



FGV DIREITO SP Law School Legal Studies Research Paper Series

This paper can be downloaded without charge from FGV DIREITO SP Working Papers at: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2770> and at the Social Science Research Network (SSRN) electronic library at: <http://www.ssrn.com/link/Direito-GV-LEG.html>. Please do not quote without author's permission.

Uma aproximação às formas de responsabilidade penal individual em empresas¹

An overview of the strategies to attribute criminal liability to individuals within corporations

Heloisa Estellita

Palavras-chave: criminalidade de empresa; responsabilidade penal individual; teoria do domínio do fato; crimes omissivos.

Keywords: business crime; corporate crime; omission; individual criminal liability; control over the fact theory.

Resumo: A responsabilidade penal é, tradicionalmente, um atributo de uma *conduta individual, objetiva e subjetivamente imputável, antijurídica e culpável*. A imagem ideal desse modelo de imputação seria a de um autor individual, que executa a conduta típica comissiva com suas próprias mãos, com conhecimento e vontade de todos os elementos do tipo objetivo, injusta e que lhe pode ser reprovada pessoalmente. Essa imagem ideal afasta-se do contexto fático das práticas criminosas em empresas, onde há, quase que invariavelmente, a contribuição de vários intervenientes, atuando com base em *divisão de funções e tarefas* entre vários agentes. Essas peculiaridades apresentam desafios tanto para a imputação por ações como por omissões. O texto busca identificar essas dificuldades e apresentar um panorama de suas possíveis soluções.

Abstract: Criminal liability is customarily the attribute of an illicit behavior, objectively and subjectively chargeable to an individual. Ideally, this notion entails ones conscious and willful execution of the objective elements (*actus reus*) of a crime, leading to personal

¹ Este texto se destina a fins didáticos, razão pela qual as referências bibliográficas se reportam, sempre que possível, à literatura nacional, sendo meramente ilustrativas das diversas discussões. O texto é produto parcial da pesquisa de pós-doutorado realizada nas Universidades de Munique e de Augsburg, Alemanha, de 2014 a 2017, financiada pela FUNDAÇÃO ALEXANDER VON HUMBOLDT e CAPES. Trata-se de *working paper* constantemente atualizado pela autora. Contato: heloisa.estellita@fgv.br

punishment. This scenario, nonetheless, distances itself from the factual circumstances of corporate crimes, which invariably involve the participation of multiple parties, each undertaking a role or task in the commission of the crime. Such particularities pose significant challenges for the attribution of criminal liability, both of those that actively acted and those whose omissions led to the criminal outcome. This article seeks to address said challenges as well as to present a panorama of the possible solutions.

1. Um caso-base para concretização do tema

Imaginemos que autoridades ambientais se deparem com a mortandade de peixes em um rio causada por poluição em virtude da ilegal descarga de resíduos tóxicos pela *Industrial Ltda.* Apurados os fatos, descobre-se que o *Gerente de Operações* determinou ao *Subordinado Executor* que desviasse a descarga dos resíduos tóxicos de seu depósito lícito para o leito do rio. Apurou-se ainda que a decisão para o desvio foi tomada juntamente pelo *Gerente de Operações* e pelo *Gerente Financeiro*, posto que tal medida somente poderia ser tomada com a anuência de dois gerentes. Dessa decisão e de sua execução, tomou conhecimento o *Gerente de Marketing*, que nada fez com a informação. Também o *Gerente de Controladoria Ambiental* acabou tomando ciência da prática criminosa, comunicando-a diretamente ao *Sócio* encarregado de presidir o Conselho de Sócios, que convocou reunião de emergência, na qual se decidiu, por maioria de votos, que nenhuma medida seria tomada para impedir a continuidade da ilegal descarga de resíduos tóxicos no leito do rio. A *Industrial Ltda.* estava estruturada como sociedade de responsabilidade limitada, com administração exercida de forma colegiada por todos os seus cinco sócios.

Nossa hipótese envolve, de saída, dez personagens – 5 sócios, 4 gerentes e um subordinado executor --, e desafia uma resposta à seguinte questão: *quais desses* dez personagens são puníveis pela prática do crime definido no artigo 54, *caput*, da Lei n. 9.605/98 (“Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”)?

Tanto em nosso direito positivo como no de outros ordenamentos jurídicos com os quais o nosso mais se familiariza – como Alemanha, Espanha, Portugal etc. --, a responsabilidade penal é

um atributo de uma *conduta individual, objetiva e subjetivamente imputável, antijurídica e culpável*.² A imagem ideal desse modelo de imputação seria a de um autor individual, que executa a conduta típica comissiva com suas próprias mãos, com conhecimento e vontade de todos os elementos do tipo objetivo, injusta e que lhe pode ser reprovada pessoalmente. Assim, o autor que diretamente dispara contra a vítima, matando-a; ou o agente que subtrai coisa alheia móvel com as próprias mãos etc.

