

nesta hipótese, não é crível que o Poder Público continue mantendo uma instituição ineficiente, deve eliminá-la e suas funções alocadas em outros órgãos ou instituições com maior eficiência.

TITLE: Public institutions and their prerogatives legally established: the citizen diffuse right to guarantees and prerogatives against investigatory acts of the government.

ABSTRACT: The discussion on the admissibility or otherwise of the prosecution presiding criminal investigation of acts has occupied prominent seats in the discussions in academic and political spheres. The repetition of the episode with the central theme precisely this impasse recently occurred between two major Brazilian institutions, prosecutors and police, within a larger context that are acts of corruption committed in the 'corridors' of the main national company, Petrobras, put on the agenda, once again the subject. From a thematic analysis in focus is intended to demonstrate with this article that little or no repercussions for the lives of jurisdictional which institution will preside investigative acts, but in fact regardless of the need for forecasts and legal regulations concerning the rights and guarantees of investigated binding on whatever the investigating authority.

KEYWORDS: Research Power. Prosecutors. Police. Legal Guarantees.

Referências

- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta de Emenda à Constituição nº 37, de 2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>. Acesso em: 29 jun. 2015.
- CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FILHO, F. C. T. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: RT, 2003.
- LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MILARÉ, E. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.
- NUCCI, G. S. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.
- PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. *Inquérito 3.983*. Disponível em: <http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/decisao_suspensao_depoimentos.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Andamento RE 593727*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

A Responsabilização Criminal Individual em Estruturas Empresariais Complexas: uma Análise Aplicada

RODRIGO SÁNCHEZ RIOS

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Università Degli Studi di Roma Tre – La Sapienza, Professor Titular de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Advogado Criminalista.

RAFAEL GUEDES DE CASTRO

Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Professor Titular de Processo Penal da Faculdade Metropolitana de Curitiba; Advogado Criminalista.

RESUMO: Os novos contornos assumidos pela criminalidade econômica produzem inúmeras distorções no campo da responsabilização penal, máxime no que toca à identificação e à individualização da autoria. Tais implicações revestem-se de maior complexidade quando se tratam dos delitos praticados no interior de estruturas empresariais complexas, marcadas pela alta fragmentação de suas estruturas de divisão e delegação de competências. O presente artigo busca, então, identificar as problemáticas centrais oriundas deste quadro, problematizando os principais posicionamentos doutrinários levantados a respeito para, ao final, apontar uma solução plausível. Primeiramente, apresenta-se, através de um levantamento bibliográfico e jurisprudencial, um panorama dos contrastes entre a teoria clássica do delito e as dificuldades geradas pela nova realidade delitiva, contextualizando-se, na sequência, as soluções encontradas pela doutrina e pelos Tribunais. Nada obstante a complexidade impingida por esta nova conjuntura, posiciona-se pela adoção de um conceito material de gestão, consoante o qual a atribuição da responsabilidade penal deverá recair sobre aquele que possua uma posição de garantidor em relação ao bem jurídico lesionado ou exposto a perigo de dano, porém, desde que demonstrado, ademais de uma vinculação formal, os requisitos imprescindíveis à conformação da tipicidade do delito omissivo, sob pena de validar-se um sistema de responsabilização criminal de base claramente objetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Autoria. Gestão Material. Omissão Imprópria. Princípio da Confiança.

SUMÁRIO: 1 Premissas Iniciais. 2 Estruturas Empresariais Complexas e Fatores Criminógenos. 3 Questões Dogmáticas e a Imputação Penal no Núcleo da Empresa. 4 O Princípio da Confiança e a Imputação das Decisões do Conselho de Administração. 5 Considerações Finais. 6. Bibliografia.

1 Premissas Iniciais

O cenário hodierno de progresso e revolução tecnológica que permeia a sociedade atual e revela o aprimoramento das formas, âmbitos e modalidades de delinquência não é em si “recente”. Por outro lado, não existe qualquer consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca dos limites, definição ou mesmo a legitimidade da intervenção do Direito Penal neste âmbito¹. Ainda assim, tem se sedimentado a ideia de uma *expansão* desenfreada deste ramo da ciência jurídica, repercutindo numa tendência legislativa geral de criação de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de riscos relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia².

No que concerne à criminalidade econômica, tais questões tornam-se assaz tangíveis. Em efeito, em virtude da complexidade dos instrumentos e da sofisticação dos meios com que são executados, os delitos econômicos exigem dos órgãos de persecução uma contínua especialização, acabando por incentivar, sob os auspícios de um Direito Penal *eficaz* na realização de uma máxima de *combate à impunidade e da recuperação dos ativos*, a sobredita flexibilização dos critérios clássicos de imputação e individualização da responsabilidade penal.

Buscando dar solução ao questionamento: “¿porqué los casos de Derecho Penal económico tensionan especialmente a la teoría del delito?”, Silva Sánchez pontua que a teoria do fato punível fora constituída sob o modelo tradicional do delito doloso de ação, por isso mesmo assentada sobre as noções tendencialmente empíricas de causalidade, domínio e intenção, a exemplo dos crimes de homicídio ou contra o patrimônio³. Tal estrutura, entretanto, se mostra ultrapassada frente às problemáticas atuais⁴.

Uma das principais razões para a incompatibilidade deste sistema clássico com a realidade atual se assentam no fato de estarem os crimes econômicos, em sua maioria, relacionados ao denominado *direito penal de empresa*. Isto é,

1 A respeito: TAVARES, Juárez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Trad. Mónica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

2 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11). p. 20.

3 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 99, nov/dez. 2012, p. 327-356. Artigo também publicado na obra coletiva *La Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013.

4 Muito antes, porém, em meados de 1994, Schönemann já apontava as discrepâncias da teoria clássica do delito face à realidade empresarial contemporânea. Destaca o jurista Tedesco as diferentes condições sociais e culturais em meio às quais a ciência penal foi desenvolvida, e para as quais foi destinada a apresentar uma solução, criticando, destarte, as principais definições dos elementos conformadores do conceito analítico do injusto penal. A propósito, vide: SCHÜNEMANN, Bernd. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. In: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 129 e ss.

referidos a um grupo organizado de pessoas fortemente fragmentado e cuja finalidade precípua é de caráter lícito. Destarte, partindo-se deste modelo, a coparticipação de vários sujeitos em uma estrutura hierárquica organizada produz inúmeras distorções: a) A dissociação entre “ação e responsabilidade”, pois o executor direto da ação, não raras vezes, é um subordinado em estado de completa ausência de autonomia decisória; b) a fragmentação dos elementos do tipo, eis que, em “contextos de divisão funcional de trabalho, tanto horizontal como vertical, a execução material, o domínio da informação relevante, a capacidade de decisão e as condições subjetivas de autoria podem diluir-se em sujeitos distintos dentro da estrutura empresarial”⁵; c) a materialização de externalidades derivadas denominadas *dinâmicas de grupo*, é dizer, *déficits cognitivo-valorativos e volitivos* afetar os sujeitos integrantes do grupo⁶. A constatação fática destas considerações sem o necessário respaldo dogmático pode dar lugar, por razões técnicas ou probatórias, à colocação de Schönemann: uma “irresponsabilidade organizada”⁷.

Assentados na premissa de que atribuir posição de garante aos dirigentes de empresas sem que estes sequer possuam efetiva possibilidade de agir nas circunstâncias resulta em insuportável vulneração aos princípios da culpabilidade e da responsabilidade penal subjetiva, e, cientes das complexidades a permear a arquitetura empresarial hodierna, não podemos deixar de refletir acerca dos questionamentos dogmáticos iminentes à individualização da responsabilidade criminal neste contexto. Schönemann, em 2002, já advertia como errônea qualquer solução parcial ou simplista ao problema. Deve-se, ao revés, desprezar qualquer posição extrema, no sentido de ultrapassar os limites da imputação individual de modo a viabilizar uma responsabilização penal aos diretos da empresa por todo e qualquer delito perpetrado no interior desta, ou mesmo em excluir-lhes, inadvertidamente, qualquer responsabilidade pelos fatos promovidos na conjuntura empresarial⁸.

Uma estrutura empresarial, muitas vezes caracterizada por sua complexidade, distribuição de tarefas e técnicas particulares de gestão, pode requerer dos meios persecutórios disponíveis ao Estado grande esforço para a atribuição de eventual conduta típica, a qual nem sempre observa a técnica adequada. Não é por outra razão que a imputação de crimes cometidos a partir de uma

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., 2012, p. 329.

6 *Ibidem*, p. 328-329.

7 SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *ADPCP*, v. LX, 2002, p. 8. O conceito da “irresponsabilidade organizada” foi trabalhado originalmente por Ulrich Beck em uma perspectiva sociológica quando construiu sua teoria sobre a sociedade de risco. Nesse sentido, dentre outras obras do autor, vide BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2001. p. 82-91.

8 SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa...* Op. cit., p. 4.

empresa necessita de critérios especiais que estejam atrelados de maneira objetiva às esferas de competência previamente estabelecidas na organização, ao sistema de divisão de tarefas que lhe é inerente e, especialmente, ao conhecimento de como funcionam as organizações com o seu método de gestão. Aqui se deve transpor o conceito formal de gestão para o de gestão material, buscando identificar no interior da organização o seu modelo próprio de direção e de divisão de tarefas.

A problemática não se limita às modalidades típicas comissivas. Estas, malgrado a nota de complexidade própria a cada fato delitivo que ultrapasse os limites dos exemplos indicados nos manuais, já se deparam com soluções jurisprudenciais com fulcro doutrinário consistente. O mesmo não se diz, entretanto, quanto às condutas delitivas omissivas, cujos obstáculos – inatos à criminalidade econômica, sobretudo quando confrontados aos paradigmas clássicos da teoria geral do delito⁹ – relacionados, principalmente, à imputação e ao elemento subjetivo do tipo não alcançaram solução consolidada. Tem se advertido, outrossim, sobre a necessidade em desenvolver uma metodologia diferenciadora das diversas categorias de garante em atenção às modernas formas de administração e gestão empresarial, não apenas ante as peculiaridades inerentes às categorias da autoria e participação, senão também a partir das graduações do conteúdo do dever e das consequências de sua infração¹⁰.

