

HELOISA ESTELLITA

RESPONSABILIDADE PENAL DE DIRIGENTES DE EMPRESAS POR OMISSÃO

Estudo sobre a responsabilidade omissiva
imprópria de dirigentes de sociedades anônimas,
limitadas e encarregados de cumprimento por
crimes praticados por membros da empresa



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

PREFÁCIO – LUÍS GRECO.....	11
AGRADECIMENTOS	15
ABREVIATURAS.....	17
INTRODUÇÃO	29
A. Sobre a temática deste trabalho	29
B. O grupo de casos que inspirou este trabalho	30
C. Os problemas e sua delimitação	31
1. Localização sistemática	31
2. Delimitação.....	32
D. O ambiente no qual se manifesta o objeto da investigação.....	34
E. Referências a normas extrapenais e definição de algumas expressões	34
F. Finalidade.....	36

CAPÍTULO 1

Imputação de responsabilidade penal na criminalidade de empresa: um panorama das dificuldades	37
A. Imputação de responsabilidade penal na criminalidade de empresa: as dificuldades	37
1. As bases da imputação individual.....	37
2. As características da criminalidade de empresa e o impacto nos critérios de imputação penal individual.....	38

a) Comportamentos coletivos	39
b) Natureza coletiva dos bens jurídicos e a distância entre o agente e a vítima	41
c) Organização, descentralização, coordenação e delegação	42
aa) Impactos quanto a aspectos objetivos.....	43
bb) Impactos quanto a aspectos subjetivos	48
B. As estratégias de responsabilização.....	51
1. Formas de abordagem da responsabilidade penal em casos de divisão de tarefas	52
a) A visão tradicional	52
b) Novo paradigma.....	52
aa) A decisão do BGH no caso Lederspray	53
bb) As duas etapas de imputação da responsabilidade	54
cc) Vantagens	56
dd) Crítica	56
c) Balanço	58
2. Ampliação da responsabilidade penal em direção ao topo da empresa	61
3. Ampliação da responsabilidade em direção à base da empresa...	62
4. Responsabilidade da própria empresa.....	63
a) Impossibilidade	63
b) Intentos de fundamentação	64
c) STF, RE 548.181	67
d) O Memorando Yates	69
e) O direito sancionador.....	69
C. Balanço.....	70
D. Resultados parciais	71

CAPÍTULO 2

A posição de garantidor dos dirigentes de empresa por crimes relativos

à atividade econômica da empresa	75
A. Pressupostos da punibilidade por omissão imprópria	75
1. Introdução	75
2. Uma visão geral dos pressupostos de punibilidade	77
B. A posição de garantidor (art. 13, § 2.º, CPB)	79
1. A alínea “a”: acolhimento da teoria das fontes formais?.....	81
2. A necessidade da fundamentação material da posição de garan- tidor	84
3. Um panorama dos critérios materiais da posição de garantidor ..	88
a) Domínio ou controle sobre o fundamento do resultado.....	88
b) Competências organizativas e institucionais	90
c) Balanço e tomada de posição.....	94
4. Espécies de garantidores	95
a) Introdução	95
b) Garantidores de proteção	96
c) Garantidores de vigilância	99
d) Garantidores por assunção	103
e) Adoção da divisão funcional neste trabalho	104
5. Dever objetivo de cuidado e dever de agir para evitar o resultado típico	105
C. Fundamento material da posição de garantidor dos dirigentes por controle sobre a fonte de perigo empresa.....	108
1. Introdução	108
2. Posição de garantidor em virtude do controle sobre o subordi- nado.....	109
a) Possibilidade de evitar o resultado em virtude do poder de dar instruções e da autoridade do superior.....	109
b) Dever de agir em virtude do poder diretivo do superior.....	110