Essa imagem ideal, todavia, afasta-se sobremaneira do efetivo contexto fático das práticas criminosas em empresas, onde há, quase que invariavelmente, a contribuição de vários intervenientes, como se vê claramente no caso hipotético que inaugura este texto. Isso decorre de um atributo essencial das atividades humanas exercidas no contexto de empresas: a *divisão de funções e tarefas* entre vários agentes.³ Até mesmo em uma empresa de pequeno porte não é raro constatar essa divisão sempre que, por exemplo, os sócios deleguem a escrituração contábil a um escritório de contabilidade.

Trata-se, assim, de casos que envolverão, em sua grande maioria, questões relativas ao *concurso de pessoas na prática criminosa*. Por esta razão, antes de prosseguir, é necessário estabelecer qual o marco teórico do qual partimos para discutir os aportes de diversos agentes em práticas criminosas.

² É o que se colhe, especialmente, do disposto nos artigos 13 a 31 do nosso Código Penal (CP). Se a responsabilidade penal da pessoa jurídica é ou não compatível com uma tal moldura normativa é questão que não será aqui abordada e para a qual remeto o leitor por meio de dois textos que podem servir como pontos de partida para ulteriores reflexões: GRECO, *Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen?*, passim, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal Español: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, passim, e SALVADOR NETTO, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, passim. Algumas observações panorâmicas fiz em ESTELLITA, *Responsabilidade de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, p. 63 ss.

³ Esse atributo é o ponto de partida para várias obras dedicadas ao tema, como se pode conferir, ilustrativamente, em ROTSCH, *Individuelle Haftung in Grossunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltrafrecht*, p. 71; SILVA SÁNCHEZ, *Teoría del delito y derecho penal económico*, p. 37; ESTELLITA, *Responsabilidade...*, p. 37 ss.

2. Marco teórico

Entendo, com *Batista, Greco, Leite e Teixeira*, dentre outros, que a solução unificadora do concurso de agentes, fundada numa concepção causalista do delito e que dá resposta homogênea às diversas formas de contribuição ao delito, fere os princípios da legalidade e da culpabilidade.⁴ Emprestar a arma para que um terceiro desfira os golpes que matam a vítima não é matar (art. 121, CP). Criar em um terceiro a ideia de praticar um crime de falsidade ideológica não é o mesmo que inserir em documento declaração falsa (art. 299, CP). Por entender, novamente com esses autores, que uma concepção diferenciadora não é incompatível com nosso direito positivo,⁵ seguirei aqui um modelo diferenciador, portanto apartando autores de partícipes e, ainda, utilizando como critério para essa diferenciação, nos crimes comissivos, o critério do domínio do fato.⁶

3. Os aspectos problemáticos

Trata-se aqui de investigar as formas de imputação de responsabilidade penal individual a dirigentes de empresas por crimes cometidos por seus membros no exercício das atividades empresariais

⁴ Os autores falam em uma “dissolução do tipo”, GRECO; TEIXEIRA, *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*, p. 44-55. Já Batista fala na “proposição teórica inaceitável” representada pela “panaceia do princípio causal”, que foi feita pelo legislador da Parte Geral de 1984, BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 54.

⁵ Cético LEITE, *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*, p. 136. Fala em uma “reconstrução dogmática extremamente dificultada pela pobreza da lei”, BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 55. Entendendo que o legislador fez opção por um sistema unitário, todavia compatível com a distinção entre autoria e participação, SILVA, *Domínio do fato e autoria em direito penal: circunscrevendo critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial*, p. 207 ss.

⁶ GRECO; TEIXEIRA, *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*, p. 68 ss. A teoria do domínio do fato diferencia autores e partícipes já no plano do tipo: autores violam a norma de conduta inscrita na norma incriminadora, partícipes necessitam de uma norma de extensão para que sejam puníveis. Daí que a distinção operada não diga respeito ao grau de reprovação ou merecimento de pena dos intervenientes, como adverte LEITE, *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*, p. 56. Nesse mesmo sentido, já BATISTA, *Concurso de agentes*, p. 54 e ss.

ou em estreita conexão com ela,⁷ explorando as possibilidades de responsabilizar a cúpula da empresa por aqueles crimes que são expressão do exercício de sua atividade econômica.⁸

A necessidade de uma tal investigação advém do fato de que, em contextos empresariais, a prática criminosa será o resultado da intervenção de vários agentes e a resposta tradicional dada aos diferentes aportes dos agentes atuando em concurso mostra-se, muitas vezes, insatisfatória no que tange à distribuição do desvalor da conduta em conformidade com a real importância desses aportes. Em outras palavras e de forma direta, corre-se o risco de responsabilizar principalmente o empregado, deixando o dirigente impune.

