, qual seja, a imputação por omissão imprópria em decorrência de um dever especial de agir dos garantes.

Sobre este último espectro apresentado, passou-se a considerar a perspectiva que admite uma responsabilidade e competência ampla dos dirigentes empresariais, pressupondo que a regra seria a responsabilização desses, não a exceção. Um exemplo que segue este último paradigma foi a decisão do BGH no caso *Lederspray*, que se utilizou de um “modelo de imputação que se dirige diretamente à camada superior da empresa, não analisando a conduta dos subordinados que executam diretamente o fato típico” (ESTELLITA, 2017, p. 54). No caso

¹¹ Neste sentido, elucida Demetrio Crespo (2008, p. 64) o que poderia ser “classificado como soluções aparentes para o problema da responsabilidade criminal do superior e que existem pelo menos quatro: os conceitos unitários de autoria; crimes de pertença a uma organização criminoso; a figura de agir em nome de outrem; responsabilidade criminal direta da pessoa jurídica”.

citado, segundo Imme Roxin (2015, p. 63), o Tribunal Alemão entendeu que o produto deveria ter sido retirado do mercado pela direção e, como essa não foi a atitude dos administradores, todos foram responsabilizados penalmente por lesão corporal culposa.

O que se pressupõe, diante do cenário apresentado, é que “os processos e operações relativos à atividade econômica da empresa partem da instância mais alta” (SCHIMIDT-SALZER, 1988, p. 112, *apud*, ESTELLITA, 2017, p. 56).

Essa argumentação expansiva de responsabilização da cúpula empresarial – que afigura uma inflação da responsabilidade penal - por omissão também apresenta problemas (ESTELLITA, 2017), posto que o argumento de política criminal é colocado acima dos princípios e da dogmática do direito penal.

Nesse sentido, a resolução da controvérsia aqui apresentada não pode se dar dissociada das normas penais vigentes, até porque causaria lesão ao princípio constitucional da legalidade. Por isso, é necessário que os critérios desenvolvidos para a imputação penal caminhem dentro das possibilidades previstas na legislação. Assim, a doutrina vem se esforçando para embasar o argumento que sustenta a teoria de que “a não evitação de um resultado pode ser castigada com a mesma pena que se o sujeito tivesse agido ativamente” (DEMETRIO CRESPO, 2008, p. 67).

Por certo, a resposta da imputação aos órgãos diretivos da empresa se fundamenta no fato de que esses possuem verdadeiro acesso às informações e aos instrumentos necessários para agir dentro do limite de riscos permitidos, mantendo-se distantes de ações que podem ensejar a persecução criminal.

A imputação penal no contexto aqui apresentado, por sua vez, necessita caminhar por uma individualização de condutas que, segundo Estellita (2017, 59-60), seria consubstanciada:

“primeiro, a referência à empresa (como pessoa jurídica) como um passo intelectual e intermediário para compreender os deveres existentes e depois, investigar quais pessoas individualmente consideradas, dentro da empresa, tinham a incumbência, sozinhas ou em órgãos colegiados, de cuidar daquele âmbito de proteção ou vigilância.”

Essa estratégia de responsabilização conta justamente com o dever especial detido pelos dirigentes empresariais, que consiste em um dever de cuidado para com os bens jurídicos tutelados pelo Direito, os quais estão envolvidos no exercício da atividade empresarial. Nesse sentido, segundo Heloisa Estellita (2017, p. 61)

“é preciso afirmar que os dirigentes possuem alguma forma de relação especial com certos bens jurídicos ou com certas fontes de perigos a bens jurídicos que lhes oneraria

com um dever especial de intervir para proteger esses bens jurídicos, cujo desvalor seria equivalência ao do agir típico.”

Considerando, portanto, que “autor direto de um crime omissivo é sempre aquele que viola o dever de atuação ao qual estava adstrito” (BATISTA, 2005, p 85), o primeiro passo para a análise aqui apresentada consiste nos fundamentos inerentes à posição de garantidor.

2 O DEVER DE GARANTE

Considerando o objeto do presente trabalho, faz-se necessário elucidar os aspectos pertinentes ao que se compreende pelo dever de garante, posto que esse é o pressuposto inicial para a análise de responsabilização dos empresários e demais colaboradores que, no âmbito da empresa, tenham algum dever de proteção e vigilância para com determinado bem jurídico.

2.1 CONCEITO DE GARANTE E ESPÉCIES DE GARANTIDORES

A figura do garante tem respaldo no artigo 13, §2º, do Código Penal Brasileiro, e essa posição é dotada de certa relatividade, posto que a legislação penal vigente não se ocupou em delimitar critérios concretos que embasassem o referido dever. Apesar disso, a doutrina se esforçou para analisar os possíveis fundamentos da posição ocupada pelo agente e analisar as situações geradoras desse dever especial.

O dever de garante, como já dito, pode dar lugar a uma conduta omissiva. Segundo Zaffaroni (2011, p. 469), “no tipo omissivo não se requer um nexo de causalidade entre a conduta proibida (distinta da devida) e o resultado, e sim um nexo de evitação, isto é, a probabilidade muito grande de que a conduta devida teria interrompido o processo causal que desembocou no resultado”.

A posição de garante foi, em linhas gerais, construída com base no dever de impedir o resultado, ou seja, esperava-se uma conduta por parte do garantidor, a qual não foi realizada. Esse dever, por sua vez, “pode derivar da lei, do contrato ou da assunção fática de proteção do bem jurídico; ou, ainda, da prática de conduta anterior que tenha criado o risco da ocorrência do resultado” (TAVARES, 1996, p. 66).

Desta feita, os indivíduos só podem ser responsabilizados por condutas típicas de omissão imprópria quando se encontram na posição de garantidor, ou seja, “numa posição tal em relação ao sujeito passivo que lhes obrigue a garantir especialmente a conservação, reparação ou recuperação do bem jurídico penalmente tutelado” (ZAFFARONI, 2011, p. 470-471). O omitente, desse modo, devia e podia agir para evitar um resultado típico.

Assim, no que concerne à omissão imprópria, fundada em decorrência de uma posição de garantidor do agente, Kaufmann (2006, p. 34), citado por Morillo-Guglielmi e La Fuente (2016, p. 91) admite que:

“la esencia de la vulneración del mandato, la naturaleza de la ‘infracción del deber de actuar’ reside justamente en que la capacidad de acción no se materializa en una

acción. A la capacidad de acción concreta ha de añadirse que el obligado no haya llevado a cabo justamente la acción de la que era capaz. La ausencia de la realización posible de la acción prescripta constituye, pues, el núcleo de lo injusto, la tipicidad".

O que se depreende da posição de garantidor é, portanto, uma conduta decorrente de um dever especial de agir para evitar um resultado, e a conduta omissiva se verifica quando esse dever é violado pelo garantidor.

Ressalta-se que esse dever não pode ser aplicado extensivamente. Por certo, a redação do artigo não especifica os critérios concretos para o nascimento desse dever e a doutrina busca traçar os parâmetros necessários para sua fundamentação. Essa necessidade emerge haja vista que a falta de critérios concretos para delimitar os deveres de um garante implica em uma dificuldade de imputação de responsabilidade penal, assim sendo, entender os critérios inerentes à posição de um sujeito é o que corrobora, no direito penal, para compreender se há ou não um dever de garante.

E no âmbito da criminalidade empresarial, o cenário não difere. De acordo com Heloisa Estellita (2017, p. 61):

"É preciso afirmar que os dirigentes possuem alguma forma de relação especial com certos bens jurídicos ou com certas fontes de perigo a bens jurídicos que lhes oneraria com um dever especial de intervir para proteger esses bens jurídicos, cujo desvalor seria equivalente ao do agir típico".

A estrutura das empresas modernas, que será trabalhada no momento oportuno, é organizada pela divisão do trabalho. Essa divisão, por sua vez, enreda inúmeros sujeitos que ocupam uma posição de garantia, seja pela criação da fonte de risco, qual seja, a empresa, ou por assunção de um âmbito de competência. Dessa forma, identificar os deveres de cada agente, inclusive dos dirigentes, faz-se imprescindível para compreender a relação do sujeito com o indivíduo.

Partindo do pressuposto de que o dever de garantia emerge com uma relação entre o sujeito e o bem jurídico, à luz desse dever de agir para evitação de um resultado, Schünemann desenvolveu a "tríade de deveres jurídicos". Dessa, depreende-se como garantidores aqueles que: "(a) tenham por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (dever legal); (b) de outra forma, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado (assunção); ou os que (c) com seu comportamento anterior, criaram o risco da ocorrência do resultado (ingerência)" (ESTELLITA, 2017, p. 80).

Na primeira hipótese, calcada na teoria das fontes formais do dever de garantidor e que decorre de um dever legal, inerente a uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a doutrina chegou a admitir que “esse dever advinha de uma norma extrapenal decorrente do setor mais apropriado a cuidar da situação de perigo ou desamparo do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora” (ESTELLITA, 2017, p. 81).

Assim, “a posição de garantidor ou o dever de agir devem fundamentar-se, necessariamente, por considerações ligadas ao direito penal” (GRECO e ASSIS, 2014, p. 110).

A partir, portanto, de uma norma extrapenal delimitadora dos deveres de um sujeito, seria possível, para fins de responsabilização penal, encontrar o parâmetro de deveres (ESTELLITA, 2017). Esse posicionamento, fundamentado na teoria dos deveres formais, foi deixado de lado, pois não parecia, segundo a doutrina majoritária, correto fundamentar a responsabilização penal de um garantidor tão somente em um dever extrapenal.

Por certo, o dever extrapenal pode vir a contribuir para delimitação das competências dos sujeitos. Contudo, essa explicação de desenquadramento se constitui na medida em que a teoria destoava do princípio da legalidade inerente ao sistema jurídico constitucional, o qual emana a todas as searas específicas do Direito. A existência de um dever extrapenal, portanto, restou insuficiente para sustentar a possibilidade de imputação penal a um garantidor, posto que faltava respaldo material da legislação penal.

Da impossibilidade de utilização unicamente de uma norma extrapenal para fundamentar materialmente a posição de garantidor, emergiram, então, duas vertentes para fundamentação material da posição de garantidor: o controle dos subordinados, hipótese que surge, principalmente, a partir da teoria de domínio sobre o fundamento do resultado, desenvolvida por Schünemann (2005), e controle sobre a fonte de risco empresa. Por certo, entre as correntes citadas, há um denominador comum, qual seja, o dever especial de agir para evitar um resultado.

Sendo indubitável, portanto, que o fundamento da posição de garantidor deve advir da lei penal, cumpre elucidar que a imputação de responsabilidade por uma conduta omissiva pressupõe uma equivalência com o tipo comissivo. A exigência nasce a considerar que a ocorrência de imputação penal por condutas omissivas impróprias deve decorrer em consonância ao princípio da legalidade e igualdade, ambos os princípios nascidos da tutela da Carta Magna. Isso porque apenas a existência dessa igualdade embasaria a imputação de uma conduta comissiva e imposição da pena – considerando o tipo penal que possui um núcleo consubstanciado no agir – por uma omissão.

Neste sentido, segundo Susana Huerta Tocildo (1997, p. 20), por Demetrio Crespo (2008, p. 68), “existe a necessidade de regulamentar uma cláusula de equivalência para comissão por omissão, posto que na inexistência dessa norma geral enseja atritos com o princípio da legalidade para a punição no caso de comportamentos omissivos.”

Para a sustentar, portanto, a posição de garantidor à luz dos crimes omissivos impróprios, é necessário que exista uma norma de equivalência entre a comissão e omissão. Nos dizeres de Heloisa Estellita (2017, p. 70),

“é preciso identificar o fundamento material que permite punir com a mesma pena do crime comissivo aquele que deixa de intervir em curso causal danoso proveniente da empresa, ou, o que é o mesmo, quem na empresa é garantidor originário do dever de agir para impedir cursos danosos colocados em marcha por pessoas dentro de sua organização”.

Essa equivalência se faz necessária, portanto, pois as condutas omissivas impróprias possuem um tipo penal comissivo como equivalente, ou seja, a omissão é verificada em paralelo a um tipo ativo que tem um verbo como núcleo, pressupondo, assim, um agir do agente. Então, a responsabilização penal nestes casos se dá com a combinação da conduta omissiva com um tipo penal previsto na legislação especial. Justamente, por essa razão, cabe traçar os limites e fundamentos da posição de garantidor.

No contexto empresarial, para responsabilização penal de dirigentes em decorrência da posição de garantidor, os critérios limitantes desse dever se fazem imprescindíveis, posto que a não delimitação dos âmbitos de competência de cada sujeito da cúpula empresarial implicaria em uma generalização da responsabilização. A individualização das condutas dos agentes é necessária para que não haja a imputação de responsabilidade sem um respaldo que concerne diretamente ao âmbito de competências de cada sujeito.

E esses critérios materiais e limitantes são necessários justamente porque a conduta omissiva equivale a um tipo ativo. A pena deste último, portanto, não pode ser imputada à conduta omissiva com a incoerência desses fundamentos inerentes à posição de garante.

Quanto à dogmática dos delitos de omissão e a necessidade de equivalência, Kaufmann (2006, p. 281) admite que “o crime omissivo impróprio não implica em um tipo de proibição, mas em um tipo de mandato específico”. Portanto, o fundamento se encontra na relação especial e estreita que existe entre o garante e o bem jurídico. Ato contínuo, o autor faz duas hipóteses de equiparação de ação e omissão, quais sejam, a proteção ao bem jurídico ou vigilância sobre fontes de perigo.

Segundo Kaufmann (2006, p. 289-290):

“la posición de garante consiste, pues, en una posición de protección con respecto a un bien jurídico. La tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: por una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar vigilante para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, vengan de donde vengan; aquí la función de protección consiste en la defensa de todos los flancos del concreto bien jurídico contra peligros de todo género. Esta imposición de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como en aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales”.

Ainda de acordo com KAUFMANN (2006, p. 290):

“La posición de garante puede consistir en la supervisión de determinada *f fuente de peligros*, no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente. La misión de protección del garante tiene por contenido el poner coto a la concreta fuente de peligros; sólo secundariamente, como efecto reflejo, se deriva la garantía de aquellos bienes jurídicos amenazados por esta fuente de peligros. Desde la perspectiva del bien jurídico concreto, la función protectora del garante se reduce a una sola dirección de ataque: a aquella que amenaza al bien jurídico desde la fuente a la que hay que controlar”.

Imme Roxin (2015, p. 65) leciona que os perigos que partem da empresa podem lesionar bens jurídicos e, por este motivo, são consideradas como fontes de perigo. Nesse sentido, “o garantidor deve agir para evitar o resultado ofensivo ao bem jurídico ameaçado, seja porque tem de defendê-lo (garantidor de proteção), seja porque tem de controlar e conter a fonte de perigo (garantidor de vigilância)” (ESTELLITA, 2017, p. 96).

As lições trazidas por Kaufmann (2006) são de grande valia para a temática do presente trabalho, pois, a partir da divisão trazida pelo jurista alemão, que propõe o início das especificidades da posição de garantidor, para além da significação de em que o garante consiste, conclui-se que ele deve agir para evitação de um resultado típico.

Considerar que o garante tem uma relação especial com o bem jurídico envolvido, tendo, portanto, o dever de proteger e vigiar, consiste no ponto de partida para delimitação dos aspectos que fundamentam a posição de garantia na situação em concreto¹². E, mais uma vez, essa delimitação importa, pois não é possível generalizar uma responsabilidade para com o bem jurídico envolvido, por exemplo, na atividade empresarial. A omissão só se faz relevante quando realizada por um garante, que deve proteger ou vigiar aquele bem jurídico.

¹² Neste sentido, ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

A partir da divisão supracitada, proposta por Kaufmann (2006), a doutrina elenca três tipos: garantidores de proteção, garantidores de vigilância e garantidores por assunção.

O garantidor de proteção, para Schünemann, tem fundamento na custódia, e para Jakobs, tem fundamento na competência institucional (ESTELLITA, 2017, p. 96). Seja por uma posição, ou outra, o ponto axial dessa espécie de garantidor “é o dever de vigiar e conter os perigos externos que podem afetar o bem jurídico” (ESTELLITA, 2017, p. 96).

A relação de confiança e dependência do bem jurídico tutelado para com o garantidor é elemento inerente à espécie de garante de proteção, e é justamente essa relação de dependência que pode gerar a punição pela figura comissiva em omissão imprópria. Um caso clássico da doutrina para exemplificar o garantidor de proteção é a relação entre pais e filhos. O bem jurídico tutelado, nestes casos, é a vida da criança e os pais, por sua vez, têm o dever especial de cuidado para com os seus tutelados.

Já os garantidores de “vigilância têm o dever de vigiar e conter perigos oriundos de uma fonte de perigo” (ESTELLITA, 2017, p. 99). E é “a criação da fonte de perigo que legitima a exigência de que seja mantida dentro dos patamares permitidos ou de que, extrapolando-os, seja reconduzida a estes patamares” (ESTELLITA, 2017, P. 99-100).