c) Considerações críticas.....	114
3. Posição de garantidor em virtude do controle sobre a fonte de perigo empresa.....	117
a) Pessoas e objetos como foco de perigos.....	117
b) Pessoas como foco de perigos.....	120
c) Posição de garantidor em virtude de ingerência.....	121
d) Considerações críticas e tomada de posição.....	122
4. Autorresponsabilidade como barreira ao reconhecimento de controle sobre o subordinado?.....	125
D. Posição de garantidor do dirigente por crimes relativos à atividade econômica da empresa: fundamento e pressupostos.....	128
1. A empresa como fonte de perigo permitida.....	128
2. Os dirigentes como garantidores originários.....	130
a) A atuação da pessoa jurídica por meio das pessoas naturais..	131
b) Dirigentes como garantidores originários.....	131
3. Âmbito de vigilância: infrações penais relativas à atividade econômica da empresa.....	134
E. Significado de outros dispositivos legais.....	137
1. Deveres de organização extrapenais.....	137
2. Normas de direito societário (CCB e LSA).....	139
a) Função indiciária da posição de garantidor e função delimitadora.....	139
b) Relevância penal.....	142
3. O art. 2.º da Lei 9.605/1998.....	144
4. Conclusão intermediária.....	145
F. Divisão de funções e delegação de tarefas e seus reflexos no âmbito de vigilância dos garantidores.....	145
1. Introdução.....	145
2. Estruturas de responsabilidade vertical.....	147
a) Delegação.....	147

b) Formalização da delegação	148
c) Admissibilidade da delegação.....	149
d) Objeto e efeitos da delegação	149
aa) Delegação de atividades econômicas e administrativas ..	150
bb) Delegação de deveres de vigilância e controle	150
cc) Escopo e limites.....	151
e) O princípio da confiança	151
f) Deveres de vigilância na delegação de atividades econômicas e administrativas	154
aa) Introdução: o caso Wuppertaler-Schwebebahn	154
bb) Dever de seleção adequada.....	156
cc) Dever de instrução	156
dd) Dever de organização	157
ee) Dever de supervisão.....	157
ff) Dever de intervenção	158
h) Deveres remanescentes na delegação de tarefas de vigilância	158
i) Efeitos da delegação para o delegado	160
3. Estruturas de responsabilidade horizontal	161
a) “Departamentalização”	161
b) Fundamento e efeitos	162
G. Resultados parciais	166

CAPÍTULO 3

Os dirigentes em sociedades anônimas e limitadas e os encarregados de vigilância	173
A. Introdução.....	173
B. Administradores	174
1. Introdução	174
2. Sociedades anônimas	176
a) Introdução	176

b) Diretoria	177
aa) Distribuição de funções dentro da diretoria (departamen- talização).....	177
bb) Delegação de tarefas no âmbito das diversas diretorias ..	180
c) Conselho de Administração	180
aa) Administração dual em sociedades por ações	180
bb) Atribuições e poderes do CA.....	181
cc) Garantidor de vigilância da diretoria e demais integran- tes da companhia?.....	185
(1) Os membros do CA não têm posição de garantidores de vigilância relativamente a atos dos diretores ou outros membros da companhia	185
(2) Os membros do CA têm posição de garantidores de vigilância sobre a diretoria ou outros membros da companhia apenas em casos excepcionais	188
(3) Os membros do CA têm posição de garantidores de vigilância sobre a diretoria ou outros membros da companhia	188
dd) Tomada de posição	192
ee) Vigilância sobre outros empregados da companhia?.....	196
ff) À guisa de exemplo: vigilância sobre pessoas atribuída ao CA.....	196
gg) Garantidor de proteção?.....	197
d) Assembleia-geral de acionistas	198
e) Acionista controlador.....	199
3. Sociedades empresárias limitadas.....	200
a) Considerações gerais.....	200
b) Administração exercida pelos sócios.....	202
c) Administração exercida por administradores não sócios.....	204
aa) Deveres dos sócios.....	204
bb) Deveres dos administradores designados	205

4. Competência do órgão colegiado e causalidade	206
5. Considerações finais	207
C. Encarregados de deveres de vigilância.....	209
1. Introdução	209
2. Concentração e delegação de deveres de vigilância: a figura do <i>compliance officer</i>	211
a) Introdução	211
b) As diversas possibilidades de conformação para o desempenho das atividades de vigilância	213
c) Posição e atribuições do CO e posição de garantidor	215
aa) Por expressa disposição legal	215
bb) Função exercida por administrador	217
cc) Função exercida por não-administrador	217
dd) Controle da informação como forma de controle penalmente relevante.....	221
ee) Encarregado de tarefas ligadas ao exercício das atividades de <i>compliance</i>	225
D. Resultados parciais	225

CAPÍTULO 4

Demais pressupostos da tipicidade: aspectos selecionados	235
A. Introdução.....	235
B. Situação típica, resultado e o surgimento do dever de agir.....	236
1. O emprego da expressão resultado no art. 13, § 2.º, CPB	236
2. Perigo da ocorrência do resultado: o surgimento do dever concreto de agir	239
C. Omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo: o dever concreto de agir em âmbitos regulados.....	245
1. Dever de agir.....	245