De maneira sucinta, Roxin sublinha que a teoria do bem jurídico bem serve a compreensão deste propósito. Consoante sua explanação, o princípio de proteção de bens jurídicos traduz extrema relevância para a dogmática jurídico-penal, sobrepujando suas tradicionais colocações como critério teleológico na exegese dos tipos penais e como parâmetro político criminal à crítica legislativa¹¹. Sob esta perspectiva, tanto para a identificação dos limites entre o dolo e a culpa quanto para a distinção do injusto na autoria e na participação, “o tipo e o modo de menoscabo de um bem jurídico fornece, por si só, um critério idôneo de delimitação dogmática”¹². Ainda que o próprio doutrinador reconheça a necessidade de melhor desenvolver e sistematizar a teoria do injusto penal a partir da concepção de proteção do bem jurídico, destaca igualmente que a aferição da punibilidade dos delitos de omissão imprópria pode ser melhor explicada através deste viés, reafirmando a necessidade de

9 As evidentes diferenças entre a comissão e a omissão na perspectiva da dogmática penal podem ser depreendidas de forma completa no manual de ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II. Traducción y notas Diego-Manuel Peña Luzó et al. Madrid: Civitas, 2014. p. 751-938.

10 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico empresarial. Op. cit., 2012, p. 346.

11 ROXIN, Claus. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 289-307.

12 *Ibidem*, p. 299.

se reconduzir as posições de garante a partir de elementos fundados na ideia de bem jurídico, tal qual Armin Kaufmann e Schünemann anteriormente já o fizeram¹³.

Entende-se, assim, conhecer o modo como se estruturam as organizações é indispensável para possibilitar a correta atribuição de eventual responsabilidade criminal por ato ilícito praticado. A distribuição de competências dentro das múltiplas esferas da estrutura empresarial pode, muitas vezes, contribuir para reafirmar os critérios de autorresponsabilidade e, de outro lado, também esconder as atribuições e competências concretamente assumidas.

2 Estruturas Empresariais Complexas e Fatores Criminógenos

Montaner Fernández identifica a perspectiva da criminalidade de empresa a partir da *gestão empresarial*, conceito que engloba funções como (i) fixação de políticas gerais da empresa, (ii) programação de objetivos e (iii) tarefas de gestão de diária. Para a referida autora, os delitos cometidos a partir da estrutura empresarial são decorrentes de uma má gestão e da falha dos múltiplos mecanismos disponíveis¹⁴.

Em seus tradicionais moldes, o organograma empresarial poderá ser constituído como de estrutura simples ou complexa, sendo a primeira delas a mais elementar, pois adota um modelo de gestão centralizado: um administrador individual dirige e coordena os negócios empresariais e seus subordinados¹⁵. Ocorre que boa parte da problemática a envolver a imputação de responsabilidade penal em crimes cometidos a partir da empresa deriva de sua análise em estruturas empresariais complexas. Na medida em que o sistema de distribuição e delegação de atribuições e competências se afasta do quadro linear acima descrito, as funções de direção e gestão da atividade empresarial diluem-se entre sujeitos distintos distribuídos entre vários patamares da organização.

Tal é o que ocorre em estruturas complexas, nas quais prepondera um modelo de gestão descentralizado com a diversificação das esferas de competência. O poder de gestão e decisão deixa de ser uma função exclusiva do

13 Neste sentido, ver: KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006. Também: SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

14 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medio ambiental*. Barcelona: Atelier, 2008. p. 54.

15 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y derecho penal económico empresarial*. Op. cit., 2012, p. 346.

administrador da empresa, portanto, os delitos que eventualmente surjam da atividade empresarial podem ser atribuídos a diversas pessoas¹⁶.

Assim, em estruturas empresariais complexas as figuras do empresário e do conselho de administração não podem ser confundidas com as funções de direção. Neste contexto, três dimensões devem ser observadas, distinguindo-se entre: (i) *top management*, correspondente à função de gestão estratégica, que englobaria a fixação de políticas da empresa, diversificação dos diversos âmbitos de atividade, abandono e saída de mercados, coordenação dos grandes setores da empresa; (ii) *management médio*, concernente à função de gestão de caráter operacional, a qual situa-se fora da administração da empresa, com deveres de direção, coordenação e controles específicos; e (iii) uma função que se encontra fora da administração, situada na direção inferior da empresa, frente aos seus departamentos¹⁷.

A formulação acerca da necessidade de conhecimento da estrutura empresarial complexa, descentralizada e com funções distribuídas em níveis hierárquicos diversos é essencial para compreender a origem das falhas de gestão. É possível se aventar que o delito possa ser cometido, em razão da contribuição de elementos que, ao invés de contribuir para impedir práticas criminosas, mostraram-se ineficientes. Destarte, tem-se defendido, para além de uma concepção formal que se aproxima do conceito clássico de administrador, a adoção de uma definição de *gestão material*. Tal conceito compreenderia atribuições de direção e competência decisória dentro da empresa, departamento e área, não se referindo somente às funções formalmente atribuídas, mas também, e principalmente, às materialmente adquiridas¹⁸. Desta forma, quanto maior a estrutura da organização, mais ela se distanciaria da clássica separação hierárquica entre superior e funcionário, cuja relação se verá intercalada por diversos outros setores, cada qual premido de funções e competências específicas.

Se é certo que se deve impor determinados limites à imputação penal em caso de crimes realizados a partir da empresa, o conhecimento do funcionamento das organizações e a reconfiguração de sistemas internos de controle podem constituir importantes instrumentos para refrear o crescimento da delinquência no âmbito empresarial.

16 Por isso, Silva Sánchez define que a organização empresarial é um bom exemplo da "interdependência dos indivíduos na vida social", não sendo fácil estabelecer quem é competente para cada função e em que medida. *Ibidem*, 2013, p. 54.

17 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 57.

18 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 55.

É por demais conhecida a discussão no âmbito criminológico acerca do modo como as organizações são capazes de determinar comportamentos criminosos. Em 1939, Edwin Sutherland, em discurso proferido à American Sociological Society, apresentou o termo e respectivo conceito do nominado *white collar crime* como sendo uma espécie de delito praticado por pessoas respeitáveis, de elevado *status* social e no exercício de sua ocupação profissional. A partir de então, Sutherland inaugurou um novo matiz criminológico assentado na análise do comportamento de políticos e empresários no cometimento de crimes econômicos, bem como relacionou o estudo da teoria da associação diferencial, anteriormente desenvolvida para estudo da delinquência juvenil, com os crimes do colarinho branco¹⁹. Esse estudo representa uma primeira forma de compreensão da maneira como se estabelecem as relações em ambientes empresariais e como a prática de condutas criminosas poderia advir da associação diferencial.

Sutherland identificou que algumas empresas pareciam mais suscetíveis para o cometimento de crimes do que outras, e que algumas dessas empresas e indústrias possuíam uma cultura própria, permissiva e de incentivo à prática de ilícitos criminais. Esse é um dos motivos pelos quais, dentro da estrutura empresarial, o processo de contratação de funcionários, afirmava, não é direcionado a delinquentes, mas essas características peculiares influenciam e explicam o fato de algumas organizações serem formadas por pessoas íntegras, as quais, submetidas à ambição que marca uma economia de mercado alicerçada no lucro, aderem a condutas antiéticas e criminosas²⁰.

Enquanto a ideia de que existe uma cultura em certos negócios ou empresas – os quais não só toleram, mas dão suporte à prática de crimes – tenha sido originariamente descrita por Edwin Sutherland, a dimensão sobre os fatores criminógenos que marcam a atividade econômica empresarial na atualidade pode contribuir para estabelecer limites à imputação penal individual bem como para prevenir condutas ilícitas praticadas nos contornos da organização.

A criminologia – disciplina que tradicionalmente tem se encarregado de estudar as causas desencadeadoras de condutas ilícitas e estratégias de prevenção – pode ser relacionada com a implementação de programas de *compliance*, uma vez que este se constitui em ferramenta político-criminal para coibir o

19 SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White collar crime*. United States: Y. L. ...

20 *Idem*, ...

conhecido *corporate crime* e possui a função de assegurar o respeito à legalidade dentro da empresa, prevenindo condutas ilícitas²¹.

Sobre a temática, Nieto Martin indica tratar-se de: “um delito estrutural, no sentido de que a existência de uma corporação implica um maior risco de que apareçam condutas ilícitas por parte de seus empregados”²². Assim, quando se fala no crime cometido no âmbito da empresa como um delito estrutural, pretende-se ressaltar que a conduta delitiva é determinada por fatores ambientais procedentes do grupo, cuja causa determinante é retirada dos moldes da estrutura de poder dentro da corporação. Esta conjectura se explicaria da seguinte forma: existiria um objetivo arraigado como propósito da constituição empresarial, o qual se sobreporia e transcenderia aos interesses individuais de cada sujeito que nela participa, cujos laços de solidariedade em torno desta meta comum sobrepujaria o respeito à legalidade, constituindo, assim, uma *forma desviada de cultura corporativa*²³.

Essa explicação pode abarcar três grandes conjuntos: (i) o primeiro, relacionado aos problemas de imputação, consequência do sistema de organização e divisão do trabalho, com processos de divisão vertical e horizontal, conforme abordado no tópico anterior; (ii) o segundo, lastreado na participação em uma empresa, aumentaria a possibilidade de determinados indivíduos, os quais fora desta estrutura jamais cometeriam um crime, o façam, de acordo com a lógica segundo a qual uma má conduta corporativa propicia a aprendizagem de condutas delitivas. Desse quadro decorre o chamado processo de despersonalização, como um conjunto de pressões desenvolvidas para o resultado que asseguram à empresa a sua continuidade além das pessoas que a compõem.