Também, de acordo com Imme Roxin (2015, 67), “o dever de vigilância surge de um comportamento anterior do administrador do negócio – lícito, todavia -, a saber: a criação da empresa”. Dessa forma, “como a empresa é administrada a partir das instruções de seu administrador, é dever deste manter a fonte de perigo sob controle e também cuida do desenrolar regular e ordenado de sua empresa (ROXIN, 2012, p. 305-306, *apud*, ROXIN, 2015, p. 67).

Assim, a distinção feita quanto à fonte de risco considera a própria sociedade contemporânea. Hodiernamente, admite-se a concepção genérica de que a sociedade é consubstanciada em riscos. Qualquer conduta, seja ela omissiva ou comissiva, classifica-se como um potencial risco; em verdade, qualquer contato social é passível de gerar um risco.

E a permissividade do risco está calcada em uma fundamentação plausível da atividade realizada. Inegável, portanto, que o risco é inerente ao mundo moderno. A questão que aqui se sustenta é a necessidade de que os riscos sejam mantidos nos limites permitidos. Com efeito, essa medição é realizada por uma conclusão do que socialmente é adequado. Segundo Jakobs (2007, p. 37):

“uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível, pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido”.

Assim, assegurado que o risco é fato inerente à sociedade hodierna, segundo Ransiek (1999, p. 615), *apud* Heloisa Estellita (2017, p. 100), “a relação juridicamente fundada entre uma pessoa e a fonte de perigo é o que faz surgir o dever de vigilância e consequente necessidade de que o sujeito evite eventuais resultados que venham a lesar bens jurídicos tutelados.”

Dito isso, cabe elucidar que são admitidas três fontes de riscos: coisas, pessoas e risco anterior, denominado também de ingerência. Seja qual for a fonte, o garantidor que inicia uma atividade consubstanciada em riscos passa a ter deveres de vigilância para com a fonte criada.

No que concerne ao dever de vigilância em decorrência de coisas perigosas, admite-se que, considerando a coisa produzida – que assume uma das hipóteses de fonte de perigo - pela atividade empresarial, há o dever do empresário para com essa fonte – a produção e comercialização de produtos/coisas – visando o impedimento de danos ao bem jurídico e a quem consume a coisa produzida (GRECO; ASSIS, 2014, p. 113).

No mesmo sentido, Imme Roxin (2015, p. 68), elucida que:

“coisas ou instalações perigosas devem ser vigiadas por aquele que possui o domínio fático já pelo fato de que a posse desse domínio exclui, em regra, a interferência de terceiros na fonte de perigo e, além disso, limita somente a ele o conhecimento necessário a respeito da existência e da intensidade desse perigo”.

O controle sobre pessoas perigosas, admite-se que o garante tem de vigiar seus subordinados a fim de verificar eventuais lesões realizadas pelos funcionários aos bens jurídicos.

Quanto à ingerência, por sua vez, o que se admite é que existe a criação de um risco anterior, pois ocorre a iniciação de uma atividade que pode colocar o bem jurídico em perigo, ou seja, decorre uma posição de garantidor justamente de quem desencadeia uma ação potencialmente perigosa para bens jurídicos para que seja, concomitantemente, “obrigado a desenvolver a atividade adequada a evitar a positivação de tal perigo, desde que aquela precedente ação seja idónea a concretizar o resultado desvalioso, independentemente de ser lícita ou ilícita” (FIGUEIREDO DIAS, 1975, p. 169, *apud*, ABERGARIA, p. 622).

Nesse sentido, depreende-se que o dever de agir para evitar um resultado típico no caso de ingerência não pressupõe, necessariamente, que a conduta anterior seja ilícita. O fundamento da ingerência é, tão somente, criação de risco anterior. De acordo com Meini Méndez (1999, p. 894),

“la injerencia o actuar precedente apunta a que quien con su conducta pone en peligro un bien jurídico asume la obligación de evitar que éste se lesione. Y no es necesario que la conducta precedente sea ilícita, por el contrario, en la mayoría de ocasiones será lícita como tantas conductas o actividades de riesgo socialmente aceptadas”.

Já a posição de garantidor por assunção surge quando um indivíduo assume deveres de vigilância e proteção. Essa posição se cria, no contexto empresarial, nas situações em que há delegação de um âmbito de competência.

A delegação, aspecto a ser elucidado em outro tópico, gera uma transformação nos deveres do delegante e do delegado (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008). O fato inerente à assunção, por sua vez, não pressupõe necessariamente um aspecto formal na delegação. Assim, “essa assunção só pode ser afirmada quando o agente assume faticamente a esfera de responsabilidade (aspecto material), independente de formalidades” (ESTELLITA, 2017, p. 103-104).

Quando se diz sobre a dispensa de um contrato formal, por exemplo, não se quer dizer que as formalidades são irrelevantes, pelo contrário, os aspectos de assunção previstos formalmente podem auxiliar na delimitação do âmbito de competência assumido pelo agente. Ocorre que o que importa para a imputação penal é a dominação e controle material de certo contexto.

Um exemplo comumente ilustrado pela doutrina concerne às funções de uma babá. Por vezes, os sujeitos que assumem esta posição não o fazem formalmente, ou seja, nem sempre há um contrato firmado entre os pais das crianças – então garantidores originários e de proteção do bem jurídico, qual seja esse, a vida das crianças – e a babá, sujeito que assumiu o dever de vigilância e proteção dos menores. A inexistência deste contrato, por sua vez, não exime as responsabilidades, ou seja, os deveres de cuidados que a babá assumiu quando aceitou esta posição de “cuidadora” das crianças.

O presente tópico buscou, portanto, elucidar a significação pertinente à posição de garantidor, que consiste no dever de agir para evitar um resultado típico e que pode implicar em uma responsabilização penal por omissão imprópria quando este agir não é verificado.

A figura do garantidor, por sua vez, não se configura apenas com o dever de evitar. “É também necessário que ele tenha o poder de agir para evitar o resultado na situação concreta. Noutras palavras, o agente deve ter a possibilidade físico-individual de realizar a ação esperada” (GRECO; ASSIS, 2014, p. 109). Portanto, a posição de garantia surge com um dever especial de um sujeito para com o bem jurídico, mas a infração a esse dever só importa quando feita por um garante.

Dessa feita, compreender o âmbito de competência do garante se faz imprescindível, haja vista que apenas após essa individualização é possível verificar se o sujeito ocupa ou não a posição de garantidor, seja de proteção ou de vigilância.

Para a criminalidade empresarial, o aspecto desenvolvido auxilia na resolução da problemática apresentada. Aqui, apresenta-se de antemão que a posição de garantidor no contexto empresarial pode ser fundamentada pela empresa como fonte de risco, isso porque assumir que a cúpula empresarial tem deveres de proteção para o bem jurídico parece ser um mecanismo expansivo de responsabilização.

3 DA ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL

A cúpula empresarial detém deveres especiais, sendo cada sujeito responsável por um âmbito de competências; e a falta de observância a esses deveres é o que enseja a responsabilização, inclusive penal. Todavia, “em uma estrutura complexa, não é simples a delimitação desses deveres especiais, nem a sua distribuição entre os diversos órgãos integrantes da sociedade empresarial” (REBOUÇAS, 2018, p. 2).

O fato intrínseco é o que se segue: “se o titular da empresa deseja diversificar e multiplicar a funcionalidade desta – em essência, a produtividade de bens e serviços – não poderá ele se encarregar de tudo; terá de delegar funções. Será necessário outorgar faculdade a outros sobre sua esfera de organização” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2019, p. 200).

A organização empresarial, portanto, é calcada nos princípios da hierarquia e da divisão do trabalho¹³. Isso configura uma das problemáticas de imputação, visto que a delegação e a departamentalização, institutos inerentes e necessários ao contexto das empresas modernas, pode vir a impor óbice à individualização da responsabilidade e da imputação penal.

Esse esquema organizacional advém do próprio direito empresarial, que preceitua a organização de empresas entre pequeno, médio e grande porte; traçando, para tanto, aspectos sobre a forma de constituição de uma sociedade limitada e por ações, por exemplo. O que importa, para o presente trabalho, é como essa divisão extrapenal impacta a dogmática jurídica de imputação na teoria do crime.

3.1 PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DIVISÃO DE FUNÇÕES

A estrutura das empresas modernas foi desenvolvida contando com organização no sentido vertical e horizontal. A primeira refere-se ao princípio da hierarquia; a segunda, por sua vez, ao princípio da distribuição de funções.

Nesse sentido, de acordo com Sousa (2009, p. 1006 a 1009):

“o cenário empresarial assente, por um lado, numa estrutura complexa e hierárquica e, por outro, na divisão do trabalho; de tal forma, potencia a separação entre a origem da decisão criminosa e os responsáveis pela sua execução.

[...]

O problema torna-se ainda mais denso na sua complexidade se se tiver presente que, na maioria dos casos, são interpostas várias pessoas entre o momento inicial da decisão criminosa e o momento final da sua execução”.

¹³ Neste sentido Montaner Fernández (2008); Estellita (2017); Meini Mendéz (1999).

De acordo com as lições de Montaner Fernández (2008, p. 76-81), o princípio da hierarquia pressupõe a existência de uma relação em que alguns sujeitos determinam que outros realizem determinadas ações. O que existe, portanto, é uma linha de comando em que os superiores hierárquicos, justamente em razão do princípio da hierarquia, têm atribuição para transpassar ordens aos subordinados. Esse princípio aperfeiçoa-se como um norteador para a delimitação de âmbitos de competências dos sujeitos que pertencem às estruturas empresariais.

Segundo Montaner Fernández (2008, p. 78), considerando a relação entre subordinados e superiores, a obediência é um pressuposto inerente à estrutura empresarial, desenvolvida sob a égide de um arquétipo hierarquizado e, em razão disso, via de regra, não há liberdade nas contribuições que devem ser realizadas pelos sujeitos subordinados, isso porque estão submetidos aos superiores hierárquicos, os quais detêm maiores informações e mais poderes decisivos.

Pense da seguinte forma: quanto maior a posição de estrutura hierárquica, maior o arcabouço de informações e poder decisório.

Transpassando o cenário para o que se faz relevante ao direito penal, cabe mencionar que essa estrutura pode delinear um panorama em que a ação dos subordinados, executores do fato criminoso, seja irrelevante penalmente. Quando o subordinado não detém um largo escopo de informações sobre o ato que executa, tampouco poder de decisão, a conduta se revela sem relevância para a seara penal.

Como será visto, as estruturas de delegação e departamentalização concatenam uma série de competências, atribuições e execuções de condutas, sejam elas de cunho delituoso ou não. A questão que cinge, como já exposto no tópico anterior, refere-se ao dever de garantia para com o bem jurídico tutelado. Assim, a doutrina vem discutindo as possibilidades de imputação ante à complexidade da estrutura das empresas contemporâneas, e a análise de imputação *bottom up* (de baixo para cima) não parecia, para o direito penal, a estratégia de imputação penal cunhada de forma justa, posto que os subordinados, por vezes responsabilizados, sequer possuíam aptidão para mensurar, ou sequer estruturar, prática criminosa (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008).

Justamente porque a estruturação do delito, geralmente, é realizada pelos sujeitos que detém competências de decisão e acesso às informações, será a conduta omissiva imprópria dos superiores hierárquicos que terá relevância para a dogmática jurídico-penal. Neste sentido, elucida Montaner Fernández (2008, p. 78-79):

“Con ello, tiene lugar lo que la doctrina denomina como *escisión* entre los sujetos que ejecutan la conducta delictiva (...) y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal, que han trazado el plan delictivo. (...) La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por cima”.

A relativização e a flexibilização do princípio da hierarquia, também, devem ser consideradas, a depender do contexto em que o delito foi cometido. Isso porque, nas situações em que há dispersão de poder, autonomia e competência, as perspectivas supracitadas tornam-se, por vezes, incabíveis.

No caso dos subordinados pode, sim, vir a ocorrer a exoneração de qualquer responsabilidade, pois o ato em si é irrelevante para a seara penal. Quando a análise passa à cúpula diretiva da empresa, ainda que subsistam níveis hierárquicos, é preciso considerar que podem haver diversos âmbitos de competências, que surgem por meio da delegação de poderes e, portanto, a imputação da responsabilidade por eventual delito pode não alcançar a todos os dirigentes. Veja-se que, se o superior não detém deveres de controle e vigilância sobre uma área da empresa, posto que é alocado em âmbito diverso, não é justo que sofra imputação de responsabilidade penal por um determinado perigo que sequer detinha poderes ou, mais ainda, efetivos deveres.

Sobre a estrutura horizontal, há o princípio da divisão de trabalho que, segundo Montaner Fernández (2008, p. 82), “entende-se como a subdivisão ou desdobramento de um processo econômico de produção ou de um processo administrativo em atividades, todas interligadas, para que sua união produza o efeito desejado pela direção da empresa”. Nesse sentido, tem-se uma distribuição de tarefas e, conseqüentemente, de responsabilidades, onde diferentes esferas de competência se conectam. Este aspecto presente na empresa é fundamentado na necessidade de uma organização interna para a realização das tarefas inescusáveis para a atividade empresarial.

Esse princípio, também intrínseco à organização da empresa, emerge-se como um critério orientativo, mas não suficiente, para verificar elementos e condutas que configuram um delito. Dessa forma, cumulado com o princípio da hierarquia, faz-se necessária a análise dos âmbitos de competência e das tarefas realizadas pelos sujeitos na cadeia organizacional na empresa, o que possibilita a identificação dos graus de responsabilidade penal.

A partir dessas considerações iniciais, pertinentes aos princípios da hierarquia e divisão de tarefas, cabe ressaltar que ambos são importantes para a questão da responsabilidade penal individual nas empresas.

Ocorre que, em razão da divisão de trabalho, distribuem-se também, por vezes, a competência, a autonomia e os poderes. Conforme exposto anteriormente, os princípios supracitados devem ser analisados de maneira flexível, de modo a considerar o cenário fático. Isso, pois, como leciona Montaner Fernández (2008, p. 76), cada “microrganismo” que compõe a empresa é correspondente a um setor. Assim sendo, dentro dos “níveis estruturais” nos diversos setores, há diversos sujeitos com competências distintas. Consequentemente, o fato é: as competências e as autonomias são distintas desde os membros do órgão dirigente até os cargos subsequentes. Posto isso, é preciso entender as especificidades da delegação e os graus de responsabilidade que variam de acordo com as competências dos sujeitos.

3.2 DIFERENCIAÇÃO TERMINOLÓGICA: DELEGAÇÃO E TRANSMISSÃO DE EXECUÇÃO DE TAREFA

Antes de adentrar nas especificidades da delegação de funções, aspecto o qual possui relevância penal para a responsabilização no contexto da criminalidade empresarial, posto que se afigura como pressuposto para individualização da responsabilidade pela posição de garantia, importa realizar uma distinção terminológica entre a delegação de função e a “delegação” de execução de tarefas.

Como será melhor elucidado no tópico a seguir, “a delegação de funções em sentido estrito implica a transferência de determinada área de competência, até o momento da titularidade - formal e material - do delegante, a quem é delegado” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2015, p. 744). Nestes casos, portanto, “outra pessoa tem jurisdição, poder ou autoridade sobre algo pertencente ao doador, mas não há alienação do delegado” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 90).

Raquel Montaner Fernández (2008, p. 90) e Rebouças (2018, p. 3-4) bem elucidam que realizar a distinção entre transmissão de tarefa da delegação é fundamental. De acordo com a autora espanhola, a transmissão implica na desvinculação, pelo transmissor, do objeto de sua ação. “Tal fato não ocorre nos casos de delegação” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 90). Dessa forma, “uma pessoa com um âmbito de competência mais amplo - e com poderes de

gestão - necessita dos serviços de um terceiro para o desempenho de determinada função” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2015, p. 745-746).

Assim, de antemão, é de se consignar que o principal efeito da delegação de funções consiste no nascimento de um novo garantidor. Como há transferência de um âmbito de competência a um sujeito, existe também a transmissão de autonomia, poder de mando, arcabouço de informações e controle de meios materiais para o devido funcionamento da área empresarial (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008). Logo, o sujeito que assume este âmbito também traz para si, por consequência, os deveres de tutela do bem jurídico envolvido, devendo ser responsável pela evitação de riscos não permitidos.

Segundo Montaner Fernández (2015, p. 746),

“lo relevante es que, en estos casos, la persona que encarga la tarea no transforma su ámbito de competencia inicial, ni tampoco se transforma el ámbito de competencia del ejecutor o encargado. En otras palabras, no hay un traspaso de posiciones de garantía sobre un determinado ámbito de competencia al modo de una delegación de funciones”.

Ainda conforme Montaner Fernández (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 101)

“En esta situación, ni existe un traspaso de ámbitos de competencia, ni se transforman las esferas de responsabilidad de aquéllos. Lo único que ocurre es que el encargante, siendo competente para ello, *activa* el deber que previamente le ha sido asignado a uno de sus colaboradores en la empresa”.