2. Possibilidade jurídica de agir e capacidade físico-real de praticar a conduta devida	246
a) A diferenciação	246
b) Sobre a acessoriedade do direito penal relativamente ao direito extrapenal.....	250
3. O dever concreto de agir é determinado pelo tipo penal concreto	252
D. Causalidade e imputação objetiva do resultado	254
1. Introdução	254
2. Causalidade na omissão	255
a) A falta de apoio naturalístico	255
b) As duas principais propostas de solução.....	257
3. Omissões simultâneas e sucessivas.....	259
a) Delimitação dos problemas.....	259
b) Omissões simultâneas ou paralelas.....	261
c) Omissões sucessivas	265
aa) Problemática	265
bb) Casos que inspiraram os debates recentes	267
(1) O caso do abcesso	267
(2) O caso do spray de couro (Lederspray)	268
(3) O caso do sangue contaminado.....	268
(4) O caso dos freios.....	269
(5) O caso do ginásio de esportes	269
cc) Principais soluções propostas	271
dd) Balanço	275
ee) Imputação do resultado ao <i>compliance officer</i> segundo o modelo proposto por Schrott	276
(1) Posição de garantidor do CO	277
(2) Tarefas do CO	278
(3) Formulação do problema relativo à causalidade.....	278
(4) Cenários	279

(5) Aplicação do modelo de solução	280
d) Omissões paralelas e sucessivas: a omissão de membros de órgãos colegiados com intermediação psíquica.....	284
E. Dolo e culpa	285
a) Considerações gerais.....	285
b) Algumas particularidades da constelação de casos analisada neste estudo quanto ao tipo subjetivo	287
aa) Fragmentação, segmentação, canalização e filtragem da infor- mação	287
bb) Dever de agir e conhecimento da situação de perigo.....	289
cc) Impactos da divisão de tarefas sobre o conhecimento da si- tuação de perigo	291
dd) Sistemas de <i>compliance</i> e elemento subjetivo	292
c) Considerações finais.....	294
F. Resultados parciais.....	295
CONCLUSÃO E SOLUÇÃO DOS CASOS.....	301
BIBLIOGRAFIA	307

PREFÁCIO

Mal é possível exagerar a importância do livro de Heloísa Estellita sobre o tema “Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão”, e isso pelo menos por três razões. O livro é importante pelo momento em que é publicado; por seu conteúdo e método; e, por fim, pelo papel que lhe incumbe na atual ciência do direito penal brasileiro.

O *momento* não poderia ser mais apropriado. O direito penal brasileiro vive uma salutar reorientação de suas prioridades. Ao lado do tradicional direito penal de aventureiros e miseráveis (Schünemann), de “sangue e esperma”, ganha espaço um direito penal que se importa também com ilícitos praticados por aqueles que historicamente gozavam de certa imunidade diante da persecução penal. Num mundo em que boa parte das decisões de maior transcendência e, portanto, de maior potencial lesivo, são tomadas e executadas por grupos estruturados sob a forma de empresas, é urgente que essas decisões não tenham lugar em um vácuo de juridicidade. Porque uma ideia fundamental do liberalismo jurídico é a de que poder implica em responsabilidade, de modo que seria um contrassenso, uma capitulação do direito se, justamente onde há mais poder, houvesse menos responsabilidade. O momento em que vivemos, com a crescente persecução de delitos econômicos, fiscais, de corrupção e ambientais, vive da correta convicção de que o direito penal tem de ocupar-se de mais do que aquilo que alguns autores de forma saudosa (e tendenciosa e historicamente inexata) denominaram de “direito penal clássico”.

O livro não foi apenas escrito na hora certa. Seu *conteúdo e método* merecem louvor. Ao invés de perder-se em divagações filosófico-sociológico-histórico-criminológicas sobre a natureza da omissão, Estellita concentra-se sobre os pressupostos específicos da responsabilidade penal omissiva, dos quais terá de cuidar também o aplicador do direito. O que lhe interessa, principalmente, é determinar o

conteúdo exato da posição de garantidor e dos deveres a ela correlatos, especificar quem, dentre os diferentes envolvidos em uma estrutura empresarial – desde o diretor de S.A. até os sócios de uma sociedade limitada –, tem obrigações penalmente relevantes, e de que teor. Estellita se move, assim, num ponto de entrecruzamento entre direito penal e direito empresarial, especialmente direito societário, entre doutrina e jurisprudência, entre doutrina nacional e direito comparado, e analisa cada um desses envolvidos de forma cuidadosa e diferenciada.