Assim, no caso-base, quando o Gerente de Operações da empresa determina a seu Subordinado Executor que verta resíduos tóxicos no leito de um rio e este o faz sem conhecer o caráter tóxico da substância, disso resultando a mortandade de animais, a resposta da teoria objetivo-formal seria a de que o Gerente é instigador e o subordinado o autor, uma vez que quem executou com suas próprias mãos a conduta proibida pelo art. 54, *caput*, da Lei 9.605/98, foi o subordinado. Todavia, como a participação é acessória da autoria, ou seja, sem a existência de um injusto doloso praticado pelo autor não se pode punir nem a instigação, nem a cumplicidade, o fato de o subordinado agir em erro de tipo impede não só a sua punição, mas também a do Gerente que deu a ordem.⁹ Sim, porque a conduta praticada em erro de tipo pelo Subordinado Executor é atípica, impunível, do que decorre, pelo caráter acessório da participação, que também a conduta do Gerente de Operações (ou seja, a emissão da ordem) é impunível; com o que se conclui que pelo crime de poluição

⁷ Essa delimitação serve, como aponta SCHÜNEMANN, para que se identifiquem os problemas próprios de imputação penal nesse ambiente (cf. SCHÜNEMANN, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, p. 17-18). Utilizo essas delimitações no meu ESTELLITA, *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*, p. 25 ss.

⁸ Trata-se da exigência de que o crime praticado pelos integrantes da empresa esteja conectado às suas atividades econômicas (*Betriebsbezogenheit*), não sendo a ela estranho. Sobre o tema e casos ilustrativos, cf. ROXIN, *Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria*, p. 70 ss.

⁹ É verdade que o § 1º do artigo 54 prevê a modalidade culposa, todavia, a doutrina majoritária não admite a participação em crime culposos, cf. SANTOS, *Direito penal: parte geral*, p. 362.

ninguém será responsabilizado. Creio ser desnecessário demonstrar o quanto tal solução é insatisfatória.¹⁰

O caráter insatisfatório dessa resposta se potencializa em caso de crimes cometidos em empresas em virtude de duas características essenciais do modo de operar próprio do ambiente empresarial: a *cisão entre responsabilidade e conduta criminosas*¹¹ e a *fragmentação do conhecimento*.¹² Sendo a empresa uma organização de pessoas para o desempenho de atividade econômica, é de sua essência a divisão de funções e a delegação de tarefas, o que implica dizer que condutas potencialmente criminosas serão, normalmente, o resultado da intervenção de vários agentes, os quais, ademais, possuirão, no mais das vezes, conhecimento assimétrico, desigual, acerca dos elementos objetivos de um tipo de injusto. O nosso caso-base ilustra não só essa cisão entre responsabilidade (do Gerente) e conduta (do Subordinado), como a assimetria da informação: o Gerente de Operações, que não executa diretamente a conduta, é quem detém conhecimento sobre todas as elementares do tipo objetivo de poluição; mas o Subordinado Executor, que efetivamente verte os resíduos tóxicos no rio, causando a poluição, desconhece a elementar típica “poluição”. Há, portanto, uma falta de congruência entre o poder de agir e o conhecimento sobre o agir.¹³

Há outras dificuldades que marcam o âmbito da criminalidade de empresa, como, por exemplo, o normal distanciamento entre os agentes e as vítimas, especialmente quando a conduta ofende bens jurídicos coletivos, normalmente opacos quanto à visualização das pessoas afetadas, como sucede com bens jurídicos como o meio ambiente, o sistema financeiro, a arrecadação tributária etc. Nesses âmbitos, o distanciamento entre a conduta do agente e impacto sobre as vítimas pode impedir ou dificultar a motivação relativamente às pautas de proteção de bens jurídicos que as normas penais

¹⁰ Cf. GARCÍA CAVERO, La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa, p. 355.

¹¹ SCHÜNEMANN, Delincuencia..., p. 17-18.

¹² LEITE, Fragmentação da responsabilidade penal no direito penal econômico. Introdução aos problemas da atuação conforme a informações técnicas na criminalidade de empresa, com especial foco na atuação conforme a parecer jurídico, passim.