Neste sentido, a mera transmissão da execução de tarefa, por sua vez, não implica na transferência de uma competência. O que ocorre é que o superior hierárquico transpassa o encargo ao subordinado para que realize determinada tarefa, sem que haja a transferência de poderes decisórios, autonomia, etc. Dessa forma, consistindo apenas no ato de executar uma atividade específica, não haverá autonomia, muito menos acesso ao escopo de informações de uma cenário macro sobre os efeitos da tarefa a ser executada e, em razão disso, não há que se falar em criação de uma nova posição de garantia.

A principal diferenciação, portanto, reside no fato de que a mera transferência de tarefas não implica no surgimento de uma nova posição de garantia.^{14 15}

¹⁴MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental. Barcelona: Atelier, p. 100-105, 2008.

¹⁵ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. Revista dos Tribunais Online. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 143/2018, p. 45 – 86, maio de 2018.

A partir das lições de Montaner Fernández (2008, p. 84-88), via de regra, ocorrendo a mera transferência de tarefas, a competência continua com o delegante, posto que o transpasso foi fundamentado na relação de subordinação. Nos casos em que a tarefa era, na origem, um delito, o cenário formado é de que o delegante se aproveitaria da condição de subordinação de seu colaborador, que não detém poderes de decisão e está, de certa forma, condicionado a agir em consonância às ordens de seus superiores.

Nestes casos, a imputação penal não deve recair no executor – mero colaborador -, por tão somente ter obedecido ordens de seus superiores, dentro dos limites de suas atividades, visto que a competência (e, conseqüentemente, o dever de garantia) é do superior. Portanto, ainda que o colaborador execute a tarefa delituosa sem consciência do que realizou, é preciso considerar que, na complexidade das empresas modernas, o título de autoria nem sempre é de quem age, mas de quem tem relação direta com o fato criminoso.

Apesar disso, a doutrina bem preceitua que os subordinados também são dotados de autorresponsabilidade. Assim, suponha-se que o executor da tarefa cometeu um delito que, inicialmente, decorreu de uma tarefa lícita (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008). Nesses casos, a análise difere se, porventura, o colaborador agir de maneira a exceder seu rol de atividades e os limites da tarefa que lhe foi distribuída. Segundo Montaner Fernández (2008, p. 103),

“En el primer caso, el trabajador se limita a ejecutar lo que su superior le indica. En cambio, la solución es distinta cuando el encargado se excede en el cumplimiento de su función y este exceso se orienta hacia el favorecimiento del hecho delictivo – esto es, la conducta adquiere una referencia de sentido delictiva”.

Na mencionada situação, a única mudança tange à responsabilização penal que também será imputada ao colaborador. Dessa forma, se o trabalho distribuído tem origem lícita, o panorama configurado para fins de responsabilização na seara penal é diverso do anteriormente citado, quando a tarefa em si já consubstancia um delito. Isso posto, considerando a autorresponsabilidade do subordinado que, de livre vontade, resolve cometer um delito, a ele poderá ensejar a responsabilização penal¹⁶.

Há de se ressaltar, ainda, que na hipótese do delito cometido dolosamente pelo subordinado, o superior não terá sua responsabilidade eximida. Isso porque, como já demonstrado no presente trabalho, se os superiores ocuparem uma posição de garantia terão de observar o dever de vigilância e controle sobre as fontes de riscos, sejam elas coisas ou pessoas.

¹⁶ Neste sentido, MONTANER FERNÁNDEZ (2008); MONTANER FERNÁNDEZ (2015).

Portanto, a diferenciação terminológica aqui apresentada é valiosa para a dogmática penal, pois na ocorrência da delegação de função há de se falar em uma mudança no panorama de responsabilidades dos garantidores originários e dos garantidores por assunção. Em contraponto, desconsiderando a possibilidade de autorresponsabilidade do sujeito de conscientemente resolve cometer um delito, na transferência de mero ato executório de origem ilícita, a discussão sequer se faz cabível porque o subordinado apenas cumpre ordens, sem ter autonomia ou, quiçá, ter conhecimento de informações e da consequência de seu ato no contexto geral da empresa.

3.3 DELEGAÇÃO

A delegação é um mecanismo organizacional indispensável para o funcionamento das empresas hodiernas. Quanto maior o porte da empresa, maior o número de colaboradores e de setores. As tarefas e competências, também, expandem-se em consonância com o porte da empresa e, por conseguinte, há a imprescindibilidade de se utilizar do instituto da delegação para que a finalidade da empresa e a concretização da atividade se perfaçam. E a “delegação de funções e competências surge como um critério para a delimitação dos âmbitos de responsabilidade dos sujeitos (pessoas físicas) que intervêm em supostos crimes empresariais” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2015, p. 735), assim surge a relevância penal do aspecto para a discussão trazida no presente trabalho.

De modo a conceituar o que se compreende por delegação, Fernández (2008, p. 84) admite que essa está consubstanciada no “processo em que um sujeito confia o desempenho de uma determinada atividade a outra pessoa”. Como se vê, a delegação e o princípio da confiança estão atrelados, e o referido princípio tem essencialidade para o instituto da delegação (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, P. 84), pois é impossível que o administrador de uma empresa de médio ou grande porte execute todas as tarefas necessárias ao funcionamento da empresa. Dessa forma, é preciso a confiança de que o terceiro, aquele que vier a assumir a posição de delegado, tenha capacidade e atribuições para assunção da competência delegada.

Para a autora espanhola, o que se entende por delegação é justamente a questão central para analisar se o delegante é eximido ou não da responsabilidade no que concerne às competências e atribuições delegadas a um terceiro, sendo essa uma análise de relevância jurídico-penal, a considerar que auxilia na verificação de responsabilidade pelo domínio de áreas no interior da empresa para fins de imputação penal (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, 84-88).

De maneira a rememorar, a empresa divide-se por meio da estrutura vertical e horizontal. “A delegação, em particular, processa-se na linha da estrutura vertical da empresa, estando orientada pela necessidade de distribuição de competências no plano hierárquico” (REBOUÇAS, 2008, p. 3).

Antes de tratar sobre os efeitos da delegação, importa mencionar que a doutrina, no tocante ao objeto a ser delegado, elencou que não há possibilidade de delegar deveres personalíssimos e inerentes ao órgão de administração da empresa. Ou seja, a estratégia geral e a política da empresa, que, por exemplo, são funções inerentes ao órgão de administração, não são delegáveis (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 92-93). Já, sobre “os objetos delegáveis, não só o trabalho mecânico pode ser delegado, mas também as funções de controle ou vigilância de uma fonte de perigo ou de proteção de um bem legal” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 92-93).

Ainda que o objeto seja delegável, o delegante não se exime totalmente da posição de garante outrora ocupada, restando uma posição de garantidor secundário, ou seja, uma posição subsidiária de garantia.

Segundo Silva Sánchez (p. 17), *apud* Montaner Fernández (2008, p. 95), os deveres residuais que subsistem aos delegantes são a “competência de seleção do delegado; o de vigilância e supervisão de seu desempenho; o da informação e formação; o fornecimento de meios financeiros e materiais; a organização e coordenação do desempenho harmonioso dos delegados etc.”

Frisch (1996, p. 121), *apud* Montaner Fernández (2008, p. 95), quando elenca os deveres residuais do delegante, assume que “o conteúdo desse dever inclui também o dever de chegar à convicção de que o subordinado está cumprindo lealmente o dever que lhe foi confiado, ou seja, tem o dever de intervir”.

Dessa forma, percebe-se que ao delegante subsiste a responsabilidade de escolher o delegado competente para assumir aquele determinado âmbito e, ainda, vigiar e controlar o exercício da proteção e do controle que o delegado vem exercendo sobre aquela área, posto que esse último agora tem deveres de proteção para com a fonte de perigo que antes da delegação pertencia ao delegante.

Portanto, a delegação não é feita apenas com tarefas mecânicas (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 92). Encarrega-se, também, de transmitir poderes de controle e vigilância. Apesar disso, não é possível dizer que os sujeitos integrantes da cúpula, ao delegarem deveres, sejam totalmente eximidos de qualquer responsabilidade. A questão

intrínseca, mais uma vez, é individualizar e delimitar as responsabilidades dos sujeitos que integram a empresa e, dessa forma, participam das cadeias de delegação.

O ato de delegar, portanto, gera o efeito de transformação nos âmbitos de competências do delegante, mas não o exime completamente.

Segundo Rebouças (2008, p. 3),

“A delegação consiste, portanto, em uma multiplicação e em uma transferência de âmbitos de deveres, que se inicia do topo da empresa e finda nos baixos escalões. Este cenário dificulta a imputação para fins penais e, até, causa uma deficiência na imputação dos verdadeiros responsáveis, posto que por vezes os colaboradores não dimensionam o efeito em larga escala da execução de suas tarefas”.

Como já dito, a delegação não se configura apenas em encargo dado a terceiros para execução de tarefas. Em verdade, também consiste, para o que importa ao presente trabalho, na transferência de competências. O ato de delegar, por sua vez, faz emergir dois efeitos de relevância para a imputação penal, quais sejam, o surgimento de um novo garantidor e a exoneração parcial do delegante. Neste sentido, segundo Fernández (2010, p. 408-427), *apud* Rebouças (2018, p. 4),

“É somente na hipótese de transferência de âmbitos de competência, e não no mero encargo da execução de tarefas concretas, que tem real sentido a aplicação dos efeitos gerais próprios da delegação de funções. Dentro desses limites, a delegação encerra dois efeitos jurídico-penais: a constituição de uma nova posição de garantia (genérica) do delegado; a exoneração parcial da responsabilidade do delegante”.

Incumbir a mera execução de uma tarefa concreta ao subordinado, por todo lado que se analise, não se afigura como um fato relevante para a dogmática jurídico-penal. O subordinado, nesses casos, fica incumbido meramente de executar um ato, mas a ele não se atribui qualquer autonomia ou poder de mando. O que se constitui é meramente o cumprimento de uma ordem.

“A delegação supõe a transferência dos deveres primários de garantia, consistentes na vigilância e no controle direto das fontes de risco, mantendo-se no delegante, porém, os deveres secundários, relativos à supervisão do delegado” (REBOUÇAS, 2018, p. 4-5).

Dessa forma, o que ocorre é uma transformação no âmbito de competências individuais (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 85). O delegante originário, ao delegar, assume a posição de delegação secundária, e essa transformação no âmbito de competências faz com que subsista deveres de vigilância e supervisão das atividades agora exercidas pelo delegado. Isto ocorre porque os deveres delegados, quais sejam, a vigilância e controle sobre a fonte de perigo,

eram originalmente pertencentes à esfera de responsabilidade do delegante e, por este motivo, é necessário que esse ainda vigie os riscos que podem lesar a bens jurídicos tutelados.

Acerca da delegação, elucida Heloísa Estellita (2017, p. 148):

“A delegação constitui novo garantidor. É caso clássico de posição de garantidor por assunção, prevista expressamente no art. 13, §2º, b, do CPB. E como em toda assunção, ela só se conforma quando o delegado passa a exercer a atividade assumida, com o que deixa o delegante de praticar pessoalmente as funções e tarefas que delegou. [...]. É essa ideia de assumir o exercício de um feixe de atividades e deveres com o correlato abandono, pelo garantidor originário, das atividades delegadas, que fundamenta a constituição da posição de garantidor no delegado, que recebe, assim, os deveres de proteção e/ou vigilância e controle inerentes às atividades e funções assumidas. Essa transferência de funções e tarefas implica, de um lado, a constituição de um novo garantidor (o delegado/garantidor secundário), de outro, a exoneração parcial do delegante (garantido originário). No âmbito das estruturas verticais, pois, o fundamento da constituição de garantidores por excelência é a assunção”.

Dessa forma, é imprescindível para a problemática em tela que haja distinção entre a delegação e a transmissão, a qual fora elucidada no tópico anterior. O ato de delegação não deixa, em verdade, responsabilidades subsidiárias ao sujeito que detinha a competência originalmente, qual seja, o garantidor originário. O que se afigura com a ocorrência desse instituto é uma mutação, uma transformação no espectro de competências do delegante, subsistindo a ele deveres de controle e vigilância sobre a competência delegada. Neste sentido, segundo Montaner Fernández (2008, p. 87), “pela delegação ocorre uma mutação do campo de competência de cada indivíduo envolvido e isso pode ser relevante, se necessário, para a determinação da responsabilidade penal pelo crime cometido”.

Ao delegado emerge, a partir da delegação, a assunção de uma fonte de risco e afigura-se uma autonomia pessoal quanto à competência delegada. Nesse sentido, segundo Rebouças, “o delegado assume os deveres especiais associados a isso, que consistem, essencialmente, no controle direto de fontes de risco e na proteção dos bens jurídicos afetáveis pela atividade objeto de delegação” (2018, p. 5).

Importa ressaltar, apesar de já exposto neste trabalho, que a posição de garantia necessita ser efetiva, não apenas formal. Por certo, a posição de garantidor pode ter fundamento em lei ou em um contrato, mas, para fins de responsabilização penal, faz-se imprescindível que o sujeito assuma e exerça efetivamente o controle sobre a fonte de risco (ESTELLITA, 2017, p. 82-83). Assim, se em um contrato consta que determinado sujeito é responsável por determinado âmbito de competências, mas, na realidade fática, isto não se afigura, então não há que se falar em responsabilização. Por esse motivo, para o assunto aqui tratado, a individualização dos deveres na realidade fática é imperiosa.

O ato de delegar gera efeitos, tanto para o delegante, quanto para o delegado, que podem vir a gerar impactos de relevância jurídico penal. O delegante é aquele que detém o domínio sobre um âmbito de competências, ou seja, detém autoridade, poder de mando e acesso a informações, bem como é capacitado para o exercício deste domínio. Nesse sentido, o principal efeito da delegação é a transformação nos âmbitos de competência. De acordo com Montaner Fernández (2015, p. 744-745),

“Esto es, por una parte, la constitución de una nueva posición de garantía en el delegado – atribución y Asunción de la competencia delegada – y, por otra, cierta exoneración de responsabilidad en favor del delegante, quien mantiene unos deberes residuales sobre los que puede basarse su posición de garantía (ahora) residual o secundaria. El delegado que ha asumido la delegación se convierte en el responsable principal respecto del ámbito de competencia transferido”.

A considerar sua posição, também se dota de competência para delegar a outro sujeito, que também é capacitado sobre aquele âmbito, para que assuma parte dos deveres que decorrem deste exercício.

O que se depreende da situação é o surgimento de novas posições de garantia, ou seja, surgem novos garantidores e distintos deveres sobre o bem jurídico envolvido na atividade. Nesse sentido, a delegação tem dois efeitos principais: “o mais evidente é o de gerar um novo dever de segurança para o delegado, que o aceita; o menos evidente é o de transformar o conteúdo do dever de segurança do delegante” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2019, p. 204).

O delegante é aquele que ocupa a posição de garantidor originário. O delegado, por sua vez, em momento que antecede a assunção, não possuía necessariamente deveres de garantia. Quando da ocorrência da delegação, exsurge uma nova posição de garantia, então ocupada pelo delegado¹⁷. Dessa forma, o delegado, agora garantidor primário, tem a primazia de zelar pelo bem jurídico envolvido no âmbito de sua competência, posto que assumiu deveres de proteção, devendo agir para evitar colocar em risco o bem jurídico tutelado. O delegante originário, agora, teve seu âmbito de competência transformado, subsistindo, contudo, deveres residuais, quais sejam, de controle e vigilância.

Schunemann, *apud* Lascuraín Sánchez (2019, p. 205), denomina este fenômeno como “cotitularidade da custódia”, o que pressupõe que o delegante não pode ser alheio aos eventuais resultados advindos do âmbito de seu domínio. Dessa forma, há substituição ou, melhor dizendo, transformação nas responsabilidades para com o domínio, qual seja, o surgimento de deveres de controle e vigilância.

¹⁷ Neste sentido, MONTANER FERNÁNDEZ (2008); REBOUÇAS (2018); LASCURAÍN SÁNCHEZ (2019).

Segundo Lascurain Sánchez (2019, p. 205), para o delegante, o efeito da exoneração que decorre do ato de delegar implica no seguinte cenário: “as responsabilidades acumular-se-iam frente aos subordinados e àqueles que ocupam os postos de trabalho mais fungíveis, com menor poder de administração e de desenho das estratégias produtivas e de organização”.

Outro aspecto importante refere-se ao objeto da delegação. Sendo o objeto passível de delegação, o efeito do ato de delegar consiste na transformação das esferas de competência dos sujeitos e, por consequência, dos níveis de responsabilidade. Dessa forma, nos dizeres de Montaner Fernández (2008, p. 96)

“El efecto principal de la delegación es la generación en el delegado de una posición de garantía de la que emana un deber de garantía. (...) En otras palabras, el delegante se libra de responder como lo hubiera hecho de no haberse producido la delegación, pero no se libera de cualquier responsabilidad. Se transforman, pues, tanto los deberes que este sujeto ostentaba originalmente, como el alcance de su responsabilidad”.