O livro revela-se, assim, como valioso instrumento de consulta para todos os que se vejam confrontados com a temática, que nele encontrarão respostas concretas para os problemas que se colocam. Se essas respostas são de todo corretas, não cumpre discutir no presente prefácio; ainda assim, Estellita expõe os diferentes pontos de vista relativos a cada controvérsia com a clareza e a simplicidade que só são alcançáveis por aquele que realmente entendeu aquilo de que trata. O livro tem a generosidade de colocar o leitor na posição de discordar daquilo que é defendido; ele não foge à discussão; ele não tem medo de informar, mas muito menos de posicionar-se. Ele é um convite ao diálogo, convite esse que o leitor dificilmente conseguirá recusar.

Com o que chego ao terceiro aspecto, que diz respeito ao *lugar* que o livro ocupa no panorama científico do direito penal brasileiro. Falei, em alguns de meus outros prefácios, que uma “revolução silenciosa” está, nesse exato momento, a ocorrer na ciência do direito penal do Brasil. O presente livro assume, automaticamente, seu lugar como um dos mais destacados representantes desse movimento, cujos traços essenciais se deixam descrever por uma série de características até então dificilmente encontradas em um único trabalho. Boa parte dessas características já foi descrita no parágrafo anterior, de modo que não preciso repetir-me. Limite-me a relevar aquilo que me parece a ideia central: a de que a ciência deve contribuir para solucionar os problemas reais que o direito coloca para todos os que com ele lidam. A ciência não pode se ocupar apenas de si própria. O livro que o leitor tem em mãos serve, a meu ver, como modelo de como deve ser escrita uma investigação científica no direito penal: menos divagações, mais soluções.

Por fim, algumas palavras sobre a *pessoa* de Heloisa Estellita, minha grande amiga. À primeira vista, pareço ter falado apenas da obra e deixado a pessoa de lado. Ocorre que, aqui mais do que nunca, é válido o clichê de que pelos frutos se conhece a árvore, de que na obra se exterioriza a pessoa. Ao falar da obra, falei da pessoa: porque Heloisa Estellita, como sua obra, não foge ao diálogo. Heloisa Estellita teria muito para permitir-se uma postura distante e assoberbada: ela é uma das figuras centrais do direito penal na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo; principalmente; ela é bolsista da prestigiosa Fundação Alexander v. Humboldt. Mas sua escrita permanece despretensiosa quanto a própria autora; a generosidade com que ela descreve os debates e a simplicidade com que constrói seus argumentos nada mais são do que a própria Heloísa Estellita que tão bem conheço.

Enfim, quem conhece Heloísa Estellita, não se surpreende com o presente livro. Minha surpresa foi, sim, encontrá-lo a mim dedicado (surpresa, contudo, injustificada, uma vez que, como disse, a generosidade é uma das muitas virtudes de Heloisa Estellita), o que transforma a alegria de amigo e orientador que sinto ao ver esse livro publicado em um orgulho todo especial.

Berlim, 7 de outubro de 2017

LUÍS GRECO

AGRADECIMENTOS

Meu especial agradecimento aos meus orientadores Prof. em. Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult. BERND SCHÜNEMANN e Prof. Dr. LUÍS GRECO, LL. M., cujo apoio e generosidade, desde a candidatura à disputada bolsa de estudos e no decorrer dos quase três anos de convívio e orientação, mudaram profundamente a minha formação acadêmica, abriram-me as portas para a literatura jurídica alemã e me mostraram que a dogmática penal é um foro privilegiado para resolver problemas concretos. Nas suas pessoas agradeço a generosidade das equipes da LUDWIG-MAXIMILIANS UNIVERSITÄT de Munique e da UNIVERSITÄT AUGSBURG.

Agradeço à FUNDAÇÃO ALEXANDER VON HUMBOLDT e à CAPES, que me agradeceram com uma bolsa de pós-doutorado para pesquisadores experientes, sem a qual não teria sido possível a realização da pesquisa. Sou-lhes grata pelo apoio dado ao longo dos quase três anos, durante os quais dividi a moradia entre Brasil e Alemanha. O serviço que prestam estas duas entidades ao conhecimento científico e ao intercâmbio acadêmico é inestimável.