O terceiro grupo ao qual Nieto Martin faz referência é o mais conhecido fator criminológico do chamado *corporate crime*, o qual também explica as suas particularidades, quais sejam os problemas de circulação dos fluxos de informação dentro da empresa. Seja o empregado frente à direção da empresa, seja a empresa frente ao aparato estatal, quem pratica um delito objetiva que o seu conhecimento jamais chegue a um terceiro. Da mesma forma, os obstáculos que impedem a perfeita circulação de informação podem advir do sistema de divisão de trabalho, eis que quem realiza a atividade operacional nem sempre tem discernimento suficiente para compreender a amplitude de seu significado²⁴.

21 NIETO MARTIN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.). *Manual de cumplimiento normativo penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 26.

22 NIETO MARTIN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Iustel, 2008. p. 40.

23 *Idem*, 2015, p. 26.

24 NIETO MARTÍN, Adán. *Op. cit.*, 2008, p. 41.

Neste último ponto, Mansdorfer, ao analisar a responsabilidade criminal individual em um grupo, assinala que geralmente o indivíduo, devido à divisão de trabalho, pode perder a sensibilidade para perceber alguns riscos que circundam a sua atuação. O sujeito depende de informações para que esteja em condições de atuar de maneira segura²⁵. É aqui que o fator criminológico mais se sobressai no âmbito dos crimes empresariais, influenciando a responsabilização criminal individual em grandes estruturas marcadas por uma ampla fragmentação das atividades laborais e uma significativa distribuição de competências entre as diversas camadas de gestão. Sob tal panorama, garantir um adequado fluxo de informação torna-se imprescindível²⁶.

A comunicação entre as diversas esferas da organização empresarial contribuirá para uma gestão material eficaz, cuja primeira consequência será a redução e o controle dos fatores que incrementem o risco de condutas ilícitas, sejam elas de suas mais variadas formas. De igual modo, Pastor Muñoz observa que uma das causas destinadas a contribuir para a delinquência no âmbito da empresa está ligada à sua própria estrutura e configuração, as quais podem oferecer oportunidades delitivas se conduzidas sem mecanismos de controle. Todas as possibilidades mencionadas, se somadas à internacionalização e ao desenvolvimento da economia, podem ser multiplicadas²⁷.

3 Questões Dogmáticas e a Imputação Penal no Núcleo da Empresa

Os distintos planos de organização observados nas modernas estruturas empresariais e percebidos mediante as mais variadas formas de divisão de funções e assunção de competências – cada qual peculiar a uma realidade corporativa – demandam uma necessária diferenciação em matéria de Direito Penal aplicado à *criminalidade empresarial*²⁸. Sob este prisma, Yacobucci aponta duas ordens de consequências, a primeira delas relacionada à identificação das regras de autoria e participação, e a outra, especificamente, às normativas pertinentes aos delitos comissivos e omissivos impróprios²⁹. De toda sorte, a revelação de Montaner Fernández mostra-se precisa: “que la actuación delictiva tenga lugar a través del desarrollo de una actividad colectiva o conjunta

25 MANSDORFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo. Barcelona. *InDret*, 2, 2007, p. 9. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

26 MANSDORFER, Marco. *Op. cit.*, p. 14.

27 PASTOR MUÑOZ, Nuria. Organizaciones culpables. Barcelona. *InDret*, 2, 2006, p. 5. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/340.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

28 YACOBUCCI, Guilherme Jorge. Criterios de imputación penal en la empresa. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Coord.). *Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 72.

29 *Ibidem*, p. 72.

no es óbice a la afirmación de que cada persona que interviene en ella tiene un ámbito propio de responsabilidad³⁰. Significa dizer, pois, que a apreciação dos fatos cometidos no âmbito empresarial deve partir da seguinte premissa: os participantes da atividade empresarial são *autorresponsáveis*, muito embora seja possível e necessário fazer a distinção entre as diferentes graduações desta responsabilidade.

Os problemas concernentes à identificação da autoria e materialidade da criminalidade empresarial encontraram uma primeira tentativa de superação a partir da *práxis* judicial sem o necessário e correlato amparo doutrinário³¹. Com o propósito de oferecer-lhes a melhor solução existem posicionamentos diversos, os quais percorrem desde percepções dogmáticas atinentes à imputação individual, compreendida num âmbito especialmente qualificado de concurso de agentes, até o reconhecimento da possibilidade de responsabilizar penalmente a própria pessoa jurídica³². Quanto a este último posicionamento, Nieto Martín disserta sobre as dificuldades da identificação da responsabilidade individual de cada um dos agentes atuantes no eixo empresarial. Nestes termos, advoga pela imputação penal das pessoas jurídicas, aduzindo que: “atribuir la responsabilidad a la empresa supone un nuevo equilibrio e nel reparto del riesgo entre los socios y administradores, con el fin de optimizar resultados de la atribución de responsabilidad (*optimal location of liability*)”³³.

O primeiro aporte teórico encontrado como lógico à solução destas novas demandas de imputação individual foi a extensão da autoria mediata pelo “domínio dos aparatos de poder” ao âmbito estritamente empresarial, numa tentativa de adequar a teoria formulada por Roxin a um campo que não lhe era natural. Exemplo disso é a jurisprudência do Tribunal Supremo Alemão (BGH), quando da apreciação do denominado caso *Krenz*, oportunamente examinado por Schünemann³⁴. Tal doutrina, ao assegurar, em tese,

30 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 73.

31 Conforme diagnóstico de ESTELLITA, Heloísa. Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal?>>. Acesso em: 17 mar. 2015. p. 1.

32 Debatida há muito na doutrina, e deixada de lado por algum tempo, hodiernamente a discussão doutrinária sobre este tema mostra-se cada vez mais presente, trazendo a lume indagações de viés dogmático e, principalmente, político criminal. Nada obstante sua pertinência, dada a previsão constitucional a respeito no art. 173, § 5º, sua incursão neste debate transborda aos estreitos limites de investigação delineados para este ensaio, máxime por prescindir de uma análise dogmática minudente, aliada ao estudo das medidas cíveis e administrativas cabíveis e que, quiçá, poderiam revelar melhor caminho ao alcance do almejado caráter de intimidação e retribuição quando da constatação de eventuais práticas contrárias ao direito previamente delimitadas. Ainda assim, sobre o tema, por todos, ver: NIETO MARTÍN, Adán. Op. cit., 2008; e TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: *Anuário de Derecho Penal*, Lima: Asociación de Derecho Penal, 1996, p. 240 e ss. Disponível em: <https://www.unifr.ch/dp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2015.

33 NIETO MARTÍN, Adán. Op. cit., 2008, p. 44.

34 SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa*. Op. cit., p. 09.

a responsabilização das esferas superiores de poder no seio da empresa, o chamado “homem de traz”, foi inadvertidamente incorporada pelos Tribunais em verdadeiro contrassenso à sua verdadeira finalidade³⁵.

Nesta senda, deve-se frisar a opção de Roxin por uma via alternativa à imputação quanto à criminalidade de empresa, rechaçando a aplicação das regras sobre a autoria mediata pelo domínio dos aparatos de poder para este fim, por contrariar a própria *ratio essendi* da teoria, dado que nesta espécie delitiva dificilmente observa-se a conformação da plenitude de seus critérios, principalmente no que toca ao seu requisito mais elementar: *estar o aparato de poder absolutamente distanciado do Direito*³⁶.

A questão central, contudo, e como recentemente tem se tornado cada vez mais claro, é que a teoria do domínio do fato – por voltar-se essencialmente à individualização de critérios que permitam identificar as figuras do autor e do partícipe – não possui aplicabilidade quanto aos delitos especiais, isto é, aqueles imprescindíveis de uma qualidade especial do autor, dos quais os crimes omissivos impróprios fazem parte. Disto decorre que nas hipóteses em que a responsabilização dar-se-á por não ter o superior hierárquico exarado um comando para impedir um resultado delitivo, ou por não ter agido nos termos em que impingia um dever, “o que determinará a *condição* de autor ou partícipe é a vinculação ao dever, e não a forma de contribuição concreta (...). Autor é sempre e apenas aquele que possui o dever elevado a requisito do tipo penal em questão”³⁷.

Tomando-se por objeto a análise da conformação objetiva do tipo, precisamente aos critérios atinentes à identificação da autoria delitiva, o estudo quanto às controvérsias concernentes à realização de seu aspecto subjetivo não pertence aos questionamentos tratados neste ensaio. Outrossim, partindo-se da teoria da imputação objetiva por preceito deste estudo, deve-se ter claro que a atribuição da realização típica a um sujeito somente poderá ser levada a

35 Cumpre mencionar, neste ínterim, a equivocada aplicação a ela formulada pelo nosso Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Penal 470, cuja repercussão, fática e teórica, ensejou severas manifestações dos estudiosos sobre o tema. A propósito, vide: LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO; Luís et al. (Coord.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 123-168.

36 ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. 7. ed. alemã Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. Ver também: ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-Journal*, Panóptica, n. 17, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86>>. Acesso em: 13 out. 2015.

37 GRECO, Luís; ASSIS, Augusto; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, vol. 933, p. 61, jul. 2013. Complementam os autores: “os delitos omissivos não podem ser regidos por critérios dos delitos de domínio também porque o ‘domínio do fato’ pressupõe diretamente um controle ativo do curso causal e este não pode ser atingido por um mero não fazer” (p. 66).

efeito uma vez concluída a análise da causalidade e da imputação como critérios diferentes, porém, complementares. A individualização da responsabilidade penal por fatos cometidos desde a empresa não se basta pela simples demonstração da causalidade. Se assim o fosse, retornaríamos às problemáticas enfim superadas, primeiro pelo finalismo, mas, principalmente, pela imputação objetiva. É necessário, pois, após a análise de causa e efeito, identificar quais os pressupostos que permitam *imputar* o resultado a um determinado sujeito³⁸.