A delegação de funções, portanto, configura a transferência de um determinado âmbito de competência, abarcando, inclusive, poderes de decisão e de gestão (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008). Tal instituto transforma os deveres do delegado e sua posição, tornando-o garante principal. Dessa forma, constitui-se uma nova posição de garantia, assumida e atribuída ao delegado, gerando a exoneração parcial do delegante originário, que agora ocupa uma posição de garantia secundária.

Há uma discussão acerca da responsabilidade à luz dos elementos materiais e subjetivos do delito, mas, seja qual for o âmbito de análise, nestes casos, surge um novo garante e novas atribuições ao garante originário. Entre os deveres dos garantes e a delegação é onde reside a proximidade com a omissão imprópria, pois essa – sem, neste momento, adentrar nas teorias pertinentes – “é configurada como a ausência de comportamentos esperados a serem verificados em alguém capaz de agir no sentido da expectativa” (BOTTINI, 2018, p. 61).

Por assunção, conforme previsto no art. 13, §2º, do Código Penal Brasileiro, o delegado torna-se um novo garante e passa a deter poderes de gestão e decisões. Nessa perspectiva, cometido o delito, ao garante principal pode ser imputada a autoria, enquanto, ao garante originário, poderiam incidir outras formas de participação, como será demonstrado no capítulo pertinente à omissão imprópria.

Expostos os contornos sobre os efeitos da delegação, faz-se necessário considerar os requisitos para a validade e eficácia da delegação, porque esses são necessários para discussão à luz da dogmática penal. Em verdade, realizar a delegação de maneira irregular implica em sua invalidade, o que impacta diretamente nos efeitos de individualizar a responsabilidade penal.

Primeiramente, a validade no ato de delegar se fundamenta no fato de que, necessariamente, o delegante deve ter domínio sobre aquela competência que será delegada (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 106-108). Ocorre que, por vezes, o delegante, ocupando uma posição na cúpula da empresa, não possui o conhecimento especializado sobre a seara que, a partir da delegação, ficará sob responsabilidade de outro sujeito. Este fator, contudo, deve ser examinado com cautela, pois, ainda que o delegante não tenha competência material, pode ter a incumbência de gerir a empresa, o que acarreta a possibilidade de outorgar um posto.

Assim, “o empresário pode realizar esta atribuição porque tem o poder de dirigir a empresa, em outras palavras, é competente na atribuição de áreas de competência, mas não no que diz respeito à matéria que configura a área atribuída” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 87). Portanto, a partir do poder de gerência, incumbe-se ao dirigente administrar a empresa, o que pressupõe estruturar os setores específicos com sujeitos especializados e competentes para realizar as atribuições das respectivas áreas em que atuam.

Neste sentido, a correta eleição do delegado é um fator fundamental. Ou seja, ainda que o delegante não tenha competência material sobre aquela área delegada, calcado na competência de direção da empresa e, também, no princípio da confiança, deve escolher um sujeito que ocupará a posição de delegado, esperando-se que ele tenha a competência material para controlar e proteger a área transferida por meio da delegação.

Quando se fala sobre adequada eleição do delegado, o que se diz é que ele deve deter conhecimentos específicos sobre a área que irá assumir. Em outras palavras, segundo LASCURAÍN SÁNCHEZ (2019, p. 206) “deve haver uma adequada seleção do delegado, isso porque na inocorrência da seleção adequada, não haverá uma transformação nos deveres de garantia”. Ainda de acordo com o autor (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2019, p. 206), “a incapacidade do delegado paralisa o mecanismo da delegação, e seu cumprimento formal não impede sua carência material, por ausência de um de seus pressupostos lógicos”.

Neste cenário, diante da incompetência material do delegado para assumir a competência que se pretende delegar, o que se afigura é a impossibilidade da criação de uma nova posição de garantia. Assim, “a falha em dotar de domínio torna a aceitação inoperante e a delegação em tentativa e, por conseguinte, paralisa a criação de uma nova posição de segurança e a transformação do dever original de segurança” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2019, p. 207).

Portanto, é importante ressaltar que, para validade da delegação, pressupõe-se que o delegado seja capaz de realizar suas funções, quer dizer, que tenha capacidade técnica, experiência e preparo para assumir a função delegada. Por outro lado, “por maior que seja a

capacidade do delegado, subsistem no delegante deveres de vigilância, ainda que em nível menos intensos” (REBOUÇAS, 2018, p. 8).

Dessa forma, a escolha de um delegado competente não mitiga, por completo, o efeito da delegação. Por certo, cabe ao delegante escolher um sujeito idôneo e, caso não o faça, ele responderá pelos eventuais danos causados (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 107). Todavia, é de se considerar que o delegado, ainda que sem dotar-se de capacidades específicas para a assunção, escolheu por livre iniciativa assumi-la e, em razão disso, o efeito da delegação não poderá ser completamente mitigado pelo não cumprimento de um requisito necessário para sua validade.

Raquel Montaner Fernández (2008, p. 106), no que concerne à validade e seu impacto no efeito da delegação, bem elucida que “sua eficácia não está inexoravelmente ligada à sua validade. Os efeitos que decorrem da delegação de funções não dependem incondicionalmente da sua execução de acordo com os requisitos normalmente estabelecidos para o efeito.”

A ineficácia de delegação ocorre apenas se o delegado for absolutamente incapaz. Caso a eleição do delegante seja incorreta, e o sujeito nomeado para assumir a função seja completamente incompetente e incapacitado para aquela área, o que ocorrerá é o bloqueio no processo de transformação nos âmbitos de competência (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 111). Isso porque é inerente à posição de garante do delegante originário tutelar pelo bem jurídico e evitar riscos não permitidos. Segundo Pedro Augusto Amaral Dassan (2017, p. 65), “a doutrina majoritária aceita que a posição de garante possa resultar de um comportamento anterior contrário ao dever que coloca em perigo um bem jurídico, sendo necessário um injusto comportamento e não apenas uma desaprovação jurídica do resultado de colocação em perigo.”

Dessa forma, “a posição de garante por ingerência, logo, não pode ser derivada em nenhum caso de mera causalidade, mas sim em todo caso da imputação objetiva do atuar prévio. O autor deve criar um risco não permitido” (DEMETRIO CRESPO, 2010, p. 4, *apud*, DASSAN, 2017, p. 65).

Cabe ressaltar esse ponto específico sobre a posição de garantia, no que concerne ao descumprimento de um requisito de validade da delegação, porque é justamente nele que seria fundamentada a eventual responsabilidade do delegante originário. Veja-se que, na inocorrência da correta eleição do delegado, o que se cria é um risco que ultrapassa os limites permitidos, na medida em que a execução da função delegada foi transpassada a um sujeito que não tem capacidade técnica para executá-la.

E o delegado, também, não se eximirá de responsabilidade, pois a aceitação de uma competência sem possuir as capacidades necessárias para gerir aquele âmbito configura a

criação de um risco, de uma situação de perigo, que poderia ser evitada se não ocorresse a nomeação e a aceitação de um sujeito que não possui especializações necessárias.

Outro requisito de validade tange à autonomia do delegado que, por seu turno, configura um elemento essencial, haja vista que o delegado assume a posição de garante principal. Dessa forma, a autonomia é o elemento chave para que o delegado possa executar sua função, tendo responsabilidade sobre essa, posto que deterá poder de mando e escolha. Ou seja, terá efetivo domínio. Nesse sentido, a autora espanhola Montaner Fernández (2008, 108-109) expõe o seguinte:

“Con está, teniendo en cuenta que el delegado se convierte en el personaje principal, lo esencial para la válida traslación del deber de garantía es que se lleve a cabo bajo determinadas condiciones que permitan afirmar un dominio o control del riesgo por parte del delegado. Así, la autonomía de la que debe disfrutar el delegado viene representada por las facultades que le son concedidas. En este sentido, señala Lascuraín que la dotación del dominio necesario existe cuando el delegado tiene poder de influencia material (...); poder de dirección personal (...) y, además, dispone de la información necesaria para cumplir con la función encomendada”.

Diferente do que ocorre com a responsabilização da delegação que cria um risco, porque o sujeito não é competente para assumir alguma competência, é o que se vê quando o delegante não dá autonomia ao delegado. Nestes casos, não há “criação do perigo” (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 112). O que ocorre, em verdade, é que o delegado não tem o domínio da situação.

Não obstante tenha nomeado um sujeito para assumir uma competência, o delegante não proporcionou um cenário plausível para atuação do delegado, por exemplo, não houve o oferecimento de instrumentos, fundos financeiros, poder de decisão e/ou contingente de informações necessários para gerir aquela competência e, inclusive, prever os riscos (MONTANER FERNÁNDEZ, 2008, p. 112).

Nos casos em que não há autonomia, a escolha do delegado é dúbia: informar aos superiores do risco e dos instrumentos que necessita para solução do problema e, caso o subsídio seja negado, não executar a função ou tarefa, de modo a evitar eventuais lesões ao bem jurídico; ou prosseguir com a execução, mesmo sem os subsídios necessários, criando uma situação de risco.

Na primeira hipótese, o delegado não poderia ser responsabilizado penalmente, haja vista que agiu de modo a evitar a criação de um risco não permitido. Na segunda, por sua vez, considera-se que o delegado tem autonomia e sabe que lhe faltam subsídios para prosseguir de

maneira lícita e dentro do risco permitido, portanto, se ainda assim escolher agir, poderá ser responsabilizado.

Outro aspecto que importa sobre a validade da delegação é quanto à formalização deste ato. A delegação por escrito, por certo, facilita a verificação dos âmbitos de competência e domínios do delegado, mas, a falta dela tampouco mitiga os efeitos do ato de delegar, posto que consumado o transpasso do âmbito de competência, sendo a formalidade de pouca importância para a responsabilidade jurídico-penal. Isso ocorre porque, para a dogmática penal, o ponto crucial tange à inobservância da proteção do bem jurídico, fato que sobrepõe as questões materiais às formais. Neste sentido, posiciona-se MONTANER FERNÁNDEZ (2008, p. 110):

“Sobre la base de la relevancia jurídico-penal de la delegación de funciones en un sentido material, la falta de forma no puede ser un impedimento de su normal eficacia. (...) la delegación que interesa penalmente es la delegación material de competencias y no la formalmente conforme a derecho privado o mercantil”.

Nesse mesmo sentido, Lascurain Sánchez (2002, p. 125), *apud* Rebouças (2018, p. 9), aponta que:

“Admite a delegação implícita ao pontuar que “o fator fundante da geração do novo dever de garantia por delegação e aceitação é a livre vontade – o exercício da autonomia – do delegante e do aceitante”. Não interessaria, assim, a existência de formalização do acordo, ou o modo como este se instrumentaliza, bastando os aspectos materiais da convergência de vontades e da capacidade e domínio do delegado”.

Heloisa Estellita (2017, p. 148) elucida que “o contrato (válido) é o meio ideal de delegação de funções e deverá explicitar o âmbito das tarefas e deveres do delegado. Isso não impede que a delegação seja feita de fato, com a atribuição informal de tarefas e deveres a outros membros da empresa”.

Conforme exposto por Iván Fabio Meini Méndez (1998, p. 907-908):

“la delegación, para generar efectos en materia penal (poder afirmar que el delegado asume una nueva posición de garante) tiene que ser formal, pero sobre todo, materialmente completa; en otras palabras, no basta el formal nombramiento o encargo o delegación de funciones por parte de un órgano de dirección de la empresa a un subordinado, sino que el acto de delegación tiene que ir acompañado, por un lado, de determinada cuota de libertad (dominio) al delegado y, por otro lado, de los medios y recursos técnicos y humanos que le permitan al delegado ejercer en su nuevo ámbito de autoorganización (que como tal genera deberes de aseguramiento) una nueva posición de garante que, llegado el momento, pueda fundamentar responsabilidad penal en comisión por omisión”.

Desse modo, a formalidade emerge como um importante ponto para a discussão. Suponha que o delegante transpassa determinado âmbito ao delegado, contudo tais nuances não são formalizadas, mas o delegado tem efetivo domínio daquela competência. Na ocorrência de eventual delito, ainda que não haja um contrato que disponha sobre isto, para a dogmática jurídico-penal o que há de se considerar é o atuar prévio do responsável. É uníssono, concorda-se, que a formalização auxilia na compreensão dos deveres individuais, contudo, sua ausência não deve configurar óbice à imputação penal.

Por todo exposto, percebe-se a complexidade da divisão de funções e trabalho nas empresas contemporâneas. Cabe também ressaltar que a organização moderna das empresas, calcada nos institutos da delegação e da departamentalização, enseja o surgimento das denominadas cadeias de delegação.

Ocorre que, em decorrência das divisões internas nas próprias empresas, há um alargamento de âmbitos de responsabilidade, posto que as posições de garantia foram multiplicadas. Apesar disso, a individualização da responsabilidade segue sendo o ponto axial da presente questão.

Independentemente da multiplicação de âmbitos de responsabilidade, é certo que cada sujeito, ocupando-se de uma posição de garantia, tem deveres de proteção, controle e/ou vigilância.

O panorama da delegação, considerando o dever de garantia, é de suma importância para a problemática da imputação penal nas empresas hodiernas e, quiçá, uma possível solução. Ao que parece, a análise do âmbito de competência de cada sujeito há de ser uma alternativa para a justa imputação, evitando-se uma responsabilização extensiva, direcionada apenas à cúpula empresarial, do mesmo modo que evita a responsabilização apenas dos subordinados, a qual seria completamente calcada na Teoria do Delito, admitindo-se que o sujeito o qual age seria o responsável.

3.4 DEPARTAMENTALIZAÇÃO

Como exposto anteriormente, a organização das empresas contemporâneas de médio e grande porte se utiliza dos princípios da hierarquia e da divisão de trabalho. A primeira, como demonstrado no início deste capítulo, efetua-se pela delegação, a qual advém do princípio da hierarquia.

Calcada no princípio da divisão de funções, as empresas modernas também se utilizam, além da delegação, da departamentalização para organizar as competências e execução de tarefas, isto porque, em decorrência do porte dessas, não se faz possível centralizar todas as áreas da empresa apenas nos administradores da empresa.

Dessa forma, a departamentalização é um aspecto da organização empresarial que se concretiza no âmbito horizontal entre os sujeitos que ocupam o mesmo patamar hierárquico. Portanto, os empresários acabam por dividir as áreas da empresa em diretorias, departamentos, os quais se encarregam de tratar de aspectos, financeiros, contábeis, ambientais, jurídicos, comerciais, etc. (ESTELLITA, 2017, p. 161).

No caso da departamentalização, a posição de garantia se fundamenta pela fonte de risco empresa. Isso porque, como dito anteriormente, trata-se de uma divisão horizontal – que enseja a criação de departamentos – que ocorre no âmbito da cúpula empresarial, ou seja, na divisão de departamentos dos próprios administradores, os quais criaram a empresa e, portanto, o risco.

Como mencionado no tópico anterior, a doutrina elenca a fonte de risco empresa, sobre pessoas/subordinados e coisas. Essas últimas, ao que parece, ligam-se ao instituto da delegação, porque existe uma relação de hierarquia.

Difere-se do panorama citado anteriormente, a departamentalização, já que esta concerne ao risco inerente da atividade empresarial, que decorreu de sua criação, e a posição de garantia surge para que “dela não advenham danos a terceiros e à coletividade” (NEUDECKER, 1995, *apud*, ESTELLITA, 163)

Quando se fala dos subordinados, conforme descrito no tópico que elucidou os aspectos da delegação, sabe-se que há uma maior limitação no âmbito de competências dos sujeitos, inclusive dos garantidores, sejam eles os criadores da fonte de risco empresa (administradores) ou dos garantes por assunção (que assumiram a competência de gerir determinado âmbito e, por este motivo, possuem deveres de proteção e controle da fonte de risco, visando evitar a lesão do bem jurídico).

Diferente é como ocorre na departamentalização. Como dito anteriormente, não há uma relação hierárquica neste ponto, e a departamentalização se dá na cúpula empresarial.

Roxin, por Estellita (2017, p. 163), defende que o administrador responsável por certo departamento não se exime da responsabilidade de vigiar a empresa como um todo, podendo intervir, portanto, quando houve um desempenho equivocado de outros administradores, ou seja, responsáveis por outros departamentos.

Ao contrário desta posição, pelo ensinamento de Puppe, *apud* Estellita (2017, p. 163):

“uma desoneração dos demais dirigentes em caso de distribuição horizontal de funções em razão da especialização dos agentes encarregados de dirigir e gerir o departamento ou setor, e da correlata autonomia que lhes é conferida, só poderá existir ali onde as atribuições de cada setor forem claramente estabelecidas e essa distribuição não tenha sido realizada em prejuízo da proteção dos bens jurídicos que podem ser afetados pelas atividades do setor.”

Em face aos pontos supracitados, Heloisa Estellita (2017, p. 162) consigna que:

“teríamos de negar a configuração de uma posição de garantidor de uns sobre os outros membros do mesmo órgão, dado que não têm, normalmente, possibilidade de interferência nas atividades em curso em outros departamentos, nem há que se falar em relação hierárquica ou de subordinação”

Ao que parece, o exame da posição de garantia no caso da departamentalização está intrinsecamente conectado ao princípio da confiança, porque pressupõe que os administradores responsáveis pelos departamentos têm atributos para proceder à boa execução da gestão do trabalho que lhe foi atribuído, e a análise precisa considerar o caso em concreto.