Difícil agradecer com poucas palavras aos meus interlocutores permanentes de tantos anos, seja no Brasil, seja na Alemanha, ADRIANO TEIXEIRA, ALAOR LEITE e AUGUSTO ASSIS. Saibam que cada página deste trabalho é também uma reverência inspirada na sua dedicação aos estudos, inteligência e disposição para o debate sem peias. A calorosa acolhida e a companhia constante na Alemanha fizeram com que eu me sentisse em casa no estrangeiro. Muito obrigada.

A sorte de ter um irmão e uma irmã de vida em terras tedescas, com quem tive o privilégio de viver momentos tão importantes e decisivos, é para poucos. Obrigada, CLÁUDIA SCHALLENMÜLLER-ENS e RICARDO MALTA. Às irmãs e ao irmão de vida na terra natal, LUD GROCH, MARI TOSI e GUILHERME DECARO, sempre tão presentes, o meu muito obrigada.

Na Alemanha fiz novos amigos, pude ter mais tempo com amigos antigos e ganhei novos e entusiasmados interlocutores: ALEJANDRA VERDE, ANA CARO-

LINA CARLOS OLIVEIRA, BENJAMIN ROGER, BETTINA E FRANK ZIMMERMANN, CARLOS E CARLA WERHS, CHRISTOPHER E CATHARINA GRAMMER, DENISON CALDEIRON, EDUARDO VIANA, FERNANDO CÁLIX, FLÁVIA SIQUEIRA, GABRIEL PEREZ BARBERÁ, GUILHERME GOES, IZABELLE KASECKER, KETEVAN CHKUASELI, LUCAS MONTENEGRO, MARÍLIA BASSETTO HEESCHE-ANDERSEN, MÁRIO JORGE, ORLANDINO GLEIZER, PATRÍCIA ROSSETTO, SYLVIA STEINER, TAMARA TSANAVA, TATIANA STOCCO e YURI LUZ.

Seja lá, seja cá, todo o sonho “Alemanha” não teria sequer começado não fosse por ALBERTO SILVA FRANCO, MARINA COELHO ARAÚJO e HELENA REGINA LOBO DA COSTA.

Interlocução em tempo real e sem hora marcada, ainda que em constante luta contra o fuso-horário, tive o privilégio de manter com FREDERICO HORTA, PIER-PAOLO BOTTINI e RONAN ROCHA, os quais, não bastassem minhas intempestivas e angustiantes elucubrações, leram meu trabalho como se fosse seu, como também o fizeram EDUARDO VIANA e HELENA REGINA LOBO DA COSTA. Não tenho como lhes agradecer.

Recebi apoio incondicional da FGV DIREITO SP e nas pessoas de ADRIANA ANCONA DE FARIA, MÁRIO ENGLER, OSCAR VILHENA, ROBERTO DIAS e THEO DIAS agradeço a todos da Escola. Nela tive e tenho o privilégio de trocar ideias com professores sofisticadíssimos da área penal e das áreas extrapenais tangenciadas ou não nesta pesquisa. Se meu trabalho agrega algo em termos de interdisciplinaridade é porque gozo do privilégio de dialogar com professores e pesquisadores como BRUNO SALAMA, LIE UEMA DO CARMO, MAÍRA MACHADO, MARIANA PARGENDLER, MARTA MACHADO, RENATO VILELA, THEO DIAS, VIVIANE MULLER PRADO, dentre outros.

Aos meus amigos FÁBIO D’ÁVILA e GIOVANI SAAVEDRA agradeço igualmente o incentivo e os conselhos, assim como agradeço o apoio que recebi de DAVI TANGERINO e CARLOS AYRES, durante e depois de minha passagem pelo renomado escritório no qual trabalhamos juntos, ainda que brevemente.

Agradeço a JAN-MICHEL SIMON e DANIEL ARIZA ZAPATA pela acolhida no prestigiado MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT, no qual, uma vez mais, realizei parte importante da pesquisa.

Não poderia ter perseverado e sobrevivido a três invernos alemães sem o contorno emocional da minha família, a genética e a escolhida, tanto a brasileira como a suíça. Sou-lhes muito grata. PEPÊ e RAFA, a alegria de ir recebê-los no aeroporto de Munique no frio inverno de 2014 e de celebrar Natal e Ano Novo na sua companhia, tanto na Alemanha como na Suíça, manterá meu coração para sempre aquecido.