Frente a este aspecto de ampla fragmentação de competências e dos processos de criação, decisão e execução dos meios de produção empresariais constata-se, como já se observou, uma multiplicidade de sujeitos ativos ocupando cargos hierárquicos em diferentes níveis. Por conseguinte, vê-se também uma “ambiguidade nas posições de garantia”³⁹. Esses problemas oriundos destas confluências de responsabilidades no âmago da empresa – as quais ocorrem vertical e horizontalmente – impingem a busca pela responsabilização dos altos setores de gestão como novo critério metodológico de imputação jurídico-penal no âmbito empresarial, substituindo a necessidade, oriunda dos padrões dogmáticos clássicos, de responsabilizar o sujeito mais próximo à consumação do delito. Em verdade, exige tornar responsáveis não apenas “aquelas pessoas que tenham cometido materialmente o fato delitivo, pois muitas vezes a conduta meramente executiva do último ato do *iter criminis* realizado, invariavelmente, por um empregado da empresa, não é o mais relevante”⁴⁰. Sob esta vertente, os crimes de omissão imprópria assumem um papel importante.

Não é por acaso que a doutrina reforça o protagonismo assumido pela posição de garante. Assim, há a necessidade de uma teoria que faça a distinção de forma efetiva da posição de garantia, não só mediante a diferenciação de autoria e participação, mas também mediante análise de questões específicas do conteúdo do dever e das consequências da infração. Exemplo desta discussão é a posição de garante do *compliance officer* e do advogado⁴¹.

O tratamento da criminalidade empresarial estudada a partir da perspectiva da *gestão empresarial* conduz à compreensão do crime como resultado de uma *má gestão*⁴². Consoante esclarece Pastor Muñoz, este fenômeno é demasia-

38 Como sintetiza Meini Méndez, o problema resulta, simplesmente, pois: “una vez superada la identificación de quién ha realizado la acción que lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado, y consiste en establecer fórmulas de imputación para atribuir a la persona natural identificada la conducta lesiva. Es pues un problema de imputación de la conducta a un sujeto ya identificado, y no de determinación o identificación de un sujeto responsable”. MEINI MÉNDEZ, Iván Fábio. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima, 1999. p. 146.

39 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La omisión impropia en el derecho penal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2009. p. 450.

40 *Ibidem*, p. 452.

41 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., 2015, p. 35.

42 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 53.

do amplo e abarca tanto hipóteses da criminalidade *intraempresarial*, compreendendo aqueles comportamentos delitivos dirigidos face aos bens jurídicos da própria empresa (*Betriebskriminalität*), quanto da criminalidade *ad extra*⁴³, nos quais os delitos atingem bens jurídicos de terceiros (*Unternehmenskriminalität*), como, por exemplo, o meio ambiente⁴⁴. Na tangente da criminalidade *ad intra*, deve-se ainda individuar as hipóteses de delitos que somente podem ser praticados por pessoas detentoras de *poderes de gestão*⁴⁵, as quais concentram as atribuições de decisão e disposição sobre os interesses da empresa⁴⁶. Esta última forma de criminalidade, como precisamente pontua Pastor Muñoz, tem por núcleo central a *deslealdade* dos diretores ao administrar bens de titularidade da sociedade⁴⁷, razão pela qual torna-se tão significativo o debate acerca das formas e limites de sua imputação⁴⁸. Sem embargo, é na matriz da criminalidade *de*, ou *através* da, empresa (*Unternehmenskriminalität*) que surgem problemas substanciais quanto à atribuição e demonstração probatória da responsabilidade penal⁴⁹.

Não se tem dúvidas de que as variadas formas de organização empresarial influem significativamente em sua dinâmica e, por consequência, atingem a apreciação jurídico-penal. Entretanto, e como anteriormente analisado, entre estas diferentes molduras é possível identificar núcleos de competência que não se modificam, ainda que recebam terminologias diferentes. É sob esta perspectiva que resulta importante a distinção entre os modos *formal* e *material* de gestão.

43 PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?. *In Dret*, 2006, n. 04. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/12213/169333>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

44 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 53.

45 A noção de gestão empresarial deve ser estudada frente às modernas arquiteturas organizacionais de que se valem as empresas, a partir de um viés material, e não meramente formal. Desta feita, na esteira do que preconiza Montaner, a figura do gestor compreenderá “aquela pessoa que possui competências de direção e decisão dentro da empresa, ou, em concreto, dentro de um determinado departamento ou área desta. Por isso, o gestor não necessariamente se confundirá com a pessoa do administrador da empresa”. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 55.

46 PASTOR MUÑOZ, Nuria. Op. cit., p. 3. O mesmo autor, a respeito, refere-se àqueles que possuem *cargos de responsabilidade*.

47 *Ibidem*, p. 3.

48 Ainda sobre a relevância desta diferenciação, Silva Sánchez pontua que dela decorrem duas ordens de responsabilidades para o administrador, é dizer, duas dimensões de um mesmo dever de garante: uma dimensão *ad intra*, orientada à evitação de resultados lesivos para a própria empresa – garante de proteção –, e uma dimensão *ad extra*, voltada à evitação de resultados lesivos cujos efeitos se produzem sobre pessoas externas a partir da atividade dos membros da própria empresa – garante de controle (*Unternehmenskriminalität*). SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-121.

49 SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *DialNet*, 1988. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>>. Acesso em: 22 jul. 2015. p. 529.

As formas descentralizadas de gestão, desde uma perspectiva material, pressupõem a distribuição do poder de decisão entre os diversos patamares da empresa, especializando, assim, cada esfera estrutural que a compõe com a finalidade máxima de agilizar os processos técnicos de produção. Os níveis de descentralização são absolutamente variáveis, conformando-se às necessidades impostas pelas regras de competitividade do mercado, as quais demandam modelos de administração flexíveis e ágeis para o melhor desempenho comercial. Para tanto, como bem observa Montaner Fernández: “transfere-se o poder de decisão até o ponto em que se encontrem os conhecimentos necessários para a tomada de decisão”⁵⁰.

Aceitar esta realidade suscita severos efeitos para a ciência penal: qual o âmbito de responsabilidade dos dirigentes da empresa que não exercem funções operacionais, senão apenas de planejamento estratégico?; há que se falar em posição de garantidor daqueles que possuem competência decisória embora não alocados em cargos de chefia?; qual a afetação da delegação e distribuição de atividades funcionais para a identificação das posições de garantidor?; é possível confirmar a existência de deveres de vigilância?; a quem estes deveres devem ser atribuídos e quais as consequências de sua infração?; qual a relação entre tais deveres de controle e vigilância e a posição de garantidor?

Como anteriormente anotado, as interações empresariais transcendem as tradicionais estruturas lineares para se organizar a partir de níveis funcionais descentralizados, dentre os quais destacam-se os sistemas de descentralização vertical – o qual implica na distribuição do poder de decisão no sentido descendente ao longo da cadeia de autoridade –, e de descentralização horizontal – visível nas hipóteses em que o corpo diretivo delega o poder de decisão a outras pessoas de idêntico nível hierárquico⁵¹.

Na tangente da organização vertical, cumpre observar, mesmo quando a estruturação se dê sob o viés de certa hierarquização, a distribuição dos trabalhos ocorre mediante a *delegação de competências*, e não mera transferência dos encargos de execução de funções. Motivada, dentre outras razões, pela complexidade da atividade, a *delegação* importa no trespassse, em igual tempo, do *poder de decisão* sobre o objeto da delegação, conduzindo a um aumento da autonomia dos partícipes deste setor e, conseqüentemente, à relativização da subordinação e do princípio da hierarquia⁵², dando azo à identificação de uma efetiva *gestão material*.

50 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 61.

51 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 62.

52 *Ibidem*, p. 116.

Assentadas estas premissas, vê-se que o *delegante* – representado pela figura do empresário administrador ou do *top manager*⁵³, detentor de funções de caráter estratégico também sofre a reconfiguração de sua esfera de competência. Enquanto os delegatários assumem a competência material sobre seu âmbito de atividade correspondente, o *delegante* assume uma postura de domínio, ou controle formal sobre o objeto da delegação, cujo exercício, bem ou mal, deverá ser analisado sob uma ótica de submissão ou omissão aos *deveres organizacionais* daí oriundos⁵⁴. Logo, tais considerações, transpassadas ao campo da imputação penal, permitem a conclusão – e aqui fala-se em uma análise de causalidade material, e não imputação, bem como não ignorando hipóteses de um efetivo concurso de agentes – de que a atribuição da comissão (conduta positiva) de um resultado delitivo, via de regra, e quando for o caso, será limitada à pessoa do delegatário⁵⁵. A consequência lógica desta postura é destacada por Schünemann: “com a assunção de competências determinadas também se transmite, e o *ipso*, a posição de garante correspondente”⁵⁶.

Doravante, se é certo que desde uma perspectiva material o gestor geral não possuirá os poderes, ou sequer a possibilidade de intervenção imediata sobre os meios, instrumentos e pessoas que intervêm na empresa, o mesmo, contudo, não é possível afirmar quando a análise é feita sob uma perspectiva formal, precisamente por resguardar em sua própria esfera de competências deveres naturais e residuais de supervisão, controle e vigilância. A resposta a este dilema é assinalada por Montaner Fernández: “Así pues, el fundamento de la imputación de responsabilidad penal al empresario en los supuestos de criminalidade de empresa debe buscarse en la asunción de un *específico compromiso individual de control o de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o de las personas sujetos a supervisión y con relación estrictamente a las actividades propias de la empresa y a hechos*

53 Consoante Montaner, o empresário materializa-se na figura daquele que ocupa a posição mais elevada dentro da estrutura empresarial, e pode ser atribuído a uma ou mais pessoas físicas, assim denominado empresário individual, ou a uma pessoa jurídica, o chamado empresário social. Ainda na esteira das elucidações tecidas por Montaner, verifica-se que o empresário nem sempre condensará em si a propriedade da empresa e a titularidade das funções diretivas da mesma. Há hipóteses em que nos depararemos com a figura do administrador titular, do *top management* (o empresário como gerente) ao lado do empresário titular da função de “financiamento”, ou também denominado sócio, o qual não tem qualquer faculdade de direção, senão unicamente o direito de voto, não participando da gestão da atividade empresarial. *Ibidem*, p. 56.