¹³ A expressão é de ROTSCH, Individuelle Haftung in Grossunternehmen: Pläydoyer für den Rückzug des Umweltrafrecht, p. 76.

incriminadoras buscam implementar, reduzindo, assim, sua eficácia preventivo-geral.¹⁴ Também a abundância no emprego de elementos remissivos (normativos, em branco e de valoração global do fato) nos tipos penais característicos do direito penal econômico dá azo a importantes dificuldades quanto à imputação subjetiva ou à configuração da culpabilidade neste setor.¹⁵

Aqui tratamos de discutir as possibilidades dogmáticas de responsabilização dos dirigentes de empresas. Trata-se, como vimos, de ambientes com vários intervenientes atuando de forma organizada, nos quais os diversos pressupostos que fundamentam a responsabilidade penal raramente convergem em uma só pessoa, o que pode conduzir, paradoxalmente, a uma irresponsabilidade organizada:¹⁶ seja porque, ao fim e ao cabo, não se consegue identificar o autor da conduta incriminada, mas apenas meros instigadores, seja porque o delito é especial e há dificuldade em capturar a contribuição típica do *intra-neus*, seja, ainda, pela evidente dificuldade de prova das diversas contribuições.¹⁷

Muito embora se costume abordar as regras de concurso de pessoas dividindo a abordagem entre o concurso em condutas comissivas e em condutas omissivas,¹⁸ utilizarei aqui uma outra abordagem que se calca na forma de organização da gestão da empresa.¹⁹ Nela, a gestão é estruturada tanto em *camadas horizontais*,

¹⁴ Cf. ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 41 ss., com ulteriores referências bibliográficas.

¹⁵ Vide, por todos, HORTA, Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco, passim.

¹⁶ Embora a expressão seja anterior, parece ter sido consagrada a partir da obra de SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht: Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltenden und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, p. 34; também ROTSCH, Individuelle Haftung in Grossunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltrafrecht, p. 78.

¹⁷ Como a subsunção ao tipo objetivo é o primeiro passo na trilha da afirmação da punibilidade, o foco do texto residirá justamente nas possibilidades de afirmação da tipicidade objetiva nesses ambientes. A fragmentação, contudo, afeta igualmente o tipo subjetivo, com efeitos significativos sobre sua componente cognitiva, a ponto de ser apta a criar “âmbitos de irresponsabilidade provocados pela estrutura de dissociação objetivo-subjetiva”, nas palavras de RAGUÉS I VALLÈS, Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva, p. 216.

¹⁸ Cf. GRECO; ASSIS, O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa, p. 81-122.

¹⁹ Cf. KUDLICH; OGLAKIOGLU, Wirtschaftsstrafrecht, p. 49 ss.

quando sócios, diretores, chefes de departamentos trabalham lado-a-lado ou conjuntamente, obedecendo uma lógica predominantemente de divisão de funções, como em *camadas verticais*, quando os papéis dos intervenientes são diversos em ambientes nos quais há delegação de funções ou tarefas, podendo ou não existir relação de subordinação.

Nas estruturas horizontais, com vários colaboradores atuando conjuntamente ou lado-a-lado, a forma de imputação desafiada é a da *coautoria*, com o particular problema das decisões colegiadas; nas estruturas verticais, pode-se cogitar tanto da instigação como da cumplicidade, mas principalmente da *autoria mediata* e *responsabilidade omissiva imprópria*.

4. Responsabilidade individual em estruturas verticais

4.1 *Autoria mediata: aporte comissivo*

Retomando o caso-base – o Gerente de operações de uma planta industrial determina a seu Subordinado Executor que verta resíduos tóxicos no leito de um rio e este o faz sem conhecer o caráter tóxico da substância, disso resultando a mortandade de animais –, vimos que a resposta da teoria objetivo-formal conduziria à *impunidade*, pois, considerando o Gerente mero instigador e o Subordinado o autor, mas atuando este em erro, e, portanto, de forma atípica, não há que falar em instigação em fato atípico e, pois, não há como se afirmar a punibilidade dos dois agentes.