Antes de toda esta aventura, durante e depois dela e, espero, ao longo de todas que virão, incondicionalmente ao meu lado, FRANK BICHSEL, amor genuíno.

INTRODUÇÃO

A. Sobre a temática deste trabalho

O presente trabalho tem em mente casos nos quais se coloca a questão da punição dos dirigentes de empresas por crimes praticados por outros membros da mesma empresa. Trata-se de hipóteses nas quais os dirigentes, apesar de tomarem conhecimento da iminência ou da continuidade da prática de crimes no âmbito da empresa, não intervêm para evitar essas práticas. Fazem-se, assim, puníveis por omissão do dever de agir para evitar o resultado? Qual conduta era deles esperada?

Embora a literatura nacional ocupe-se cada vez mais do tema, há ainda muito espaço para a discussão acerca dos fundamentos, pressupostos, limites e conteúdo dos deveres de agir dos dirigentes de empresas em situações como as aqui analisadas.

Casos recentes em nosso País evidenciam a importância da resposta à indagação objeto deste estudo, como, apenas para mencionar os mais recentes, as acusações contra os membros do assim chamado “núcleo financeiro” na AP 470, os fatos apurados na Lava-Jato, crimes financeiros praticados em contextos de instituições bancárias e, mais recentemente, o rompimento de uma barragem de contenção de dejetos em Minas Gerais. O tema, contudo, não é novo. A responsabilidade por omissão imprópria passou a ser expressamente regulada na Parte Geral de nosso Código Penal há mais de trinta anos, com a Reforma de 1984 (art. 13, § 2.º, CP), quando, então, tornou-se indubitosa a possibilidade de sua aplicação (também) ao âmbito dos crimes praticados por meio das empresas. Por qual razão, então, retomar um velho assunto neste momento?

Porque, muito embora haja disciplina legal, literatura, alguma jurisprudência e muitos casos de omissão imprópria em nosso país, as dificuldades que a crimi-

nalidade de empresa tem colocado para essa forma de imputação ainda merecem ser examinadas, identificadas e, dentro do possível, solucionadas dentro do arcabouço legal em vigor, pena de se estabelecer, com pretensão de permanência, uma ilegal responsabilidade “por posição”, ou pela mera ostentação formal da condição de administrador, que não encontra acolhida em nosso direito positivo.

A situação que inspirou este trabalho será a seguir condensada em dois casos hipotéticos, o segundo deles com duas variantes, envolvendo uma sociedade por ações aberta e uma de responsabilidade limitada. Esses casos evidenciam, de forma clara e didática, os problemas sobre os quais se debruçará a pesquisa.

B. O grupo de casos que inspirou este trabalho

Caso 1: Por três vezes consecutivas, a instituição financeira BANCO A apresentou ao Banco Central do Brasil (BACEN) demonstrativos financeiros contendo informações falsas que escondiam sua real situação financeira. A inserção das informações falsas foi determinada pelos diretores superintendente e financeiro, e executada, em conjunto, por um gerente de contabilidade e seu encarregado. O diretor internacional e um dos membros do Conselho de Administração (adiante tão-somente CA) tomaram ciência dos fatos, acidentalmente, logo após a primeira prestação de informações falsas, todavia, nada fizeram para evitar as ulteriores práticas, que se ajustam ao tipo de crime descrito no art. 6.º da Lei 7.492/1986. Há responsabilidade penal do diretor internacional e do membro do CA?

Caso 2: O Gerente Industrial (GI) de uma sociedade limitada MINERADORA LTDA., por decisão própria, ofereceu e pagou a um funcionário público vantagem indevida para que fosse concedida à empresa uma licença ambiental de exploração de minérios (corrupção ativa conforme art. 333, CPB). Esse gerente atuava em âmbito da empresa supervisionado por um dos sócios administradores. A administração da sociedade era exercida também por dois outros sócios, um incumbido de cuidar do setor financeiro, outro do setor comercial, havendo, ainda, dois sócios de capital, não designados como administradores. Há responsabilidade penal dos demais sócios, administradores ou não?

Caso 2 – Variante 1: Para a mesma hipótese acima, porém, o GI atuava sob as ordens e supervisão do Administrador Designado (AD), não sócio, que tinha sido investido no cargo regularmente, por aprovação unânime dos sócios, que não exerciam a administração da sociedade em virtude da opção por profissionalizá-la, investindo AD em tal função.