54 *Ibidem*, p. 118.

55 Cabe a ressalva de que a imputação aos subordinados deverá obedecer a uma minuciosa análise sobre sua consciência acerca do atuar contrário ao dever do superior hierárquico (doloso ou culposo), e sua deliberada opção por tomar parte no plano delitivo (se este assim existir, o que pressupõe um atuar doloso do superior hierárquico), bem como sua decisão consciente de aportar uma contribuição relevante para o alcance deste intento delituoso. Sobre o tema, ver: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís et al. (Coord.) *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

56 SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa*. Op. cit., p. 30.

que él esté en condiciones de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial”⁵⁷.

Remanesce, pois, a necessária identificação dos exatos pressupostos e do alcance destes deveres de controle e vigilância, e, uma vez apresentados em quais termos é legítimo responsabilizar o gestor superior pela infração cometida por seu subordinado⁵⁸, assim como aos diretores de departamento⁵⁹ em relação aos seus supervisionados. Nesta senda, e atentos às especificidades oriundas da delegação de tarefas horizontal e verticalmente em uma empresa, Roxin, Leite e Teixeira reafirmam que a distribuição de tarefas a cada administrador respeita exclusivamente àquele determinado círculo de deveres para o qual o indivíduo apresenta-se como especialmente competente, por isso “uma posição de garantidor deve se orientar, no que diz respeito ao conteúdo e à amplitude, por esse concreto círculo de deveres que o responsável assumiu”⁶⁰.

A preocupação com a precisa delimitação das esferas de responsabilidade dos gestores e diretores de empresa vai para além da imputação penal e suas implicações quanto ao princípio da culpabilidade. Atinge-se também à própria concepção de desenvolvimento econômico e industrial, dada a nota de insegurança jurídica que a acompanha. Na exata delimitação do referencial teórico supracitado: “uma ampla posição de garante com deveres de vigilância também de outros administradores aniquilaria uma estrutura de responsabilidade baseada na divisão do trabalho”⁶¹ e, permite-se aqui o complemento, lançaria efeitos sobre a própria confiabilidade do sistema jurídico assim como, por via reflexa, no sistema de investimentos econômico-financeiros das empresas.

Por certo, a questão central concentra-se em estabelecer se o mero descumprimento destes deveres gerais de controle e vigilância pode fundamentar uma violação, logo, uma responsabilização criminal do superior hierárquico por omissão: não ter dado o comando no sentido de impedir a superveniência do resultado delitivo, ou por ter se absterido de realizar qualquer que fosse a conduta devida⁶².

Como é cediço, a teoria do domínio do fato, desenvolvida por Roxin especificamente para auxiliar na diferenciação e diagnóstico dos diferentes

57 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 117.

58 Os detentores do *management médio*: direção intermédia da empresa aos quais incumbem deveres de direção, coordenação e controle, mais específicos, cf. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 57.

59 Estes, relacionados ao *management baixo*, como, por exemplo, o departamento financeiro, comercial, de publicidade, etc., cf. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 57.

60 ROXIN, Imme; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 112, fev. 2015, p. 61-76.

61 *Ibidem*, p. 74.

62 GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. Op. cit., p. 108.

níveis de autoria, de modo a permitir uma imputação que obedeça aos critérios do princípio da culpabilidade, não pode ser aplicada inadvertidamente às exigências da individualização da responsabilidade penal em estruturas empresariais, máxime no que toca aos delitos omissivos impróprios, uma vez que compreendidos como “delitos especiais”, isto é, delitos que demandam uma característica especial do autor, na qual fundamentará um dever de agir, ou omitir. A *ratio* da proibição, nestes casos, não é a mera violação de deveres ligados ao papel social especial exercido pelo agente. De acordo com o cate-drático de Munique, esta violação de um dever extrapenal não se confunde com o fundamento da sanção, sendo somente determinante para o conceito de autor: “A infração de dever apenas confere um critério para a autoria, não o fundamento da punição, que também nos delitos de infração de dever consiste na lesão de um bem jurídico, e apenas o começo direto da lesão típica do bem jurídico fundamenta, tanto aqui, como no geral, a tentativa”⁶³.

Na experiência comparativa pouco se discute sobre a existência de deveres de garantia dos empresários, ou daqueles lotados em cargos hierarquicamente superiores dentro das sociedades empresariais. O que se tem por indiscutível, contudo, é que a mera enunciação formal de um dever não pode fundamentar automaticamente uma responsabilidade penal: a posição de garantidor e o dever de agir devem balizar-se em noções elementares de direito penal⁶⁴. Destarte, partindo de uma consideração material, Schünemann esclarece que a verdadeira razão para a equiparação entre ação e omissão, o legítimo fundamento para a responsabilização mediante a omissão imprópria é a assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado (deveres de proteção), ou a assunção de uma função de vigilância de uma determinada fonte de perigo (deveres de vigilância)⁶⁵. Objetivamente, a própria empresa é compreendida como uma fonte de perigo que poderá conduzir à lesão de bens jurídicos de terceiros⁶⁶.

Malgrado a intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial observada no cenário comparado referente às fontes dos deveres de garantidor, no Brasil,

63 ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. 7. ed. alemán Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 742.

64 GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. *Idem*, p. 110.

65 SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudios de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 168.

66 Posição defendida por boa parte da doutrina alemã, que diferencia, entretanto, entre um dever de vigilância em relação aos produtos e um dever de vigilância em relação a subordinados. Heine já discorria acerca da necessidade em tratar-se a empresa como uma fonte de perigo digna de vigilância por parte do empresário, precisamente por serem âmbitos de domínio organizado de modo complexo do qual pode resultar graves riscos para terceiros. Sintetizando o pensamento de Heine, assim como refletindo sobre outros posicionamentos dogmáticos sobre o tema, vide: CRESPO, Eduardo Demetrio. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2008.

perfilhando a teoria formal do dever, o legislador infraconstitucional suplantou quaisquer dúvidas sobre a validade dos deveres de garantia resultantes de uma fonte extrapenal⁶⁷ ao definir, nas alíneas do § 2º do art. 13º da Lei Penal substantiva pátria, que: “(...) O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

Uma simplificada exegese, entretanto, e como é notório, não basta. Para além de uma questionável conformação ao princípio da legalidade, por comportar incontáveis extensões à interpretação⁶⁸, ao partir de uma visão estritamente legalista da relação do sujeito para com o objeto de proteção ou em relação à fonte do perigo, ignora-se o próprio ideal de *ultima ratio* do direito penal, desconsiderando sua finalidade de proteção contra lesão ou exposição a perigos reais a um bem jurídico penalmente tutelado, na contramão da postura funcionalista atualmente incorporada ao estudo do direito penal. Significa dizer: a mera violação a um dever imposto por outro ramo do direito não se revela suficiente a legitimar a aplicação do *ius puniendi* estatal⁶⁹. Schünemann, de maneira clara, discorre sobre o que denomina de “confusão entre a imputação jurídico-penal com a violação de um dever jurídico penal” nos delitos de omissão imprópria, asseverando: “não é um dever formal contratual oriundo do direito civil, mas a assunção fática de uma função de proteção sobre o bem jurídico desamparado que origina a equiparação jurídico-penal; o dever contratual de natureza civil não é mais do que um epifenômeno jurídico da posição de garantidor de natureza jurídico-penal”⁷⁰.

Felizmente, nossa redação literal ainda permite ser interpretada a partir de considerações materiais, possibilitando ler as posições de garantidor elencadas no art. 13, § 2º, do CP a partir da sistemática alhures indicada, a qual toma por ponto de partida de compreensão – sobre as posições de garantidor – o controle sobre uma fonte de perigo ou sobre a integridade de um bem⁷¹. A posição ocupada no âmbito da organização empresarial, no contexto dos delitos de infração de dever, importará, assim, tão somente, para a individualização daquele que será considerado *autor*⁷², e não para a fundamentação da

67 TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 315.

68 *Ibidem*, p. 317.

69 GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. Op. cit., p. 81 e ss.

70 SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria. Op. cit., p. 166.

71 GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. Op. cit., p. 110.

72 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Luzon Peña (Coord.). Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 179 et. seq. t. II.

imputação, hipótese que revelaria um verdadeiro exercício de uma responsabilização penal objetiva.

Certos destas premissas, seria possível atestar que tais deveres de controle e vigilância ínsitos às camadas deveras detentoras dos poderes de decisão refletem, ao mesmo tempo, uma posição de *garantidor*, de modo que a distinção entre as variadas graduações destes deveres repercute na apuração dos diferentes níveis de responsabilidade. Schünemann, a propósito, salienta a distinção entre duas diferentes modalidades de dever de garante, segundo a condição do sujeito em relação ao objeto de proteção ou à fonte de perigo, o que auxiliará a verificação da *possibilidade de agir nas circunstâncias*⁷³. Nesta esteira, explica os *deveres primários*, correlatos àqueles posicionados mais próximos à fonte de perigo, pois dotados da competência material em relação a um determinado setor ou departamento; e os *deveres secundários*, estes específicos dos superiores hierárquicos, obrigados à coordenação e ao controle⁷⁴. Tomando por base tais lições, Montaner Fernández classifica esta mesma distinção apontando-os como deveres *residuais* de controle, oriundos de uma delegação de competências (grupo *a*), e deveres *genéricos* de controle (grupo *b*), próprios da posição ocupada pelo sujeito⁷⁵.