Quando se fala das atribuições da cúpula empresarial, considerando que os administradores seriam responsáveis por determinados departamentos, deve-se ressaltar que as atribuições de cada administrador poderá vir designada pela lei (por exemplo, no caso da Lei das S/A que prevê competências para o conselho de administração, diretoria, etc) e pelo próprio regulamento interno da empresa, visto que o ato constitutivo costuma elencar as competências e atribuições dos sócios.

Portanto, ao que parece, não há uma “receita” certa para admitir a posição de garantia no caso da departamentalização. Pode ocorrer de que dirigentes tenham atribuições correlatas, ou que departamentos venham a trabalhar conjuntamente, ou que haja diversos departamentos responsáveis pela gestão e execução das tarefas, sem, contudo, dotar de poder decisivo (ESTELLITA, 2017).

Dessa forma, “o dever de intervir depende das possibilidades de cada administrador, o que está ligado aos parâmetros organizacionais e regulamentares de cada empresa” (ESTELLITA, 2017, p. 166).

4 CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS NO CONTEXTO EMPRESARIAL

Ocupou-se o presente trabalho com o objetivo de demonstrar a possibilidade de responsabilização penal no contexto da criminalidade empresarial. Como já demonstrado no capítulo I, quando descrito o panorama da problemática aqui apresentada, discute-se, há tempos, por vezes com observância à política-criminal, qual seria a melhor forma de resolver a controvérsia da responsabilização.

Neste sentido, exsurge a proposta de tentar solucionar a controvérsia por meio da responsabilização por omissão imprópria, a qual parte do pressuposto de que, no âmbito empresarial, os sujeitos ocupam posições de garantidores quanto aos bens jurídicos envolvidos em seu escopo de controle e comando.

Por essa razão, foi demonstrado, de início, os pressupostos inerentes ao dever de garantidor, figura extraída e intrinsecamente conectada à conduta omissiva, bem como os aspectos da divisão de trabalho e função, ou seja, as estruturas de delegação e departamentalização, engendradas na estrutura das empresas hodiernas, visando descrever o surgimento das posições de garante, e conseqüentemente dos deveres que se lhe incumbem, posto que este espectro do âmbito empresarial interfere diretamente na responsabilização por fatores criminógenos ocorridos dentro das empresas.

Traçado esse panorama, cabe elucidar alguns contornos específicos das condutas omissivas na tentativa de compreender o porquê de essas serem uma das soluções oferecidas pela doutrina penal para responsabilização em relação à criminalidade empresarial.

4.1 CONDUTAS OMISSIVAS: CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS.

A Teoria do Delito, como se sabe, foi estruturada com base em uma ação. Neste sentido, segundo Ferrajoli (2014, p. 440), *apud* Tavares (2017, p. 117), “o delito é, antes de tudo, uma ação”. Partindo deste pressuposto, portanto, a doutrina penal contemporânea reconhece “quatro elementos integradores do delito: a ação, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade” (TAVARES, 2017, p. 177). Por certo, em decorrência dos demais requisitos, a ação punível será aquela em desconformidade com uma norma, posto que, se assim não fosse, haveria uma evidente lesão ao princípio da legalidade.

As condutas omissivas, portanto, foram, desde o início, um assunto controvertido. A doutrina penalista, ao que parece, divide-se em tratar a conduta omissiva como mera espécie de

ação, ou, então, criticar tal posicionamento sob o fundamento de que essa orientação é calcada em algum equívoco. É como diz Fragoso, ao sustentar que “são bastante incertos os princípios que regem a omissão no direito brasileiro, havendo controvérsia considerável” (1982, p. 43). E, não apenas no direito brasileiro, mas nos estudos do direito penal em diversos países.

Neste sentido, segundo Tavares (1996, p. 21):

“a omissão sempre representou, na verdade, um ponto nebuloso na teoria do delito, que não foi elucidado pela teoria causal e suas variantes, nem pelas teorias que se sucedem, por exemplo, a teoria finalista, as quais continuaram a defrontar-se com dificuldades para equacioná-la”.

O autor, inclusive, dedicando-se largamente ao estudo dos crimes omissivos, levanta os seguintes questionamentos: “a final de contas, o que constitui a omissão? É uma inatividade? Mas, sendo uma inatividade, é modalidade de ação? Será outra categoria de comportamento, que, juntamente com a ação, integra, em seu todo, a conduta humana?” (TAVARES, 1996, p. 21).

Apesar da manifesta controvérsia existente quanto às condutas omissivas, cabe elucidar, posto que elemento de importância ao presente trabalho, algumas considerações sobre as propostas de conceituação.

No âmbito da teoria finalista da ação, de acordo com Welzel (1970, p. 276), *apud* Tavares (1996, p. 21), “seria a omissão, portanto, modalidade de conduta, como inação, que se contrapõe à ação, como modalidade de conduta positiva.”

Para teoria negativa da ação, citamos Herzberg e Jakobs, *apud* Tavares (1998, p. 23-24), os quais partem do princípio da evitabilidade. Para estes autores, a ação seria, então, “a evitável não evitação de um resultado em posição de garantia” (HERZBERG, 1972, p. 174) ou a “realização do resultado evitável” (JAKOBS, 1974, p. 309).

Já com fundamento na teoria personalista de ação, para Roxin (1994, p. 200), *apud* Tavares (1998, p. 28), “a omissão só será considerada como manifestação da personalidade se tomada em referência à ação esperada, a qual vem fundamentada socialmente, antes de sua configuração jurídica em face de deveres sociais que são impostos ao sujeito.”

Segundo Kaufmann (1977, p. 141), *apud* Luiz Régis Prado (2008, p. 2), “a omissão só é possível mediante a inibição de uma decisão de realizar uma ação determinada ou renunciando a uma decisão já tomada de realizar uma ação.”

Para Zaffaroni, não há que se falar em omissões. “Assim o é porque “omitir” não é um puro “não fazer”: “omitir” é apenas “não fazer o que se deve fazer, e este dever não poderá ser

conhecido enquanto não se chega à norma, ou seja, enquanto não se chega à tipicidade (ZAFFARONI, 2011, p. 468)”. Portanto, nas lições do autor, toda conduta que antecede uma referência típica advém de uma ação.

Para o professor argentino, resumindo (ZAFFARONI, 2002, p. 572):

“(a) no plano pré-típico existem apenas ações ou comportamentos; enquanto (b) no plano típico, existem duas estruturas a este respeito, quais sejam, (b1) uma que proíbe os comportamentos que descreve (ativa) e (b2) outro que proíbe os diferentes comportamentos do qual descreve (omissa).”

Entre os penalistas brasileiros, de acordo com Luiz Régis Prado, não fazem parte do conceito de omissão penal a causalidade, nem a finalidade, isso porque, segundo o autor, “o simples fato de o sujeito ter uma atitude passiva deixa evidente a impossibilidade de originar qualquer processo gerador de um resultado, sendo que esse último é imputado sem a existência de qualquer nexos causal” (PRADO, 2008, p. 4).

Em contraponto, para Fragoso, tratar a ação de maneira equivalente à omissão é um equívoco, posto que essa modalidade de crime é diversa da ação. Segundo ele (FRAGOSO, 1982, p. 44), “a omissão não é inércia, sequer é não-fato, tampouco é inatividade corpórea; logo, não é, em suma, o simples não fazer. Sobretudo, é não fazer algo que o sujeito poderia e devia realizar. [...] a omissão constitui forma especial de aparecimento do fato punível”.

O que se percebe, de início, é que conceituar a conduta omissiva de maneira uníssona é uma tarefa árdua, já que são inúmeras as correntes que buscam resolver e oferecer uma resposta. A problemática que emerge desse fato aparenta ser as divergências quanto à causalidade, aspecto que será elucidado em momento oportuno.

Isso posto, o objeto do presente trabalho visa analisar a possível solução de responsabilização penal no âmbito dos crimes cometidos nas empresas modernas, fato que se mostra de difícil resolução, em decorrência, principalmente, da divisão de trabalho e de funções.

Para tanto, contudo, no contexto brasileiro, é preciso ater-se ao disposto no art. 13, §2º, do Código Penal Brasileiro, visto que nenhuma ação – ou omissão – pode ser punível sem que haja base legal.

A considerar a previsão legal supracitada, a doutrina dividiu as condutas omissivas em próprias e impróprias, sendo as primeiras relacionadas à criação do risco pelo agente e as segundas concernentes a riscos alheios, ou seja, criados por terceiros. Essa distinção se faz importante, pois, apesar da controvérsia quanto à conceituação da omissão, a divisão proposta

entre os riscos próprios e impróprios auxilia na compreensão de qual conduta que é penalmente relevante.

4.2 OMISSÃO IMPRÓPRIA: SURGIMENTO DO DEVER DE AGIR.

De antemão, insta consignar que “a omissão penalmente relevante em qualquer de suas modalidades (própria ou imprópria) está sempre fulcrada em uma norma mandamental, que ordena um determinado comportamento” (PRADO, 2008, p. 7). Essa premissa é consubstanciada na atenção ao princípio da legalidade e, caso assim não fosse, haveria uma clara violação a este mandamento constitucional.

Primeiramente, cabe considerar alguns aspectos sobre a omissão própria. Segundo Nucci (2014, p. 177), “são delitos omissivos próprios aqueles cuja conduta envolve um não fazer típico, que pode – ou não – dar causa a um resultado naturalístico”. O que se percebe, pela descrição doutrinária, é que o delito omissivo próprio não se fundamenta em uma posição de garantia, como é o caso da omissão imprópria.

Nesses casos, a omissão do agente é prevista no próprio tipo penal. É o caso, por exemplo, do crime previsto no art. 135 do Código Penal¹⁸ (BRASIL, 1940), que tipifica a omissão de socorro. Em tal delito, a própria tipificação descrita pelo legislador consiste em uma omissão.

“Os crimes omissivos impróprios, por sua vez, são aqueles que envolvem um não fazer, que implica na falta do dever legal de agir, contribuindo, pois, para causar o resultado. Não têm tipos específicos, gerando uma tipicidade por extensão” (NUCCI, 2014, p. 177).

Depreende-se que os delitos de omissão imprópria são configurados na medida em que há o dever de agir, ou seja, a posição de garantidor, quesito já tratado no capítulo II do presente trabalho.

A doutrina ainda realiza uma distinção dentro dos delitos de omissão imprópria, qual seja, as omissões decorrentes de um risco próprio e de riscos alheios (BOTTINI, 2018). Como já demonstrado, há três formas que fundamentam uma posição de garantia: o dever que surge em virtude da lei (o dever legal), a assunção (quando o sujeito assume a posição de garantia) e a ingerência (quando o sujeito cria um risco anterior).

¹⁸ BRASIL, Código Penal (1940), Capítulo III. “Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.”

Ao dizer sobre a omissão pelo risco próprio, considera-se, principalmente, a criação pelo garante de um risco anterior que ensejou um resultado típico.

Ao que parece, nestes casos, trata-se de uma falha por parte do garantidor. No contexto contemporâneo, sustenta-se que se vive em uma sociedade de riscos. A questão axial é a necessidade de manter tais riscos nos parâmetros permitidos (BOTTINI, 2018, p. 119-120). O garante, portanto, se realizar uma conduta que naturalmente enseja uma situação de risco, e este é permitido pelo ordenamento, deve estar atento para que a situação não extrapole os limites tolerados. Em outras palavras, “são os casos em que a omissão será o fenômeno que faz com que o risco ultrapasse os limites autorizados” (BOTTINI, 2018, p. 118).

Neste sentido, sobre as omissões por risco próprio, na lição de Pierpaolo Cruz Bottini (2018, p. 117):

“A criação de riscos próprios gera um dever de agir. Esse dever de agir surge quando a conduta positiva é necessária para manter o risco criado nos limites permitidos, ou para restituí-lo a esse patamar. A omissão, portanto, será caracterizada como uma falha na gestão no risco criado pelo comportamento inicial, e não administrado de forma cuidadosa pelo omitente. Trata-se de uma inatividade associada ao risco não permitido, cujo desvalor é equiparável ao da comissão, porque fundado na ideia de não lesão, que impõe que cada um organizasse seu mundo de vida e a gestão de sua organização de forma a não afetar o espaço de gestão alheia”.

Portanto, a ação e a omissão são condutas relevantes e equivalentes quando integram o âmbito de organização de um indivíduo, ou seja, quando manejam um risco próprio, criado por uma conduta positiva inicial do próprio agente (BOTTINI, 2018, p. 119). No caso dos riscos próprios, o que se enseja, por vezes, é a configuração do resultado típico pela comissão por omissão. Nesses casos, ambas as formas de comportamento estão compreendidas no tipo penal, ainda que esse não faça referência expressa à modalidade omissiva de conduta (BOTTINI, 2018, p. 119).

A omissão diante de riscos próprios está abrangida pelo tipo penal da Parte Especial do Código Penal, mesmo que sua redação não indique expressamente um ato omissivo, como é o caso do homicídio, sendo desnecessária uma cláusula geral de equiparação (BOTTINI, p. 116).

O supracitado ponto é relevante, pois quando se diz sobre a omissão e os riscos alheios, ressalta-se a necessidade da criação de uma cláusula penal que fundamente a imputação por omissão, em atenção ao princípio da legalidade.

Dessa forma, quando a discussão não tange à omissão própria, aquela que consiste em uma conduta omissiva descrita no próprio tipo penal, deve-se partir de uma figura típica da parte especial e é analisado se a omissão de um garantidor em conformidade com o disposto no

art. 13, §2º do CP, do que decorre que a situação de perigo não estará, normalmente, descrita diretamente no tipo penal (ESTELLITA, 2017, p. 240).

A figura prevista no art. 13, §2º do Código Penal é o que possibilita, por meio da omissão imprópria, imputar um tipo penal construído com um núcleo que, via de regra, pressupõe uma situação típica de uma conduta comissiva. Há uma discussão na doutrina se os tipos penais, ainda que comissivos, admitiriam implicitamente a conduta omissiva. Dessa forma, se assim fosse, seria desnecessária uma regra geral que dispusesse sobre a omissão, como é o caso do art. 13, §2º, do CP.

Neste sentido, segundo BOTTINI (2018, p. 112), “não é possível compreender essa omissão dentro do tipo penal da Parte Especial, quando essa forma de comportamento não esteja expressamente prevista”. Com efeito, nos dizeres do autor, identificar uma conduta omissiva nos crimes de resultado não se faz possível no ponto naturalístico, tampouco sob a égide social. Isso quando não há a existência de uma cláusula geral de adequação (BOTTINI, 2018, p. 113).

“Os tipos penais da parte especial não admitem a imputação de resultado a omissões, quando o risco é alheio ao omitente ou o perigo não decorre de seu âmbito de organização pessoal” (BOTTINI, 2018, p. 113). Logo, no que concerne aos crimes omissivos impróprios, considerando que esse está vinculado aos tipos previstos na parte especial, sua tipicidade dependerá de uma cláusula geral de equiparação, de caráter constitutivo – que, no caso brasileiro, como já exposto, é concretizada pelo §2º do art. 13 do Código Penal.

Neste sentido, quando a omissão ocorre diante de riscos alheios, a conduta não está abrangida pelo tipo penal e será exigida uma cláusula legal de equiparação expressa – como aquela prevista nas alíneas a e b do §2º do art. 13 do CP.

Antes de adentrar nas especificidades da omissão por riscos alheios, cabe ressaltar que “a vida em comum exige que certas pessoas, diante de determinados contextos, ajam para proteger ou salvar bens jurídicos de riscos estranhos ao seu âmbito de organização pessoal e de riscos alheios criados por terceiros ou pela natureza” (BOTTINI, 2018, p. 119).

Dessa forma, ao contrário do que se entende pela omissão por riscos próprios, quando o agente cria, por meio de uma conduta antecedente, um risco que pode desaguar em um resultado típico, os riscos alheios são consubstanciados em algum fato que é externo à conduta do agente. Os riscos externos podem ser coisas ou pessoas, por exemplo. Tanto é assim que a doutrina já há muito consignou o surgimento de posições de garantia sobre subordinados e objetos.

De todo modo, o que se entende é que “nas hipóteses de riscos alheios, a desestabilização da segurança do bem jurídico não é produto de uma falha de gestão da

competência organizacional omitente, mas de cursos causais externos a ela” (BOTTINI, 2018, p. 120).

A omissão por riscos alheios vem de uma ideia de solidariedade, haja vista que, em decorrência da posição de garantia para com um bem jurídico, o indivíduo ainda deterá o dever de observância às condições alheias à sua ação (BOTTINI, 2018, p. 119). Esse fator, por exemplo, é o que sustenta a necessidade de uma cláusula de equivalência que, no Ordenamento Jurídico pátrio, consolidou-se no art. 13 do Código Penal. Em contraponto, a criação de riscos próprios parece estar conectada à ideia da ingerência, que admite que o indivíduo criou um risco antecedente e, ao não o manter nos limites permitidos, produziu um resultado típico.