Caso 2 – Variante 2: Para a mesma hipótese, considere-se, ainda, que se tratava de sociedade limitada com dois sócios administradores, cuja administração de fato, porém, era exercida por um terceiro, o Administrador de Fato (AF), que nem era sócio, nem tinha sido investido no cargo legalmente.

C. Os problemas e sua delimitação

1. *Localização sistemática*

A nota comum aos casos hipotéticos é que são praticados no contexto do exercício de atividade econômica organizada na forma de sociedade empresária, no âmbito da qual, em virtude da divisão de funções e tarefas, há a contribuição de várias pessoas, comissivas e omissivas. Essa nota comum apresenta vários desafios para a afirmação de uma responsabilidade penal, calcada que está na imputação individual e subjetiva de um resultado a um sujeito culpável.

Tomemos como exemplo o Caso 1: nele temos quatro agentes praticando condutas comissivas. Os diretores superintendente e financeiro determinaram a inserção das informações falsas; o gerente e o encarregado executaram a inserção que lhes fora determinada. A divisão de tarefas em práticas comissivas coloca problemas de determinação da qualidade das contribuições de cada um dos agentes, quando, evidentemente, se partir de um sistema restritivo e diferenciador. Se, por exemplo, se adota o critério do domínio do fato, pode-se avaliar que os dois primeiros agentes seriam responsáveis por instigação e os dois últimos por autoria imediata. Se o encarregado não tivesse ciência da falsidade das informações, a prática do fato poderia ser atribuída aos demais a título de coautoria mediata. Há, porém, dois outros personagens, integrantes da cúpula da empresa, e que, tomando ciência dos fatos, mantiveram-se inertes: o diretor internacional e o membro do conselho de administração. São estes que nos interessam.

Inexistente um dever geral penal de que todos evitem todos os resultados típicos – um dever que, existente, tornaria a convivência social insuportável, transformando todos em vigilantes de todos –, é de se questionar se algumas pessoas, porém, em virtude de uma especial relação com certos bens jurídicos ou certas fontes de perigos para bens jurídicos não teriam um dever especial de intervir para proteger esses bens jurídicos. O Código Penal brasileiro é claro ao apontar que a imputação do resultado pode ser feita a uma conduta comissiva (ação) ou omissiva (omissão): “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (art. 13, *caput*, CPB). Em decorrência do princípio da legalidade, a omissão penalmente relevante também tem de estar descrita na lei penal. Isso pode ser feito por meio da expressa introdução de tipos penais omissivos, como o crime de omissão de socorro (art. 135, CPB), ou de omissão de notificação de doença (art. 269, CPB), mas também a partir da imputação de um resultado a um omitente qualificado (o garantidor), portador de uma relação especial com certos bens jurídicos, que lhe onera com um dever especial de agir para proteger esse bem jurídico. Para estes sujeitos especiais, denominados na dogmática da omissão de garantidores, o resultado será imputado à sua omissão desde preenchidos os pressupostos do § 2.º do art. 13, CPB, além dos pressupostos gerais da omissão.

No Caso 1, portanto, há indubitavelmente dois personagens que não agiram e, portanto, não praticaram a conduta prevista no art. 6º da Lei 7.492/86, já que não prestaram informação falsa alguma. Todavia, se se puder afirmar que eram garantidores de que da atividade do banco não resultassem lesões a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade, teriam o dever de agir para evitar esse resultado, o qual, então, preenchidos todos os pressupostos da relevância penal omissão, poderia ser imputação à sua omissão a partir da norma de extensão da punibilidade prevista no § 2.º do art. 13 do CPB. A imputação omissiva imprópria (ou comissiva por omissão) é justamente uma das estratégias propostas para lidar com a dificuldade da responsabilização penal no âmbito da criminalidade de empresa. Com ela se busca imputar o resultado típico causado por prática comissiva de outro membro da empresa aos dirigentes em virtude de sua omissão em agir para evitar essas práticas, quando detentores de posição de garantidores. O primeiro passo para isso será, então, determinar se são detentores de uma tal posição e, para isso, tendo em conta que a instituição financeira é estruturada com divisão de funções (estruturas horizontais) e delegação de funções (estruturas verticais), seria necessário estabelecer, por exemplo, se diretores são garantidores uns com relação aos outros, e se os membros do conselho de administração são garantidores com relação aos agentes envolvidos.