Albergados sob a tônica do primeiro grupo, os deveres residuais de controle e vigilância têm sua origem na assunção da competência transferida através da delegação, na qual o delegante se constituirá automaticamente em vigilante da atuação funcional do delegado. Noutra vértice, as obrigações genéricas de controle e vigilância são pressupostos intrínsecos à posição e função próprias do *top manager* e *manager* médio, cuja relação com os demais setores empresariais traduz uma face puramente formal, sem qualquer possibilidade de intervenção direta nos mais específicos domínios ou departamentos da pessoa jurídica⁷⁶, sobretudo por não dispor do conhecimento prévio e atual sobre o que se passa em cada específico âmbito de atividade, e por estar deles separado funcional e, não raras vezes, espacialmente.

73 Sobre os pressupostos à configuração dos delitos de omissão imprópria, vide: TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

74 SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *DialNet*, 1988. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>>. Acesso em: 22 jul. 2015. p. 538.

75 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 160.

76 Silva Sánchez ressalta que a posição de garante do delegante passa a ver-se como secundária, ou residual, a ele não mais competindo o dever de controle direto sobre os focos de riscos supervenientes no âmbito de competência do delegado. Sem embargo, persistem uma série de deveres com objeto diverso, tais quais: “a correta seleção, formação e informação ao delegatário; a disponibilização de todos os meios necessários ao cumprimento das funções e competências delegadas; a coordenação da atuação dos diversos delegatários; e, sobre tudo, o dever de vigilância”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 81)

Em efeito, o delegante, para além de sua relação protocolar com a competência objeto da delegação, reserva para si boa parcela dos poderes de decisão e, por sua própria posição no seio da estrutura organizacional empresarial, está premido de deveres de proteção de bens jurídicos, assim como de vigilância e controle para com as fontes produtoras de perigo. Este dado, amparando-se na construção até aqui sustentada, assim como na narrativa do art. 13, § 2º, *a e b*, de nossa lei penal substantiva, permite atribuir-lhe posição de garantidor, opção que muitas vezes não se revelará como a decisão mais ajustada. Bem por isso, as reflexões de Montaner⁷⁷ mostram-se assaz pertinentes: guardadas as peculiaridades de uma análise casuística aprofundada⁷⁸, a valoração jurídico-penal do comportamento do delegante em relação aos delitos praticados pelo delegado permitiria concluir pela possibilidade de responsabilizá-lo penalmente em virtude de sua omissão.

Frente à construção legal brasileira a mera infração aos deveres de controle e vigilância, por si só, não pode ser suficiente à responsabilização do superior, ainda quando reconhecida sua posição de garantidor. É *communis opinio* que os delitos de omissão imprópria somente serão penalmente relevantes quando da omissão da ação mandada derivar um resultado típico, ilícito e culpável, pois, do contrário, sua conduta será atípica. Partindo de uma análise abrangente, Silva Sánchez constata *uma relação de acessoriedade* como condicionante à sanção pela infração dos deveres de vigilância⁷⁹. Diferentemente, o ordenamento jurídico alemão possui um tipo específico de *infração do dever de vigilância do titular do estabelecimento ou da empresa*, previsto no § 130 do OWiG. Trata-se, entretanto, de infração administrativa classificada como de omissão própria, passível de consumação a título de dolo ou de culpa. Fortemente rechaçada por Schünemann⁸⁰, a aplicação deste dispositivo é apontada como subterfúgio aos casos em que não se consegue demonstrar materialmente a participação do superior hierárquico no ilícito de seu subordinado, constituindo-se funcionalmente como um meio mais simples de assegurar a responsabilização, mesmo que não penalmente.

Ancorados em outra asserção, entretanto, é de se considerar que tais deveres de controle e vigilância não podem ser absolutos. Ignorar tal verdade

77 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 162.

78 Pois o dever de garantidor “depende dos pressupostos conferidos à forma e ao modo da relação entre o omitente e o bem jurídico, bem como entre aquele e as fontes produtoras de perigo”. (TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 320). Esta é, precisamente, a razão que permite equiparar – e deste modo legitimar a responsabilização criminal nestes termos – uma conduta ativa à omissão imprópria. Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., 2013, p. 168: “a verdadeira razão para a equiparação entre a ação e a omissão, a saber: a assunção entre uma função de proteção de um bem jurídico desamparado ou a assunção de uma função de vigilância de uma determinada fonte de perigo”.

79 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. Op. cit., p. 90.

80 SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Op. cit., p. 547.

esvaziaria o sentido da própria delegação de competências e de capacidade decisória. Por complemento, a confluência de atuações dos vários atores da atividade empresarial – em muitas ocasiões, móvel indispensável ao alcance de resultados delitivos – demanda a exata compreensão sobre de que maneira se inter-relacionam os diversos âmbitos de competência identificados na composição empresarial⁸¹. Sob tal aspecto, o princípio da confiança⁸² é apresentado por muitos como um fator limitador das posições de garante⁸³, em contrapartida também dos deveres de controle e vigilância, enquanto critério de delimitação do cuidado objetivo devido.

O cerne desta fundamentação revela, em última análise, que uma vez corretamente selecionada a pessoa do delegado, a partir do balanço de suas qualidades pessoais e profissionais para o desempenho das funções e competências delegadas, o razoável seria que sua relação para com o delegante se veja baseada em parâmetros de confiança⁸⁴. Em suma, confia-se, deste modo, e ao largo de qualquer exame acerca da tipicidade subjetiva, que o delegado – beneficiário da confiança depositada – irá agir dentro dos limites do juridicamente permitido. O delegante, assim, se veria escusado a uma supervisão direta sobre as atribuições transmitidas, e vinculado aos estreitos limites de cuidado e vigilância correspondentes à sua própria função de gestor, contanto que esteja, ele próprio, atuando conforme o Direito. Some-se a isto: o empresário que realize uma delegação defeituosa⁸⁵, ou não proporcione os meios

81 *Ibidem*, p. 121.

82 Em verdade, a situação jurídica deste princípio ainda não alcançou posicionamento doutrinário pacífico. Como se sabe, trata-se de construção jurisprudencial primeiramente voltada à solução de questões atinentes aos delitos de trânsito, e apenas posteriormente abraçada e desenvolvida pela doutrina. Em específico sobre o princípio da confiança, vide o detalhado estudo de MARAVER GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. 2007. 481 f. Tese doctoral – Universidad Autónoma de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid, 2007. Disponível em: <https://repositorio.uam.es/xmliui/bitstream/handle/10486/4398/29644_maraver_gomez_mario.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 jul. 2015; assim como CAMBRAIA, Flávia Siqueira. *O princípio da confiança como critério normativo de imputação: delimitação de âmbitos de responsabilidade penal diante da conduta incorreta de terceiros*. 2015. 164 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

83 Por todos, vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. Op. cit.; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit. p. 125.

84 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. Op. cit., p. 84.

85 Sobre a compreensão do que vem a ser “delegação defeituosa”, vide MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 106 e ss. Em termos breves, todavia, na linha apontada pela mencionada jurista a validade de uma delegação está condicionada, dentre as circunstâncias da estrutura empresarial em que se vê envolta, assim como aliada à discricionariedade do delegante, a critérios como a idoneidade do delegado, cuja análise estará vinculada a sua preparação, capacidade técnica e profissional e experiência na atividade delegada. Se o delegante seleciona uma pessoa que não reúne estas condições diz-se que estará infringindo seu dever *in eligendo* (MONTANER, p. 108). Relevante salientar, no ordenamento brasileiro, em temas de Direito Civil, existe a figura da responsabilidade civil por culpa *in eligendo*. Prevista no art. 933, c/c o art. 932, inciso III, do Código Civil, instituiu-se a possibilidade de *responsabilização objetiva do empregador* ou comitente pelos atos defeituosos praticados por seus “empregados, serviçais ou prepostos no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Sobre o tema, vide: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

adequados à execução das atividades por seus subordinados, igualmente não poderá confiar no adequado cumprimento da tarefa delegada⁸⁶.

Num âmbito de divisão empresarial funcional vertical, todavia, o princípio da confiança não pode ser valorado como um critério de imputação independente e com conteúdo próprio⁸⁷. Silva Sánchez, nesse sentido, aponta que, ao revés, as relações verticais (de hierarquia) são regidas pelo princípio da *desconfiança*, o qual, por sua parte, se traduz precisamente na imposição de deveres de vigilância aos superiores hierárquicos sobre seus subordinados, tendo estes capacidades decisórias, ou não⁸⁸, como, por exemplo: as relações entre um Conselho de Administração e um Conselho Delegado – ou as Comissões Diretivas –, ou entre o Conselho e um Diretor delegado⁸⁹.

Corroborando este raciocínio, pontua-se que os desvios cognitivos intensificados pelas dinâmicas de grupo próprias de arquétipos empresariais “podem operar como ‘fatores de diminuição da responsabilidade’, gerando a necessidade de neutralizar tal diminuição e um conseqüente princípio de desconfiança”⁹⁰. Por isso, quando diante de um organograma empresarial altamente fragmentado e diluído em estratos de competências e atribuições, os *beneficiários com os ganhos exauridos da atividade econômica* (os donos, sócios, dirigentes, etc.), por operarem mediante representantes, “devem instituir mecanismos de vigilância”⁹¹.

4 O Princípio da Confiança e a Imputação das Decisões do Conselho de Administração

Ao se referir às relações entre sujeitos situados em igual linha hierárquica, sob as ditas relações horizontais de poder, pontua Silva Sánchez que, precisamente por se encontrarem posicionados em equivalente camada empresarial, as relações entre os indivíduos sujeitar-se-iam à vigência do princípio da confiança⁹². Ainda que tal afirmação possa parecer de fácil conclusão, e ainda

86 MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Op. cit., p. 133.

87 *Ibidem*, p. 139.