Bottini (2018, p. 121), de modo a sintetizar e concluir este panorama, elucida que:

“Em conclusão, nos riscos próprios, a configuração de um risco não permitido viola o dever de não lesar. Nesse âmbito, ação e omissão são equipáveis, desde que integrem contexto de gestão organizacional do indivíduo. Já diante de riscos alheios, o desvalor da omissão se sustenta em uma ideia de solidariedade que, embora importante para o funcionamento social, não tem o mesmo valor do princípio de não lesão de terceiros mediante comportamento próprios”.

Portanto, faz-se necessário que os garantes protejam os bens jurídicos de eventuais riscos produzidos por si mesmos, bem como pelos riscos alheios. Esse dever para com os riscos alheios, o qual pela superveniência da inobservância pode acarretar um crime omissivo, nasce pela própria lei, que o prevê seja pelo dever legal, pela assunção ou pela ingerência.

“Estes casos de omissão por riscos alheios podem exsurgir nos casos do dever dos pais em relação aos filhos, ou dos deveres de proteção inerente ao exercício de certas profissões, como médico, bombeiro, salva-vidas etc.” (BOTTINI, 2018, p. 119). Percebe-se que essas condutas omissivas estão engendradas às posições de garantia primárias, que consistem nos deveres de controle, proteção e/ou vigilância direta da fonte de risco.

Dessa forma, o surgimento do dever de agir se dá com a possibilidade de ocorrência do resultado (termo que será exposto a seguir). Assim, na iminência de uma conduta que venha a colocar o bem jurídico tutelado em risco, em perigo, nasce o ponto de partida do dever de agir do garantidor para evitação do resultado típico. “Essa situação de perigo é uma fase na qual o resultado ameaça ocorrer, mas que ainda pode ser revertida por meio de uma ação” (ESTELLITA, 2017, p. 240).

Portanto, essa ameaça ao bem jurídico é que ativa o dever de agir do garante. Ou seja, trata-se de uma ação por parte do garantidor visando, justamente em decorrência de sua posição de garantia, proteger o bem jurídico envolvido.

Este ponto é de suma importância para a controvérsia aqui exposta. Veja-se que, se a iminência da conduta que lese ao bem jurídico, por essa fonte de risco alheio, não haverá que se falar na ativação do dever de agir para evitar um resultado pelo garantidor.

Ato contínuo, se na inobservância de conduta externa que venha a pôr em risco o bem jurídico, haverá a ativação do dever de agir pelo garantidor, seja porque ele tem o dever legal, ou porque o assumiu, ou, enfim, porque criou um risco anterior (ingerência).

De todo modo, ao que parece, o perigo ao bem jurídico é o momento em que se faz necessária uma conduta por parte do garantidor para evitar um resultado típico.

4.3 TIPICIDADE DA OMISSÃO IMPRÓPRIA

Ao longo do presente trabalho, mencionou-se os crimes omissivos impróprios como possível resposta à problemática da imputação penal no contexto das empresas hodiernas. Para tanto, elucidou-se que o crime omissivo impróprio pressupõe que o agente ocupe uma posição de garantia, o que enseja o dever de agir para evitar um resultado.

Conectado ao pressuposto acima citado, elucidou-se o panorama das posições de garantia e, também, mencionou-se que em decorrência dos procedimentos internos e organizacionais da empresa há uma multiplicação, considerando o ato de delegar competências, dessas posições de garantia.

Esses, por certo, são aspectos inerentes à controvérsia aqui apresentada. O que se segue, contudo, é que a análise da imputação não pode ser calcada apenas na expressão “dever de agir para evitar um resultado”. É manifesto que, partindo da omissão imprópria para resolução da problemática da criminalidade empresarial, essa seria a premissa norteadora, mas a análise do arquétipo de tipicidade faz-se imprescindível, isso porque considerar a posição de garantidor e a conduta que seria devida pelo garante é o primeiro passo para fundamentar a imputação penal pelos delitos cometidos no contexto da empresa.

Segundo Bottini (2018, p. 112), “na omissão, em regra, não existe a criação de um risco próprio (ao contrário dos crimes comissivos, em que o agente cria o risco não permitido), mas uma inatividade diante de risco alheios, derivados de terceiros ou da natureza, estranhos ao âmbito de organização do agente”. É dessa concepção que se parte, por vezes, para a responsabilização penal.

Aplicar de maneira genérica a conduta omissiva imprópria à cúpula empresarial, contudo, traz à baila uma responsabilização penal direcionada a este setor da empresa, fato que

nem sempre seria justo por falta, inclusive, dos pressupostos de tipicidade que serão trabalhados neste tópico.

Apesar disso, no nosso país, há uma disseminação da ideia de que a mera ocupação de uma posição no órgão administrativo é suficiente para a acusação. Mas, afirmar que esta é *conditio sine qua non* para punibilidade por omissão imprópria parece longe de ser solução de imputação mais justa à luz do Ordenamento Jurídico brasileiro.

Até por isso, muito se disse no presente trabalho que se faz necessária a individualização das condutas para compreensão da responsabilidade. Portanto, afirmar que a mera ocupação de uma posição na cúpula empresarial cumpre como um parâmetro justo de imputação não parece a melhor alternativa para solucionar a controvérsia aqui apresentada, justamente pela organização da empresa, constituída sob a égide da divisão de funções e trabalho.

Segundo Heloisa Estellita (2017, p. 236),

“Os pressupostos para a afirmação da tipicidade de uma determinada conduta como uma omissão imprópria são: a) no âmbito da tipicidade objetiva: a situação típica; a posição de garantidor; a omissão da conduta determinada e exigida de evitação de resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo; o nexo de causalidade e a imputação objetiva do resultado.”

O primeiro aspecto se consubstancia na própria situação típica, ou seja, uma conduta prevista, como o art. 13, §2º do CP se fundamenta em uma cláusula de equivalência, em um tipo penal previsto na Parte Especial do Código Penal. Neste sentido, segundo Zaffaroni (2002, p. 573), “o tipo de omissão objetivo sistemático, por sua natureza, deve primeiro compreender uma situação objetiva que é chamada de situação típica”.

O segundo pressuposto, por sua vez, concerne à evitação do resultado por um dever, advindo de uma posição de garantir que decorre de lei, contrato ou da assunção. Dito isso, faz-se necessário compreender o que seria o resultado à luz do tipo previsto no art. 13, §2º do CP.

Como já dito, a responsabilidade penal por meio da omissão imprópria pressupõe a ocorrência de um resultado. Neste sentido, emergiu na doutrina qual seria a abrangência da referida expressão. Dessa forma, discutiu-se se seria configurada a omissão imprópria apenas nos delitos em que há um resultado naturalístico, ou seja, quando a conduta enseja uma modificação/alteração no mundo exterior ou se também restaria configurada no casos de mera conduta, ou melhor dizendo, se a expressão “resultado” refere-se a qualquer “acontecimento típico” (ESTELITTA, 2017, p. 236). Portanto, a discussão sobre a extensão de “resultado” levantou o questionamento se apenas a conduta do agente, ainda que não houvesse qualquer

concretização no mundo exterior, poderia ensejar a responsabilização penal pela omissão imprópria.

Na linha dessa segunda perspectiva, defende-se que a conduta omissiva imprópria prescinde de um resultado naturalístico para sua ocorrência, podendo, portanto, ser configurada pela mera conduta que coloca em risco o bem jurídico protegido ((ESTELLITA, 2017, p. 239-244).

O que fez o legislador penal, em verdade, foi exigir em determinados delitos a concretização no mundo exterior, o que seria denominado pelo resultado naturalístico, que é o caso dos crimes de homicídio e lesão corporal, por exemplo. Apesar disso, todo tipo penal pressupõe a ocorrência de uma conduta que coloque em perigo o bem jurídico. E, por este motivo, defende-se que os crimes omissivos impróprios podem afigurar-se, também, na segunda hipótese.

Neste sentido, segundo Heloisa Estellita (2017, p. 238),

“Parece sustentável, assim, que o termo “resultado”, utilizado no §2º do art. 13, seja interpretado desta última maneira: como ofensa (perigo ou lesão) ao bem jurídico; o que, numa compreensão do tipo como descritor de condutas perigosas para bens jurídicos, nada mais é do que um “acontecimento típico” ou a situação de perigo abstrata na qual se encontra um bem jurídico.”

Em um primeiro momento, pode-se se duvidar de que as condutas omissivas impróprias possam ser configuradas em casos de mera conduta, já que o dever de agir para evitar o resultado parece ser concretizado quando surge um risco alheio – ou seja, existe um terceiro que cria o risco – pela iminência de uma conduta comissiva típica. Portanto, parece que o tipo omissivo se concretiza quando há necessidade de que o garante aja para evitar um resultado naturalístico.

Apesar disso, ao se analisar a possibilidade da tentativa delitiva, no que tange aos crimes omissivos impróprios, admite-se que o resultado se afigura no momento em que inicia a possível lesão ao bem jurídico. É neste momento, ou seja, na previsibilidade de perigo ao bem jurídico, que se concretiza o dever de agir do garantidor.

“Nesta toada somente se pode falar em aporte omissivo penalmente relevante a partir do início da tentativa do crime pelo terceiro” (ESTELLITA, 2017, p. 241).

“O critério da tentativa (existência de um perigo direto para o bem jurídico) para estabelecer o marco temporal a partir do qual é acionado o dever de agir para evitar o resultado vale tanto para os crimes omissivos impróprios dolosos, como para os culposos” (ESTELLITA, 2017, p. 244). Portanto, como se vê, a partir do critério do crime tentado, admite-se que o início

do resultado se daria na iminência do perigo à lesão ao bem jurídico. E é neste sentido que se dá o marco inicial para o dever de agir do garantidor.

Esse aspecto da tipicidade tem relevância para o contexto dos delitos no âmbito empresarial justamente para compreender quando se dá o marco inicial para a necessidade da ação, por parte do garante, para evitar que os limites extrapolem para limites não permitidos, ou, melhor dizendo, para a evitação da lesão do bem jurídico. É, também, neste momento que se averigua a relevância da conduta para o direito penal, isso porque, como se sabe, há uma vasta legislação extrapenal que se ocupa de responsabilizar, civilmente, os sujeitos que ultrapassam os limites permitidos no bojo da empresa. A questão é, à luz do dever de garante e da situação típica prevista na parte especial do CP, compreender qual conduta é ou não relevante penalmente.

4.3.1 PRESSUPOSTOS DA TIPICIDADE: DEVER DE AGIR, POSSIBILIDADE JURÍDICA E CAPACIDADE FÍSICO-REAL.

Primeiramente, quanto aos pressupostos para restar configurado o tipo penal da conduta omissiva imprópria, é manifesta a necessidade de se analisar se há o dever de agir do garante para evitar o resultado, pois, apenas com este elemento central (o dever de agir) que é possível falar em imputação por omissão imprópria.

No que concerne aos crimes omissivos impróprios, a doutrina elenca três pressupostos para fundamentar a imputação: “a posição de garantidor, a conduta concreta e legalmente exigida de evitação do resultado (possibilidade jurídica agir) e a capacidade físico real de desempenhar a conduta” (ESTELLITA, 2017, p. 246).

Neste mesmo sentido, Bottini (2018, p. 126) elucida que se pode considerar que “ao conceito aparentemente causal previsto no *caput* do artigo 13 são acrescidos elementos normativos e ontológicos, sendo o primeiro o dever de evitar o resultado e o segundo a possibilidade desta evitação”.

A priori, o que se depreende da expressão dever de agir é que o garantidor, tendo o dever de evitar um resultado, detendo capacidade para tanto, deveria ter realizado uma ação esperada (para evitar a lesão ao bem jurídico, ou seja, o resultado), contudo essa ação não foi praticada.

Dessa forma, na lição de Zaffaroni, “o núcleo do tipo objetivo é a externalização de uma conduta diferente da ordenada. Em todos os casos de omissão há uma conduta ordenada” (2002, p. 573).

Esse dever, como já elucidado no presente trabalho, nasce de normas societárias, administrativas, contratos sociais, estatutos, entre outros quesitos, advindos de uma regulação extrapenal, que corroboram na análise do âmbito de competência e, conseqüentemente, nos deveres de agir dos sujeitos, sejam os dirigentes, como também os garantes por assunção. Dessa forma, a estrutura da divisão do trabalho e de função também é uma forma de auxílio, posto que prevê o poder dos superiores hierárquicos em face dos colaboradores.

Dessa forma, a posição de garantidor só se concretiza com o dever para com o bem jurídico.

O segundo pressuposto se relaciona à possibilidade jurídica de agir. Essa é justamente a “determinação do conteúdo do dever concreto do garantidor” (NEUDECKER, p. 276-277, *apud*, ESTELLITA, 2017, p. 249). De modo a exemplificar, pense em um gerente de contabilidade de uma empresa. Por assunção, este assumiu uma posição de garantia para com o referido âmbito, e, portanto, dentro de seu escopo de competências, detinha, via de regra, a possibilidade jurídica de agir. Neste ponto, as normas extrapenais configuram um aspecto relevante, na medida em que, apesar de não serem imprescindíveis no que tange à imputação penal, auxiliam na verificação do conteúdo do dever.

O outro aspecto se refere à capacidade físico-real. Este requisito se relaciona, efetivamente, à capacidade física do garantidor. Suponha-se que o referido gerente, no caso supracitado, sofra um acidente momento antes de comunicar o superior sobre eventual fraude no departamento financeiro. Por certo, este detinha o dever de evitar o resultado típico, mas na superveniência de um acidente, o pressuposto da capacidade físico-real de agir é obstado e, portanto, a omissão concretizada não seria punível (ESTELLITA, 2017, p. 248-249).

Segundo Zaffaroni (2002, p. 574):

“Los casos de atipicidad por imposibilidad de realizar la acción ordenada y los de ausencia de conducta se distinguen porque en los últimos no sólo no existe posibilidad de realizar la acción ordenada sino de realizar cualquier acción (pierde la consciencia, está sometido a fuerza física irresistible porque lo han amordazado y maniatado), o sea, que no hay un *aliud agere* cuya tipicidad deba averiguarse.”

No contexto empresarial, portanto, depreende-se que as normas extrapenais e a estrutura organizacional da empresa causam um impacto direto nos requisitos para imputação penal. Isto porque, mais uma vez, ainda que não sejam questões intrínsecas à seara penal, são, manifestamente, condições que auxiliam na compreensão do âmbito de competência de cada sujeito que compõe o quadro diretivo e colaborativo da empresa, seja por meio de contratos,

estatutos, etc., como também, pois, é a partir da divisão de função e de trabalho, que nascem nas diversas posições de garantidor.

A doutrina muito discute sobre certa subsidiariedade do direito penal. Até, porque, o próprio ordenamento, prevê a atuação do direito penal como a *ultima ratio*. O que se extrai é que “o direito penal só pode ser utilizado para proteger bens jurídicos ali onde outros instrumentos sancionadores menos atentatórios dos direitos individuais tenham se provado insuficientes” (ESTELLITA, 2017, p. 250).

Ocorre que, no que concerne à possibilidade jurídica de agir, quando analisada a posição do garantidor no contexto empresarial, “essa deve ser aferida concretamente, a partir da estruturação e regulação da empresa, sempre que houver congruência entre a regulação e o exercício fático das atribuições e competências” (ESTELLITA, 2017, p. 251). E neste ponto, ainda que parcialmente, infere-se o direito penal com cunho acessório às normas extrapenais.

E esta acessoriedade, no contexto da empresa moderna, se mostra de maneira considerável. Os bens jurídicos tutelados pelo direito penal econômico, como o erário, sistema financeiro, a administração pública, são todas searas largamente normatizadas de forma extrapenal e, parece, que o legislador se utilizou o direito penal como forma subsidiária para tutela.

Um exemplo que coaduna o exposto anteriormente é a extinção da punibilidade quando há o pagamento do tributo sonegado, suprimido ou omitido. Veja-se que, a Lei 8.317/90 previu os crimes contra ordem tributária visando a tutela do erário. Ocorre que a sistemática tributária no Ordenamento Jurídico pátrio é extensa, inclusive prevendo sanções administrativas e imposições de multas incidentes quando há o não pagamento do tributo. Ainda que a conduta seja dolosa, tendo o contribuinte a intenção de lesar o erário, se durante o processo administrativo tributário o pagamento do montante devido for realizado, ao sujeito não será imputada pena alguma.

4.4 NEXO DE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO.

Analisados os pressupostos da tipicidade na conduta omissiva imprópria, que se consubstanciam no dever de agir, na possibilidade jurídica e na capacidade físico-real de agir, importa, para o panorama da criminalidade na empresa, analisar o nexo de causalidade dos crimes de omissão imprópria.

O nexa causal, pelas lições da doutrina, significa uma conexão entre a conduta do agente e o resultado.