No Caso 2, com uma estrutura de administração mais simples, uma possível posição de garantidor deveria ser investigada relativamente aos administradores, sócios ou designado, e aos sócios com função de administração. No Caso 2, Variante 2, finalmente, coloca-se a questão relativamente aos sócios administradores, mas que não a exerciam, e ao administrador de fato.

2. Delimitação

Este estudo é uma tentativa de oferecer respostas à indagação sobre a posição de garantidor dos dirigentes de empresa por crimes praticados por seus integrantes no exercício da atividade econômica. Não formam parte de seu objeto, portanto, nem o tema das formas de imputação na criminalidade de empresa diante de condutas comissivas – ou seja, por meio de um agir dos dirigentes – em cuja prática colaboram diversos agentes, nem o da omissão imprópria por ingerência (art. 13, § 2.º, c, CPB).

Como o pressuposto essencial para que se possa cogitar de uma responsabilidade por omissão imprópria é a configuração de uma posição de garantidor, este é o foco do estudo. Concluindo-se, nesse passo inaugural, que algum administrador não é garantidor de vigilância, desnecessário investigar seu comportamento, já que não é titular do dever especial de agir para evitar o resultado, sendo despidendo e ilógico perquirir sobre sua ciência acerca da prática criminosa de outro dirigente, uma vez que inviabilizada, de saída, a imputação omissiva imprópria. Por isso, no Capítulo 2, são discutidos os possíveis fundamentos para afirmar ou

negar a qualidade de garantidores dos dirigentes de empresas, analisando-se o impacto da divisão de funções e tarefas tanto na dimensão horizontal como na vertical, sendo esse o ponto central do trabalho.

Dizer, porém, que um determinado agente, em determinadas circunstâncias, assume a posição de garantidor com relação às práticas criminosas de outro integrante da empresa ainda não diz muito sobre o conteúdo dos seus deveres em estruturas com divisão de funções e de tarefas. O que tem de fazer o garantidor? Tem de imiscuir-se na área de atividade do agente ativo e impedir fisicamente a prática criminosa? Tem de cientificar outros membros da empresa sobre a ocorrência? Tem de reportar o fato às autoridades públicas competentes? Estas são questões centrais, cujas respostas são essenciais para que a norma penal possa cumprir sua função de orientação de comportamentos em prol da proteção do bem jurídico. A incerteza quanto aos deveres atrelados à assunção de uma função dentro da empresa pode ter o efeito indesejado de reduzir a proteção ao bem jurídico e, ainda, de afastar profissionais qualificados do exercício desses cargos. Sim, porque, se todos são responsáveis por tudo no âmbito da empresa, o custo pessoal da assunção de uma função pode se tornar inviável economicamente para a empresa e/ou afastar os profissionais que seriam os mais capacitados para o exercício dessas funções. É por isso que no Capítulo 2 procuramos oferecer alguns critérios para auxiliar na determinação do âmbito dos deveres dos garantidores em ambientes com divisão de funções e tarefas.

Muito embora a existência de uma posição de garantidor do dirigente seja o primeiro dentre os pressupostos da responsabilidade omissiva imprópria e seja o objeto deste estudo, ele é apenas um desses pressupostos. Essa responsabilidade dependerá, ainda, no âmbito da tipicidade, da existência de uma situação típica, da omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da possibilidade físico-real de agir, do nexo de causalidade e da imputação objetiva, e, então, da tipicidade subjetiva, dolosa ou culposa, se esta última for prevista em lei. Nos passos ulteriores, será ainda preciso afirmar a antijuridicidade e a culpabilidade, e, só então, poder-se-á falar em responsabilidade omissiva imprópria. Cuidar de todos esses pressupostos transbordaria em muito o objeto desta pesquisa, todavia alguns aspectos merecerão uma abordagem, ainda que tópica, no último capítulo. Tratamos, ali, de alguns aspectos problemáticos dos demais requisitos, objetivos e subjetivos, da tipicidade, selecionados em virtude de sua conexão com as dificuldades mais gerais identificadas no primeiro capítulo e mais específicas apontadas nos capítulos dois e três. Com isso esperamos conseguir demonstrar que determinar uma posição de garantidor é apenas um primeiro passo no árduo caminho da subsunção de uma omissão aos pressupostos da responsabilidade omissiva imprópria, especialmente no âmbito da criminalidade de empresa.