88 Estes deveres de vigilância, a seu turno, seriam decompostos em outros dois deveres: um dever de vigiar para obter o conhecimento dos precisos limites de atuação do subordinado; e, uma vez conhecidas, um dever de neutralizar suas atuações defeituosas.

89 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de los miembros de un Consejo de Administración – a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo. InDret, 2011. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/ editorial_2.11cast.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2015.

90 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: B de F, 2013. p. 170.

91 GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades.” In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 85.

92 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Deberes de los miembros de un Consejo de Administración*. Op. cit., p. 03.

quando não se questione o núcleo conceitual deste princípio, o mesmo não ocorre com o seu alcance, em outros termos, “até quando é possível confiar”⁹³.

De existência facultativa nas demais constituições empresariais, o Conselho de Administração é órgão obrigatório nas Sociedades Anônimas (vide Lei nº 6.404/76). Nestas, constitui órgão de deliberação colegiada cuja competência, dentre outras funções outorgadas especificamente pelo Estatuto ou pelo Regimento Interno da sociedade empresarial, é definida pelo art. 142 da Lei nº 6.404/76. Ao que se extrai da redação literal do mencionado dispositivo, tais atribuições revelam papel de assaz relevância para o pleno desenvolvimento da empresa. Para além de fixar as orientações gerais de metas e planejamento, constituem verdadeiros filtros às atuações dos patamares inferiores, pelo que legalmente lhes é impingido um dever de fiscalização e vigilância das contas, contratos, assim como, e, sobretudo, da gestão dos diretores, cumprindo-lhes, a qualquer tempo, examinar os livros e papéis da companhia.

Malgrado tais funções de fiscalização dos níveis inferiores da estrutura organizacional, situação peculiar é a que se refere às relações entre os próprios membros do Conselho de Administração, na hipótese da superveniência de condutas delitivas. Tal problemática é apontada igualmente por Silva Sánchez, cujas reflexões, muito embora destinadas à legislação espanhola, aplicam-se perfeitamente à nossa realidade, dada a similitude dos dispositivos sobre o tema: diferentemente do que ocorre com os gestores e diretores de departamento, o Conselho de Administração carece de um superior hierárquico que possua o dever de vigiar sua atuação⁹⁴. Sob tais condições, questiona-se acerca da viabilidade em se imputar um dever de vigilância, de cada conselheiro para com seus pares, sobre os atos e os fundamentos de suas decisões no exercício de suas competências. Em meio a esta conjuntura hipotética avultam ao menos duas possibilidades.

A primeira delas diz respeito à formulação de um acordo entre os conselheiros para, conjuntamente – uma vez que cada membro não delibera autonomamente, senão a manifestação de suas decisões, enquanto corpo unitário, é colegiada – praticarem um ilícito, valendo-se de sua posição de órgão fiscalizador. Nestes casos, tratando-se de uma prática evidentemente comissiva, poder-se-ia imputar a responsabilização criminal a título de *coau-*

93 PINÁ ROCHEFORT, Juan Ignacio; COX VIAL, Francisco. Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013. p. 184-213. Também sobre a aplicação do princípio da confiança, mas em uma realidade específica da responsabilidade na atuação médica, vide: PUPPE, Ingeborg. División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. InDret, 382, Barcelona, octubre de 2006.

94 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Deberes de los miembros de un Consejo de Administración*. Op. cit., p. 3.

toria alternativa. A aplicação da coautoria com o auxílio à teoria do domínio do fato nesta constelação de casos é plenamente válida, eis que não se cuida de sua especial modalidade de “domínio dos aparatos organizados de poder”. Tratando-se de autores igualmente responsáveis e em idêntico nível hierárquico, previamente ajustados e com unidade de desígnios, isto é, em casos de estrutura horizontal, sendo certo que cada uma delas contribuiu causalmente para a consecução do resultado delituoso a dúvida resta em como imputar-lhes individualmente o resultado⁹⁵.

Por outro lado, poderíamos pensar na hipótese de ausência de unanimidade de desígnios, na qual apenas um, ou alguns dos Conselheiros optam por, conscientemente, comercializar um produto defeituoso, ou aprovar contas e relatórios sabidamente fraudados ou superfaturados, na contramão da opinião de seus companheiros – mesmo sem a ciência ou dolo dos demais –, todavia, cujo posicionamento logrará se transformar na palavra final do Conselho. O questionamento, ao final, é se cada conselheiro pode ser considerado como detentor de uma posição de garantidor em relação aos atos praticados pelos seus pares, logo, dotado de deveres de vigilância e proteção em grau ainda mais elevado que aqueles já insitos à sua posição, estes, deveres extrapenais. Um tal reconhecimento impediria a incidência da confiança.

Se é possível afirmar pela existência de deveres de garantia recíprocos entre os membros do Conselho de Administração, não lhes poderia exigir que o conteúdo deste dever se traduzisse, tão somente, a um dever de vigiar ou supervisionar os demais conselheiros. Dadas as características próprias de sua configuração, do cargo que ocupam e de sua posição em relação aos seus pares a relação entre os Conselheiros se vê, pois, regida pelo princípio da confiança, cujas bases permite que o sujeito atuante dentro de sua esfera de riscos permitidos possa confiar que o outro situado numa mesma escala hierárquica assim também o fará. Não procede nestes casos a necessidade prmente em estruturas organizacionais verticais de se estabelecer instrumentos de controle e fiscalização sobre o atuar dos demais conselheiros⁹⁶.

O dever de agir surgirá, contudo, quando sobrevenha, para qualquer dos conselheiros, o conhecimento acerca de uma intervenção delitiva alheia, *quando parecer evidente que um dos intervenientes fraudará as expectativas a ele dirigidas pelos demais*. Na colocação de Rochefort: “perde-se o direito de confiar quando dos fatos é possível depreender que aquele ao qual se dirige a confiança não se

95 Sobre a possibilidade de responsabilização de estruturas horizontais a partir da coautoria alternativa, nos moldes na teoria do domínio do fato, veja-se: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. Op. cit., p. 110. Sobre a coautoria alternativa: ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo II. Traducción y notas Diego-Manuel Peña Luzó et al. Madrid: Civitas, 1997.

96 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. Op. cit., p. 97.

comportará segundo o que se espera”⁹⁷. Em outros termos: “desaparece normativamente a confiança quando esta cessa também faticamente”, desencadeando o dever de tomar as medidas possíveis e cabíveis para neutralizar o risco⁹⁸.

Nestes exatos termos, seu silêncio ou ausência de ação poderá dar lugar à responsabilização a título de omissão, desde que demonstrado, em qualquer hipótese, os requisitos à conformação da tipicidade do delito omissivo, notadamente a possibilidade de agir nas circunstâncias, sob pena de instaurar-se uma forma de responsabilização penal objetiva pelo simples fato de ocupar uma posição diretiva.

5 Considerações Finais

Os temas aqui trazidos a lume ensejam estudos além dos estreitos limites deste artigo, porquanto sua finalidade volta-se à problematização de situações cuja atualidade não poderia se revelar mais palpável.

Os novos avanços nas técnicas de estruturação empresarial e divisão de tarefas têm culminado em sérias dificuldades quando transladadas à análise da imputação penal por crimes praticados no interior destas estruturas. Como resultado da especialização e intenso fracionamento das divisões funcionais dentro da empresa, tem se verificado o aumento da criminalidade neste âmbito, fenômeno fortemente marcado pela ideia de impunidade, precisamente em razão da dificuldade em identificar os reais responsáveis pelos resultados criminosos alcançados. A dissociação entre ação e responsabilidade e a fragmentação da execução material dos elementos objetivos do tipo confundem a verificação da responsabilidade penal, atribuindo aos agentes um desmensurado “dever de conhecer”, mesmo quando desprovidos sequer da exata compreensão das consequências da execução daquela específica fração de competência funcional que lhes foi atribuída.

Dadas as peculiaridades do modo de realização destes delitos, consolidou-se o entendimento de que os critérios clássicos de imputação não podem ser simplesmente estendidos ao âmbito da criminalidade empresarial. Deve-se construir uma base dogmática que permita – obedecendo aos objetivos de política criminal e aos pressupostos penais clássicos de garantia – configurar uma estrutura legítima de responsabilização em contrapartida às tão frequentes flexibilizações das regras de imputação, principalmente em razão da natureza dos riscos tutelados pelo direito penal econômico.

97 PINÁ ROCHEFORT, Juan Ignacio; COX VIAL, Francisco. Op. cit., p. 193.

98 *Ibidem*, p. 194.

Partindo-se das premissas aqui consideradas e albergadas sob a temática da gestão material, tem-se que aqueles subordinados os quais não possuam poderes de decisão são *elementos fungíveis* dentro da estrutura organizacional da empresa, e portanto não podem ser responsabilizados penalmente por resultados delituosos oriundos de suas próprias execuções materiais ante o “desconhecimento do significado das consequências de sua ação dada a insuficiente informação que possuem a respeito do funcionamento global da empresa”⁹⁹, ainda que contribuindo causalmente à geração do dano. Penalmente imputáveis seriam, *prima facie*, aqueles cujos cargos ocupados dentro da empresa viabilizem a compreensão de todo o âmbito daquela atuação específica, suas finalidades e meios de realização.

As saídas apresentadas para a problemática da imputação criminal em estruturas empresariais complexas, no mais das vezes objetivando a responsabilização dos diretos da sociedade empresarial, dividem-se, como didaticamente apresenta Demetrio Crespo, em soluções de autoria – as quais percorrem discussões desde as modalidades de autoria mediata à coautoria –, soluções de participação, e soluções pela via da omissão imprópria, esta última cuja aplicação, uma vez bem delimitados e observados os seus pressupostos básicos de incidência, permite resultados harmônicos com o princípio da culpabilidade¹⁰⁰. Em particular quanto à omissão imprópria aplicada à responsabilização em estruturas empresariais, esta é, nas considerações de Martínéz-Buján Pérez: “La verdadera mente importante desde el punto de vista político-criminal y la realmente complicada desde la perspectiva dogmática”¹⁰¹. Permite-se o complemento, o desafio reside em não meramente indicar um sujeito virtualmente garantidor, mas, sim, em identificar e fundamentar adequadamente a existência e os limites de um dever de garantia.