No caso dos crimes omissivos, reiterando o exposto no subtópico anterior, o estopim para o dever de agir do garante se inicia no momento em que o bem jurídico é colocado em risco. Assim, o primeiro passo para o arquétipo causal se iniciaria com a inobservância do garante, ou seja, a falta de um agir para evitar a colocação do bem jurídico tutelado em risco.

Segundo Tavares (1996, p. 14)

“a ação seria a retratação de um procedimento causal que se desdobra, que se desenrola no mundo exterior e produz um acontecimento perceptível, que é o seu resultado. Se o que importa é o processo de produção do resultado, a ação, que se identifica com esse processo, deve ser concebida como causa desse resultado”

Nos crimes omissivos, portanto, o não agir é o que enseja um resultado típico.

Compreende-se que a omissão será penalmente relevante, quer dizer, será a conduta que enseja o resultado, quando esta ação advir de um dever por parte de um sujeito, ou seja, do dever do garante.

No que concerne ao nexa causal, portanto, deve-se considerar que o crime omissivo impróprio estará intrinsecamente ligado a um tipo penal concreto. Veja-se que na conduta omissiva não há uma ação, ao contrário, há uma ação esperada que, não ocorrida, configura um resultado típico pela omissão. Dessa forma, trabalhar o nexa de causalidade nos crimes omissivos impróprios não se afigura como uma tarefa fácil.

A dificuldade em firmar o nexa de causalidade nos crimes omissivos se dá justamente porque a omissão se caracteriza como o não agir. José Ourismar, sobre o quanto dito, expõe que “não há resultado nem causalidade, pois um não fazer (uma não-conduta) não gera nenhuma modificação no mundo exterior, e a não geração de modificação no mundo exterior não depende de nenhuma relação de causalidade” (2015, p. 96)

É preciso partir do caso concreto, considerando a posição do garantidor, para compreender qual seria a conduta esperada desse sujeito em face à iminência de um resultado típico, que seria previsto em um tipo penal concreto, ou seja, um delito qualquer disposto na Parte Especial do Código Penal. Desta feita, só haverá nexa de causalidade na superveniência da falta da ação esperada do garantidor que concretiza um resultado típico, ou como melhor denominado pela doutrina, pela ocorrência do acontecimento típico.

Neste sentido, a concreta ação exigida é o ponto de partida para o exame da causalidade e da imputação objetiva do resultado nos crimes omissivos impróprios e, sem ela, não há

acusação certa (ESTELLITA, 2017, P. 255-256). BELING (1984, p. 176), citado por TAVAVES (1996, p. 19), leciona no mesmo sentido, elucidando que “para fundamentar a causalidade na omissão só se dispunha de um recurso, que era partir da investigação sobre o organismo da pessoa do omitente”. E Bottini (2018, p. 126), sobre o aspecto aqui exposto, consigna que “toda omissão sem a qual o resultado não ocorreria é causal, mas apenas aquelas nas quais exista o poder e o dever de agir do omitente são relevantes para a imputação”.

Portanto, já de antemão, compreende-se que a conduta omissiva será penalmente relevante quando a ação de evitar um resultado seja exigida em razão de uma posição de garantia. Partindo desse ponto, mostra-se importante mencionar que existe a necessidade de compreender se a ação esperada se inclui no âmbito de competência do sujeito.

No julgamento do Habeas Corpus 86715/SP (Superior Tribunal de Justiça, 2009), a ministra Laurita Vaz, reconhecendo a necessidade da individualização da conduta, decidiu no seguinte sentido.

“Com efeito, o simples fato de a Ré trabalhar em empresa supostamente envolvida em esquema criminoso não autoriza a instauração de processo criminal, se não restar comprovado o vínculo entre a conduta e o agente, sob pena de se reconhecer impropriamente a responsabilidade penal objetiva, não admitida no nosso ordenamento jurídico.

É certo que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório (HC 48.611/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 23/06/2008.) Todavia, embora não seja indispensável a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado em tais delitos, não se pode conceber que o órgão acusatório deixe de estabelecer qualquer vínculo entre denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada (HC n.º 82.853/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 28/04/2008.) No caso dos autos, a ausência absoluta de elementos individualizados que apontem a relação entre os fatos delituosos e a autoria, por parte da Paciente, ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando, assim, inepta a denúncia em relação a ela.”

O precedente citado acima demonstra que a mera participação no contexto empresarial não pressupõe que o sujeito componha um eventual esquema delituoso na empresa. E, este fato, não difere da responsabilização da cúpula empresarial em que ocorra a pormenorização das condutas.

Isso porque sempre que se “imputa a alguém a prática de um crime “por ocupar uma posição” na empresa ou na sociedade empresária, o que se faz é violar a letra clara dessa norma” (ESTELLITA, 2017, p. 255). Ou seja, a imputação penal a um sujeito só porque ocupa uma posição, mas sem que haja a análise de sua competência, para verificar se há o dever de agir, deságua em uma situação de renúncia da imputação “de uma ação ou uma omissão determinada

(conduta humana), que é a “causa” desse resultado, olvidando-se que o resultado típico que não seja causado por uma ação ou omissão típica é um irrelevante penal” (ESTELLITA, 2017, p. 255).

Assim, se não há o dever de agir, não há que se falar em relevância da conduta para a seara penal. E esta premissa aplica-se ao contexto da criminalidade na empresa e a responsabilização dos empresários pela mera posição que ocupam. A responsabilização pela ocupação de cargo se mostra contrária à lei em razão de diversos motivos, sendo um deles os quesitos organizacionais da empresa. Pela departamentalização, por exemplo, subdividem-se as competências entre os membros do poder diretivo. Assim, ainda que o sujeito seja o empresário que criou a empresa, nem sempre este terá a competência e o dever de garantia para com determinado bem.

De maneira a exemplificar este aspecto, cabe utilizar o Conselho de Administração. Este órgão do poder diretivo, segundo o art. 142 da LSA¹⁹, tem competência específica, sintetizando, para trabalhar na estratégia geral da empresa, não sendo incumbido de gerir a empresa e, “nem mesmo de supervisão de seus objetos e das pessoas diretamente envolvidas com a sua manutenção e operação abaixo do nível da diretoria” (ESTELLITA, 2017, p. 243).

Todavia, este órgão diretivo é por vezes responsabilizado, ainda que não detenha certas competências, como ocorreu no HC 94.543/STJ. Estellita (2017, p. 243), analisando o HC 94.543/STJ, expõe que:

“do que se colhe do relatório, não houve qualquer menção ao marco inicial da situação de perigo na denúncia, a qual, ademais, **foi dirigida diretamente contra os membros do conselho de administração**, os quais, como vimos, não têm tarefas de gestão da empresa e, nem mesmo de supervisão de seus objetos e das pessoas diretamente envolvidas com sua manutenção e operação do nível da diretora”

¹⁹ BRASIL. Lei das Sociedades por Ações (1976). Seção I. “Art. 142. Compete ao conselho de administração: I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia; II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto; III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos; IV - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132; V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria; VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir; VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição (Vide Lei nº 12.838, de 2013); VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009); IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver; § 1º Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001); § 2º A escolha e a destituição do auditor independente ficará sujeita a veto, devidamente fundamentado, dos conselheiros eleitos na forma do art. 141, § 4º, se houver.

De todo o exposto neste subtópico, o que se pretendeu, até o momento, foi demonstrar que o nexo de causalidade, no tocante às condutas omissivas impróprias, só resta configurado a partir na inexistência da ação esperada do garantidor, por essa ser a conduta que enseja o resultado. Para tanto, individualizar as condutas e os âmbitos de competência é passo imprescindível para a análise da causalidade, a se considerar que o dever de garantia só exsurge quando o agente tem de proteger e vigiar determinado bem jurídico.

A doutrina apresenta duas soluções para o nexo de causalidade nas omissões impróprias: a evitabilidade e a teoria da diminuição do risco.

A primeira, que concerne à evitabilidade, é uma das soluções propostas para revelar quando a omissão não terá relevância na seara penal. Segundo Estellita (2017, p. 257), “essa teoria dispõe que o resultado somente pode ser imputado ao omitente se a prática da conduta devida tivesse evitado o resultado com uma probabilidade próxima da certeza.”

Nesta linha, Zaffaroni defende que, na “tipicidade omissiva, não há nexo causal, precisamente porque deve haver um nexo de evitação” (2002, p. 574). Para o autor, como a causa não foi posta pelo agente, o tipo omissivo não se produzirá por um nexo causal, mas sim um nexo de evitação.

Também MEZGER (1995, p. 99) *apud* TAVAVES (1996, p. 20), consigna o seguinte: “o resultado juridicamente desaprovado teria sido evitado pela ação esperada? Se a resposta for afirmativa, a omissão será considerada causa do resultado”. Pelo questionamento apresentado pelo autor, pode se depreender que também se alinha à teoria da evitabilidade, porque aparenta realizar um juízo de probabilidade.

E no mesmo sentido, BOTTINI (2018, p. 126), diz que “a lei exige uma espécie de *conditio sine qua non* invertida, na qual se constate que a ação exigida evitaria o resultado típico, com a probabilidade próxima da certeza”.

Fragoso, da mesma forma, diz que “a omissão como abstenção de atividade devida, não causa coisa alguma. O não impedimento do resultado se determina através de um juízo hipotético, que é, por sua própria natureza, um juízo de probabilidade” (1982, p. 44).

Tavares (2011, p. 354), também consigna que

“em lugar de se afirmar que a omissão será causa de um resultado quando sua eliminação hipotética implique também a inoccorrência do resultado, deverá se proceder a um juízo negativo: não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão ao bem jurídico. A causalidade, portanto, deve estar vinculada, fundamentalmente, à normal mandamental.”

Portanto, compreende-se, pela teoria da evitabilidade, que a conduta omissiva penalmente relevante se afigura quando há uma manifesta probabilidade de que o agir do garantidor, visando a evitação do resultado, efetivamente viesse a impedir a mudança no mundo exterior, ou seja, a concretização do resultado.

Caso contrário, se o agir do garantidor não figurasse como uma hipótese provável de evitar o resultado no mundo exterior, não haveria relevância penal da omissão.

A segunda hipótese, denominada como Teoria da diminuição do risco, segundo Estellita, contenta-se com a “criação de uma chance de salvamento” (2017, p. 257). Ou seja, a conduta omissiva terá relevância penal se o garantidor, agindo, aumentar as chances de evitar a lesão ao bem jurídico.

Ambas as hipóteses recebem críticas doutrinárias. Quanto à primeira, que se refere à Teoria da evitabilidade, a crítica se fundamenta no fato de que realizar um juízo de probabilidade não é uma tarefa fácil à luz do caso em concreto e, não apenas isso, mas também se diz que essa Teoria acaba por destutelar o bem jurídico. Neste sentido, Heloisa Estellita leciona que (2017, p. 257):

“A fórmula praticamente inviabilizaria, na prática, a imputação do resultado à omissão, já que muito raramente se poderá afirmar com 99 ou 100% de certeza que a prática da conduta devida teria evitado o resultado; e, de outro, que a fórmula deixa desamparado o bem jurídico justamente quando ele mais necessita de proteção. [...] Isso evidencia que a teoria da evitabilidade negaria proteção ao bem jurídico quando ela é mais necessária.”

A Teoria da evitabilidade, dessa forma, parece ofertar uma dificuldade de imputação penal a título de omissão. Isto porque, utilizando-se de exemplo de uma esposa que precisa do socorro do marido, após uma grave agressão por ele provocada, que agiu sem intenção de matar²⁰: se o estado da esposa for muito grave, a ação do marido provavelmente não evitará sua morte, já se o estado não for tão grave, maior a possibilidade de que, se o esposo agir para amparar a esposa, mais chances essa terá de sobreviver. Ocorre que, partindo do referido exemplo, a teoria da evitabilidade deixa o bem jurídico a melhor sorte, posto que, na realidade fática, não há como saber a real probabilidade de salvamento.

Por sua vez, a crítica em relação à Teoria da diminuição do risco se fundamenta no argumento de que “haveria a transformação de crimes de lesão em crimes de perigo e, ainda, violaria a regra processual do *in dubio pro reo*” (ESTELLITA, 2017, p. 258).

²⁰ Exemplo elaborado por GRECO, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten. 2011, p. 675-676, por ESTELLITA, Responsabilidade penal de dirigentes por omissão, 2017, p. 257.

Para ESTELLITA (2017, p. 258), o juízo de causalidade poderá se configurar desde que “a omissão tenha causado seguramente o resultado em sua configuração concreta, ou seja, em um determinado momento e em um determinado local”.

Pelo exposto, a causalidade nos crimes omissivos se dá, até porque esses crimes estão intrinsecamente conectados à um tipo penal da parte especial, considerando uma norma mandamental.

José Ourismar de Oliveira, sintetizando o tema controvertido da causalidade na omissão imprópria faz a seguinte exposição:

“há *resultado* nos crimes omissivos? Sim, está na norma mandamental do tipo e que se pretende evitar. Há *causalidade* nos crimes omissivos? Sim, está prevista na norma mandamental do tipo que se desenvolverá até chegar ao resultado que se quer evitar (2015, p. 98)”

Por todo exposto, é nítido que a questão da causalidade nos delitos omissivos impróprios se mostra controvertida e nebulosa, até os dias de hoje, na doutrina penalista. Isto se dá, justamente, em razão da dificuldade que vigora na doutrina em estabelecer consensos sobre os crimes omissivos impróprios. Neste sentido, Tavares (2015, p. 350), quando expõe sobre o significado da causalidade para a omissão, bem leciona que “a questão aqui controvertida não advém do significado e compreensão da causalidade em si, mas decorre do que se compreende pela omissão”.

4.5 RELEVÂNCIA DA CONDUTA OMISSIVA PARA A CRIMINALIDADE NA EMPRESA.

Dentre as teorias desenvolvidas pela doutrina penalista visando a resolução da problemática de imputação penal no panorama empresarial, uma das soluções apresentadas consiste na responsabilização pelos delitos cometidos por meio das condutas omissivas impróprias, sendo esse o enfoque do presente trabalho.

Como elucidado nos capítulos anteriores, esta forma de imputação pressupõe que os sujeitos que compõem a organização da empresa, sejam alocados na cúpula administrativa, em cargos diretivos, de gerência ou como meros colaboradores, podem vir a ter uma posição de garantia, seja pela criação do risco ou por assunção.

Veja-se que, à primeira vista, o contexto dos crimes omissivos para a criminalidade empresarial parece dúbio. Os “fundadores” da empresa criam o risco inicial, qual seja, a fonte de risco empresa. A partir dessa premissa, pelas lições doutrinárias, haveria uma criação de risco próprio, porque o garante criou risco, devendo mantê-lo nos patamares permitidos, e, caso

isso não ocorra, deveria responder pelos riscos que extrapolaram os limites e desaguaram em condutas delitivas, sejam elas culposas ou dolosas. Contudo, na realidade concreta, a resolução não se aparenta tão simples.

Não se trata, apenas, da criação de risco próprio. A criação da empresa, que é considerada uma fonte de risco, implica também na criação de riscos alheios, afigurados como pessoas e coisas. A empresa é uma fonte de risco, que deve ser mantida nos patamares permitidos (BOTTINI, 2018, p. 133).

Na primeira hipótese apresentada, o dever de garantia decorre da criação do próprio risco, ou seja, inerente à própria atividade. “Trata-se de impedir a extrapolação dos limites do risco permitido, ou evitar que tal extrapolação se desdobre em um resultado típico” (BOTTINI, 2018, p. 131). Em contraponto, no que concerne aos riscos impróprios, há um parâmetro externo à organização do agente que calque o dever de garante, e esse deve sempre constar em um dispositivo legal de adequação (BOTTINI, 2018, p. 131).

Dessa forma, pode-se dizer que a criação da empresa envolve, para o empresário, ambos os riscos. E neste sentido é como elucida Bottini (2018, p. 132), ao consignar que “no âmbito empresarial pode-se dividir a responsabilidade do empresário por omissão da forma estabelecida: responsabilidade diante de riscos próprios e responsabilidade diante de riscos alheios”. Dessa forma, admite-se, em um primeiro momento, “que os executivos/superiores como garantes, que tem o dever de impedir os cursos causais perigosos produzidos pelas coisas e pelas pessoas da empresa” (BOTTINI, 2018, p. 132).

Apesar disso, o cenário da criminalidade na empresa implica uma dificuldade de responsabilização dos superiores hierárquicos, pois estes estão distantes da execução do fato e, não só por isso, mas pelos pressupostos organizacionais da empresa. E quando se diz sobre os pressupostos organizacionais, rememorando todo o exposto no terceiro capítulo deste trabalho, que tratou da estrutura de delegação e departamentalização, cabe reiterar que em decorrência das transferências de competência sobre determinados âmbitos, não se pode, como regra geral, responsabilizar penalmente um sujeito por um delito sem a análise do caso em concreto e do âmbito de competência do garante.

Feitas essas considerações, de maneira a demonstrar a relevância das condutas omissivas para a criminalidade da empresa, a primeira forma implica na responsabilização por comissão por omissão, ou seja, há a criação de risco próprio, podendo este estar nos limites permitidos, ou não. Neste sentido, não necessariamente o agente realizou uma conduta de cunho delituoso. Na verdade, a criação da empresa por si só configura a criação de um risco, seja pela

atividade exercida, seja pela fonte de risco pessoas ou objeto, ou até mesmo pela organização na empresa e a necessidade de dividir as funções e o trabalho²¹.

Dessa forma, no âmbito empresarial, “aquele que cria o risco deve assegurar que esse risco seja mantido nos patamares autorizados e permitidos” (BOTTINI, 2018, p. 133). Todavia, nem sempre há uma inobservância por parte do garantidor, ou seja, a criação de um risco anterior e não permitido. Assim, nada impede a superveniência da omissão imprópria, ou seja, pelos riscos alheios. E isto será configurado quando o sujeito tiver o dever de garantia para com estes riscos alheios, ou seja, detiver algum controle sobre o bem jurídico.

Neste sentido, segundo BOTTINI (p. 134),

“Nesse caso, o foco não é o perigo por eles criado, mas aquele oriundo de outras pessoas ou setores, diante dos quais existe um dever de agir, seja para mantê-los dentro dos limites permitidos, seja para iniciar um processo de salvamento caso saiam do controle. Aqui o resultado não será imputado à omissão por ingerência, mas pela existência de um dever de garante específico, qual seja previsto em lei ou adquirido por assunção (CP, art. 13, a e b)”

No mesmo sentido, quanto a possibilidade de responsabilidade penal por omissão em razão da posição de garantidor, Lascuraín Sánchez (2019, p. 218) leciona que:

"Um sujeito pode responder penalmente porque omite conter um curso de risco que gera um resultado delitivo – incluído como curso a conduta delitiva do outro. [...] E, no marco da empresa, ostenta uma posição de garantia em relação aos riscos próprios da atividade empresarial se é empresário ou se é um delegado do empresário ou se um delegado do empresário”.

Dessa forma, a relevância das condutas omissivas para a criminalidade da empresa se consubstancia no fato de que, em razão dos riscos – sejam eles próprios ou alheios -, o sujeito que ocupa uma posição de garantia terá de controlar a fonte de perigo e, se não o fizer, sua conduta terá relevância penal.

²¹ Admite-se a empresa como fonte de perigo LASCURIÁN SÁNCHEZ (2019); ROXIN (2015); ESTELLITA (2017); DEMETRIO CRESPO (2019).

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou elucidar as nuances pertinentes à criminalidade empresarial, tomando por ponto de partida o dever de garante dos empresários e dos superiores hierárquicos que, em decorrência do princípio da divisão do trabalho, inerente ao funcionamento das empresas modernas, assumem um âmbito de competências.

A criminalidade empresarial, que foi inicialmente estudada em meados do século XX, partindo da perspectiva da Criminologia, trouxe a lume que os delitos não eram cometidos, como até então se defendia, apenas nas baixas camadas sociais. Ao contrário, os homens de negócios também cometiam delitos que lesionam bens jurídicos de caráter difuso. A problemática, por sua vez, surgiu porque os crimes cometidos no contexto das empresas se concretizam por meio de uma correlação de fatores. Contudo, essa fragmentação que compõe o crime cometido nas empresas modernas implica um óbice à imputação penal.

Partindo desse pressuposto, muito se discutiu sobre as eventuais soluções para a controvérsia. Citando alguma delas, em face à responsabilização penal individual pela delinquência empresarial já se utilizaram teorias sobre a responsabilização da pessoa jurídica, a responsabilização de baixo para cima (começando dos colaboradores até a cúpula empresarial) e de cima para baixo (responsabilização direta dos administradores).

Nenhuma das soluções, contudo, mostrou-se mais adequada, seja pela impossibilidade legal de sua ocorrência (quando se fala em responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica, com exceção dos casos de crimes ambientais) ou por ferir uma perspectiva de política-criminal (quando se inicia a imputação de baixo para cima).

Neste cenário, a responsabilização penal pelo dever de garantidor surgiu como uma possível solução ante à problemática supracitada. O dever de garante é uma figura que se extrai, no Ordenamento Jurídico brasileiro, do art. 13, §2 do Código Penal e está, portanto, conectado às condutas omissivas.

Pelo dever de garante, pode-se compreender que esse consiste no dever de ação por um sujeito que ocupa uma posição de garantia e deve, portanto, agir para evitar a lesão ao bem jurídico. Neste sentido, o que se pode extrair do conceito é que há uma relação direta entre o sujeito e o bem jurídico, sem a qual não haveria responsabilização penal, ou seja, se inexistente a relação jurídica entre esses, não há dever de garantia e, conseqüentemente, não haverá relevância penal.

O fundamento para a posição de garantidor, de maneira sintética, advém, então, da relação para com o bem jurídico e do controle sobre uma fonte de perigo. Atendo-se ao objeto do presente trabalho, fala-se sobre o controle sobre a fonte de risco empresa.

Os empresários são aqueles que criam o risco inicial, isto porque iniciam a atividade empresarial. Dessa forma, admite-se que as fontes de risco poderão ser, como já dito, a própria empresa e, também, coisas e pessoas.

Dessa forma, nascida a posição do garantidor, este terá deveres de controle e vigilância sobre a fonte de perigo (seja a empresa, coisas ou pessoas). Esses deveres podem surgir não só pela criação do risco inicial, mas também pela assunção. Apesar disso, partindo da empresa como fonte de risco, a doutrina penalista assume que a responsabilização penal dos administradores pela mera ocupação na esfera superior da empresa não é suficiente para fundamentá-la.

A responsabilização pela mera posição começou a ser rechaçada pela doutrina, dentre outros motivos, em decorrência da estrutura organizacional da empresa. Calcada na divisão de trabalho, as empresas modernas se utilizam da delegação e da departamentalização para auxiliar no seu funcionamento, justamente porque apenas os administradores, em empresas de médio e grande porte, não seriam capazes de administrar todos os setores (por exemplo, contábil, tributário, comercial, marketing, etc.)

Por esse motivo, existe a necessidade da ocorrência de uma divisão de funções, a qual pode ser feita pela delegação e pela departamentalização. A primeira consiste na transferência de um âmbito de competências, o que enseja o transpasso, inclusive, de poder de mando, arcabouço de informações e autonomia. Pelo teor da transmissão de determinada competência, o que exsurge é uma nova posição de garantia. Assim sendo, o novo garantidor – por assunção – agora detém deveres de controle e proteção, e o delegante, garantidor originário, deterá deveres de vigilância. Dessa forma, o surgimento de uma nova posição de garantia, pela delegação, não exime o garantidor originário.

A departamentalização, por sua vez, implica em uma divisão de trabalho horizontal que ocorre na esfera superior da empresa. Dessa forma, cada sócio/administrador, estará incumbido de determinada competência, ou, melhor dizendo, de um departamento. Neste caso, há uma discussão sobre a posição de garantia ou não para com os demais setores.

Em ambos os casos, e correlacionando à crítica feita pela doutrina da responsabilização pela mera posição de empresário, faz-se necessária a individualização dos âmbitos de competências e das condutas. Isso porque o dever de garante só se verifica se houver, pelas atribuições fáticas, a relação para com determinado bem jurídico.

Pelo exposto até aqui, cumpre-se ressaltar que os parâmetros supracitados surgem pelo risco da atividade. Como se sabe, toda atividade pressupõe a criação de um risco, e na seara empresarial importa que os riscos inerentes sejam mantidos nos patamares permitidos, porque a extrapolação pode desaguar na concretização de um ilícito e, então, na responsabilização penal.

Pode-se concluir, parcialmente, que a responsabilização dos empresários – ainda que esses tenham criados os riscos – só poderia ocorrer se houvesse uma relação direta com o bem jurídico lesionado. Por certo, os empresários são aqueles que criam a fonte de risco, como supramencionado, apesar disso, em decorrência da departamentalização e da delegação, nem sempre esses estarão sujeitos ao dever de garantia, da possibilidade jurídica e da capacidade físico-real de agir (pressupostos da tipicidade da omissão imprópria). Portanto, um primeiro passo que antecede a análise da responsabilização se apoia em compreender o âmbito de competência dos sujeitos, para verificar se há ou não o dever de agir.

A omissão imprópria, coligada ao dever de garantia, foi considerada como uma opção para a responsabilização penal, justamente porque, em razão das estruturas organizacionais da empresa, o delito pode vir a ser cometido de forma fragmentada ou a mando ou por autorresponsabilidade do próprio subordinado. Contudo, qualquer opção que se analise, o superior não tem relação direta com o delito, ou seja, não executa a conduta que configura um tipo penal.

Dessa forma, a omissão imprópria foi considerada adequada para fazer frente à problemática em tela por ser consubstancia e pensada a partir dos riscos próprios e alheios. Os primeiros conectam-se, com maior adequação, à ingerência. Os segundos, por sua vez, tratam dos riscos alheios ao omitente. E é neste ponto onde reside a conexão com o contexto empresarial.

Pelo exposto, a empresa é uma fonte de risco permitido e deve haver um controle sobre essa. Dessa fonte, decorrem riscos que advém de coisas/pessoas e, inclusive, da atividade empresarial.

Neste sentido, na observância da iminente lesão a bem jurídico, cabe ao garantidor agir para evitá-la e, se não o fizer, poderá concretizar uma conduta omissiva de relevância penal.

O tema da omissão imprópria é controvertido até os dias de hoje na doutrina penalista, porque há certa dificuldade de conceituar e significar, de maneira uníssona, o que pressupõe a conduta. Apesar disso, os três aspectos de tipicidade acima citados - o dever de garantia, a possibilidade jurídica e a capacidade físico-real de agir – são pressupostos para embasar a responsabilização penal pela omissão imprópria. O primeiro pressuposto se refere ao dever de

agir para evitar o resultado. O segundo, concerne ao dever do garantidor. E, por fim, a capacidade físico-real consiste na possibilidade física de que o garante evite a lesão.

Para que a conduta omissiva imprópria seja configurada, portanto, todos os pressupostos de tipicidade devem estar presentes.

Como dito, em razão da complexidade que se verifica em relação à criminalidade empresarial, a doutrina se vale das condutas omissivas como uma possível solução. Ocorre que o tipo penal da omissão imprópria, por si só, também é tema nebuloso na doutrina.

O nexo de causalidade se consubstancia na correlação da conduta do agente e o resultado do crime. Mas, pelas especificidades da omissão, surge a dificuldade de se reconhecer o nexo de causalidade nas condutas omissivas, porque não há uma ação para dar causa, mas apenas uma não ação.

Em razão disso, a doutrina majoritariamente defende a inaplicabilidade do nexo de causalidade nos crimes omissivos impróprios, defendendo a existência de um “nexo de evitabilidade”. Isso porque não há um agir que enseja o resultado, mas tão somente a não evitação do resultado.

Por todo exposto, é possível concluir que a omissão imprópria vem sendo defendida pela doutrina como solução ante à problemática de imputação de responsabilidade penal individual no cenário da criminalidade empresarial porque a relação entre o sujeito (garantidor) para com o bem jurídico se afigura como um arquétipo que advém do direito penal, do qual deve advir a fundamentação.

Não apenas isso, mas em razão da Teoria do Delito ser posta em xeque no panorama empresarial, as soluções calcadas na autoria e participação, ou autoria mediata, não se perfizeram mais adequadamente, considerando os pressupostos no caso em concreto, qual seja, a empresa moderna que se estrutura a partir de parâmetros complexos de divisão de trabalho.

Portanto, a responsabilização penal, à luz do art. 13, §2º do CP, apresenta pressupostos legais que servem como fundamentação para a imputação. Dessa forma, a partir o tipo omissivo e do dever de garantia, a responsabilização penal na criminalidade empresarial parece, do que se extrai de posicionamentos doutrinários, ter de estar calcada na individualização de condutas e compreensão de âmbitos de competências dos empresários – e até dos garantidores por assunção – posto que isso se afigura como a base para se identificar qual a relação do sujeito com o bem lesado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 9, n.º 4, p. 605-626, 1999. Disponível em:

https://www.academia.edu/22654583/A_posi%C3%A7%C3%A3o_de_garante_dos_dirigentes_no_%C3%A2mbito_da_criminalidade_de_empresa. Acesso em 16 de ago. de 2021.

BATISTA, Nilo. Concurso de agentes: **Uma investigação sobre os problemas de autoria e da participação no direito penal brasileiro.** 3ª ed. – Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2005.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades por Ações.** Diário Oficial da União, 17 de dez. de 1976.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 86715/SP. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO "GRANDES LAGOS". CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PACIENTE QUE DESEMPENHARIA A FUNÇÃO DE GERENTE DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA LIDERADA POR SEU GENITOR. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO MÍNIMA DE SUA CONDUTA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECEDENTES. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgamento em 15.09.2009. Diário de Justiça Eletrônico 05.10.2009, Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701607200&dt_publicacao=05/10/2009>. Acesso em 22 de out. de 2021.

BITTENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** v. 1 – 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria.** São Paulo: Marcial Pons, p. 61-141, 2018.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas.** Revista Liberdades, São Paulo, n. 14, p. 61-92, setembro a

dezembro de 2013. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128969. Acesso em: 23 ago. 2021.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Definição da categoria "responsabilidade penal do superior pela não evitação de crimes cometidos por subordinados" a partir dos seus próprios limites?** Porto Alegre: Revista de Estudos Criminais, v. 18, n. 75, p. 41-58, 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155231. Acesso em: 23 ago. 2021.

CRESPO, Eduardo Demetrio. **Cuestiones actuales de derecho penal económico.** Espanha: Editorial COLEX, p. 61-87, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/29289278/_2008_Sobre_la_posici%C3%B3n_de_garante_del_empleado_por_la_no_evitaci%C3%B3n_de_delitos_cometidos_por_sus_empleados_en_Serrano_Piedecabras_Demetrio_Crespo_Dir_Cuestiones_actuales_de_Derecho_penal_econ%C3%B3mico_Madrid_Colex_p%C3%A1gs_61_87. Acesso em: 27 de fev. de 2021.

DASSAN, Pedro Augusto Amaral. **A posição de garante no contexto empresarial: contributo ao estudo da responsabilidade do Compliance Officer.** Dissertação de Mestrado, na área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação da Professora Doutora Susana Aires de Sousa. Julho/2017. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/84041/1/Texto_final.pdf>. Acesso em: 22 de ago. de 2021.

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

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Crimes Omissivos no direito Brasileiro.** Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro, nº 33, p. 41-47, janeiro a junho de 1982.

GRECO, Luís. ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.** O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade a empresa. 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons. 2014.

JAKOBS, Gunther. **A imputação objetiva no direito penal;** tradução: André Luis Callegari. – 2ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, p. 250-316, 2006. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=11425. Acesso em: 23 ago. 2021.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais**. In: MANUAL de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Coordenação de Adán MARTÍN NIETO, Eduardo SAAD-DINIZ, Rafael Mendes GOMES. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, p. 199-218, 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=154273. Acesso em: 28 set. 2021.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. **Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados**. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho n. 52, p. 883-914, 1999. Disponível em <<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.039>>. Acesso em 17 de ago. de 2021.

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, anual. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=148898. Acesso em: 27 set. 2021.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: A propósito de la gestión medioambiental**. Barcelona: Atelier, p. 73-117, 2008.

MORILLO-GUGLIELMI, Gisela; LA FUENTE, Javier Esteban de. **Armin Kaufmann y su dogmática sobre los delitos de omisión**. Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 87-118, 2016. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=139269. Acesso em: 23 ago. 2021.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Problemas de autoria y participación en el derecho penal econômico, o como imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el âmbito de la delincuencia econômica**. Revista Penal, n. 9. LA LEY S.A.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, José Ourismar Barros de. **Criminalidade de empresa: análise da situação penal dos superiores empresariais pelo cumprimento de suas ordens e pela omissão do dever de vigilância.** Tese de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2015. <

https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOSASJFZS/1/criminalidade_de_empresa___vers_o_final__jos__ourismar.pdf> Acesso em 21 de ago. de 2021.

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

RÉGIS PRADO, LUIZ. **Algumas notas sobre a omissão punível.** Revista dos Tribunais, vol. 872/2008, p. 433 - 455, junho de 2008.

ROXIN, Imme. **Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 61-77, jan./fev.. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=118468. Acesso em: 6 nov. 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro.** Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, n. 2, p. 29-62, 2005. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76054. Acesso em: 23 ago. 2021.

SILVA SANCHÉZ, Jesus Maria. **Teoria del delito y derecho penal económico.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 327-356, 2012.

SOUSA, Susana Aires de. **A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009. 1 v., 22 cm. (Studia Iuridica, 99. Ad Honorem, 5). Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=80451. Acesso em: 13 set. 2021.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes.** – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. – 2. Ed. – São Paulo: Tirant, 2020.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos Crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria dos crimes omissivos**. 2011. 450 f. Tese – Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/9246>. Acesso em 23 de out. de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. vol. 1 - 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Derecho Penal: parte general** / Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia – 2ª ed. - Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial Y Financiera. 2002.