Os delitos praticados no bojo de estruturas empresariais devem ser analisados não apenas sob a perspectiva da conduta imediatamente anterior à superveniência do resultado danoso, senão, para além de uma análise puramente causal, há que atentar-se aos instrumentos mais seguros e legítimos de imputação. É sob este conceito que a responsabilização através da omissão imprópria revela-se como uma interessante saída, especialmente ao nos atentarmos para o fato de que a omissão, simplesmente, configura-se não apenas

99 MEINI MÉNDEZ, Iván Fábio. Seminario Internacional – Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial: 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. 1999. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6451/7841>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

100 DEMETRIO CRESPO, op. cit., p. 29-50.

101 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2007 (DPEE. PG). p. 493.

com a inação, mas com a opção deliberada do garante em realizar qualquer outro ato que não o determinado pela norma preceptiva.

Como espécie de delito de infração de dever, modalidade especial que exige uma qualidade específica do autor, os crimes de omissão imprópria permitem alcançar as camadas da estrutura organizacional da empresa que realmente detêm em si os elementos necessários a uma responsabilização que de fato observe o princípio da culpabilidade, porquanto impõe a necessidade de se buscar, dentro da arquitetura empresarial, aquele sujeito que congregue em si competências decisórias e real conhecimento dos meios fragmentados de execução, sem descuidar da necessidade de averiguar os requisitos à conformação de sua posição de garantidor do bem jurídico vulnerado. O tratamento dogmático dos delitos de infração de dever, nestes casos, não importa em uma penalização automática do detentor da posição de gestão, ao revés, situa-se tão somente como instrumento hábil à delimitação da condição de autor, não prescindindo da demonstração dos caracteres indispensáveis à conformação das categorias de omissão imprópria, notadamente, daqueles reveladores da possibilidade de agir nas circunstâncias.

Tais considerações lançam luz à necessidade de um aparelhamento dos órgãos de persecução, cuja investigação deverá atentar-se à concretude dos casos que se lhes são apresentados, aliada, entretanto, à análise da organização específica de cada estrutura empresarial – suas peculiaridades organizacionais – envolvida no evento delituoso que se pretende investigar, anunciando a necessidade e se “relacionar o tradicional estudo dogmático a estudos da sociologia da organização”¹⁰².

Ao final, referente a qualquer âmbito de responsabilização criminal e, sobretudo à responsabilização em estruturas empresariais complexas, vale a exortação de Silva Sánchez: “é necessário atentar para o risco de uma ‘desnaturalização’ das estruturas da teoria do delito, o risco de incorrer em um hipernormativismo, o qual redunde em um mero formalismo na atribuição de responsabilidades”¹⁰³. Máxime na vertente da conformação da tipicidade subjetiva, há de se ter cautela acerca de sua possível redefinição como mera “infração do dever especialmente intenso de conhecer”¹⁰⁴, valendo-se, muitas vezes, de um alargamento das concepções sobre o dolo eventual na tentativa de suprir a inexistência de tipos culposos a tratar da criminalidade econômico-empresarial, aproximando-se, sob um discurso de combate à impunidade, de uma responsabilização criminal de base claramente objetiva.

102 DEMETRIO CRESPO, op. cit., p. 30.

103 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Teoría del delito y derecho penal económico*. Op. cit., p. 331.

104 *Ibidem*, p. 332.

TITLE: Individual criminal liability in complex corporate structures: an applied analysis.

ABSTRACT: The new ways assumed by economic crime produce numerous distortions in the field of criminal liability, especially regarding the identification and individualization of commission. These implications are of greater complexity when dealing with offenses committed within complex corporate structures, marked by high fragmentation of their division structures and delegation of powers. This article aims at identifying the central issues arising from this scenario, discussing the main opinions of jurists, so to point to a plausible solution. First, by means of a bibliographic and court-precedent survey, an overview is presented of the contrasts between the classical theory of crime and the difficulties created by the new criminal reality, then putting into context the solutions found by jurists and courts. Nonetheless the complexity imposed by this new situation, the positions adopted herein are those of the use of a material concept of management, pursuant to the one in which the attribution of criminal liability should be put on who has a guarantor status in relation to the legal interest that is affected or exposed to danger – however, provided that it is proved, besides some formal bonding, the essential requirements to the suitability of the characterization of the omission offense, under the possibility of a criminal liability system be validated on a clearly objective basis.

KEYWORDS: Commission. Material Management. Unfit Omission. Principle of Trust.

6 Bibliografia

CAMBRAIA, Flávia Siqueira. *O princípio da confiança como critério normativo de imputação*: delimitação de âmbitos de responsabilidade penal diante da conduta incorreta de terceiros. 2015. 164 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2008.

ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economica-traz-desafios-dogmatica-penal?>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO; Luís et al. (Coord.) *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____; LEITE, Alair. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e participe no direito penal. *Revista dos Tribunais*, vol. 933, p. 61, jul. 2013.

GUARAGNI, Fábio André. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). *Compliance e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LEITE, Alair. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e participe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO; Luís et al. (Coord.) *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MANSDORFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo. Barcelona. *InDret*, 2, 2007, p. 9. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

MARAVÉZ GÓMEZ, Mario. *El principio de confianza en derecho penal*: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. 2007. 481 f. Tese doctoral – Universidad Autónoma de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid, 2007. Disponível em: <https://repositorio.uam.es/xmlui/bitstream/handle/10486/4398/29644_maraver_gomez_mario.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Fondo, 1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007 (DPEE. PG).

_____. Seminario Internacional – Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial: 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. 1999. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6451/7841>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

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

NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: MARTÍN, Adán Nieto (Coord.) *Manual de cumplimiento normativo penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Iustel, 2008.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?. *InDret*, 2006, n. 04. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Organizaciones culpables. Barcelona. *InDret*, 2, 2006, p. 5. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/340.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

PINÁ ROCHEFORT, Juan Ignacio; COX VIAL, Francisco. Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.

PUPPE, Ingeborg. División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. *InDret*, 382, Barcelona, octubre de 2006.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La omisión impropia en el derecho penal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2009.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. 7. ed. alemán Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *Derecho penal*: parte general. Tomo II. Traducción y notas Diego-Manuel Peña Luzó et al. Madrid: Civitas, 1997.

_____. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law E-Journal*, Panóptica, n. 17, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86>>. Acesso em: 13 out. 2015.

_____. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROXIN, Imme; LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 112, fev. 2015, p. 61-76.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *DialNet*, 1988. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. In: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

_____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luis (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *ADPCP*, v. LX, 2002.

_____. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

_____. Deberes de los miembros de un Consejo de Administración – a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo. *Indret*, 2011. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/editorial_2.11cast.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2013.

_____. Teoría del delito y derecho penal económico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 99, nov./dez. 2012, p. 327-356.

_____; MIRÓ LLINARES, Fernando. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-collar – criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, feb. 1940, p. 1-12. Disponível em: <<http://cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. *White collar crime*. United States: Yale University, 1983.

TAVARES, Juez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Trad. Mónica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

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

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: *Anuario de Derecho Penal*, Lima: Asociación de Derecho Penal, 1996. Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2015.

YACOBUCCI, Guilherme Jorge. Criterios de imputación penal en la empresa. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Coord.). *Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Ética e Advocacia Criminal

WARLEY BELO

Professor de Graduação da FKMG e da Pós-Graduação da ESA/OABMG; Advogado Criminalista; Mestre em Ciências Penais/UFMG.

RESUMO: Nenhuma faculdade de direito, por melhor que seja, é capaz de, por si só, formar bons advogados. A experiência é algo que se conquista de maneira muito lenta e difícil. Neste trabalho, colocamos alguns posicionamentos compartilhados desde a época da faculdade, passando pelo mestrado e depois na advocacia com o amigo Guilherme José. Foram muitos e variados assuntos, desde a impossibilidade de ser advogado criminalista sem paixão até as dificuldades de se defender inocentes presos, das condenações injustas, de uma justiça penal falha, dentre outros diversos assuntos agrupados em torno de um tema central que é a ética.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Criminal. Experiência. Prática. Ética.

O recém-formado advogado encontra uma barreira muito difícil de ser rompida. É a barreira que divide os bancos escolares dos balcões do fórum. Não há dúvidas de que os livros de prática que temos no mercado são importantes instrumentos para o advogado que inicia sua vida forense, entretanto, os modelos ali apresentados são arcabouços, bases para que o profissional possa, a partir deles, lançar mão de sua experiência para alcançar sucesso em suas petições. Essa experiência, muitas vezes, é inalcançável para aquele que inicia na prática e mesmo para os mais escolarizados que necessitam de uma abordagem mais aprofundada em fatos reais. Deste modo, a educação de um advogado ultrapassa em muito os portões das faculdades de direito. Nenhuma faculdade de direito, por melhor que seja, é capaz de, por si só, formar bons advogados. É a constatação de uma “pequena lacuna metódica”¹. Já me deparei com doutores em Direito que não sabiam redigir uma procuração sem pegar um modelo, outros que opuseram embargos infringentes em decisão de *habeas corpus*, outros, ainda que como advogados de defesa, fizeram todo o trabalho da acusação em audiência de instrução, ou seja, a formação teórica é essencial, mas só ela não é capaz de descortinar todo o universo da prática, porque se aprende mesmo é praticando. O ideal seria unir o conhecimento teórico e

1 BIASOTTI, Carlos. *Lições práticas de processo penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001. p. 1.