Foi para dar respostas mais adequadas (também) a este tipo de situação que *Roxin* elaborou, em sua obra originalmente publicada em 1963, a hoje tão conhecida teoria do domínio do fato.²⁰ A ideia central é a de que *autor somente pode ser considerado aquele agente que ocupe o papel de figura central do acontecer típico*, todos os demais intervenientes que não ocupem esse papel, contribuindo para o fato típico de forma secundária, marginal, somente poderão ser punidos se houver uma norma de extensão da punibilidade. Figura central do acontecer típico é aquele que domina o fato (nos crimes comissivos dolosos comuns), aquele que viola um dever especial (nos crimes

²⁰ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, passim. Sobre o percurso da teoria, cf. GRECO; LEITE, *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal*, p. 21-14.

próprios, ou delitos de dever, como são como os crimes omissivos impróprios e os crimes de funcionários públicos) e quem executa o tipo com as próprias mãos (nos crimes de mão própria, como o falso testemunho).²¹

Nos crimes *comissivos dolosos comuns*, domina o fato, em primeiro lugar, quem *domina a própria ação*, pois quem domina a própria ação é um candidato mais apto a se motivar pela norma e, ademais, mais responsável justamente em razão do domínio que tem sobre o uso de sua liberdade.²² Trata-se do *autor imediato*, que permanece nessa qualidade ainda que atue por determinação de outrem.

Também *domina o fato quem domina a vontade do executor imediato* a ponto de transformá-lo em mero instrumento em suas mãos. Esse domínio pode ser obtido mediante *coação*, por exemplo, quando, então, o agente imediato tem sua vontade eliminada em função da coação irresistível, o que faz com que aquele que aplica tal força sobre o executor imediato seja de fato a figura central do acontecer típico (art. 22, CP). Mas esse domínio pode igualmente ser obtido em função de o agente imediato atuar em *erro*,²³ o que transforma o homem de trás em figura central do acontecer típico em função de seu conhecimento superior acerca das elementares típicas, permitindo-lhe, assim, “dominar o homem da frente como se fosse uma marionete”.²⁴

Retomando o caso hipotético de base, diremos que *o Gerente de Operações é a figura central do acontecer típico e, portanto, o autor do crime, pois domina a vontade do homem da frente, seu Subordinado, em virtude do erro deste quanto ao caráter tóxico da substância que verte no leito do rio*. Assim, o homem da frente é impunível em virtude de seu erro sobre elementar típica, mas o homem de trás, ao receber agora a qualificação de autor, pode ser punido. A solução dada pela teoria do domínio do fato ao nosso caso-

²¹ GRECO, TEIXEIRA, ob. cit., p. 24-25.

²² São os argumentos consequencialista e deontológico desenvolvidos por GRECO, TEIXEIRA, ob. cit., p. 56.

²³ Sobre o escalonamento das diversas espécies de erros que fundamentam a autoria mediata, cf. GRECO, TEIXEIRA, ob. cit., p. 26.

²⁴ GRECO, TEIXEIRA, ob. cit., p. 27.

base é, pois, político-criminalmente adequada, pois conduz a afirmar a punibilidade daquele que realmente detinha em suas mãos o conhecimento e o controle sobre o fato, o Gerente de Operações.

4.2 *Autoria mediata em aparatos organizados de poder*

Consideremos agora, em pequena, mas significativa modificação no caso-base, que o Subordinado tivesse completo conhecimento do caráter tóxico da substância e, assim, estivesse totalmente consciente do alto risco de que, ao vertê-la no leito do rio, haveria mortandade de animais. Neste caso, o Subordinado deixa de ser uma marionete nas mãos do gerente de operações; pois o conhecimento do injusto que está em vias de praticar implica na liberdade de escolher se cumpre ou não a ordem. É ele agora que determina o “se” e o “como” da prática criminosa, sendo a figura central do acontecer típico, e, pois, o autor imediato. A ordem dada pelo Gerente de Operações deve ser valorada como participação, instigação, figura marginal do acontecer típico que não tem em suas mãos o “se” e o “como” da prática criminosa e que, por isso, pode ser merecedor de menor reprovabilidade.

Em casos como este, há quem sustente que, mesmo diante da plena autorresponsabilidade do homem da frente, ou seja, do Subordinado Executor (autor imediato), ainda assim o Gerente de Operações seria uma figura central do acontecer típico e, pois, seria igualmente autor (mediato), porque se estaria aqui diante de uma outra modalidade de domínio, igualmente idealizada por *Roxin*, denominada *domínio por meio de um aparato organizado de poder*.

Como se sabe, *Roxin* desenvolveu esta forma de autoria mediata para contemplar constelações de casos como as dos homicídios praticados por *Eichmann*, ou os praticados por *Stachinsky*.²⁵ Trata-se de casos nos quais o executor direto do fato típico é um autor autorresponsável, mas que, em virtude de atuar no âmbito de uma estrutura hierárquica apartada do Direito, não deixa de ser um instrumento nas mãos daqueles que ocupam o ápice dessa estrutura. Aqui, a ideia de que a autorresponsabilidade do autor imediato impede a imputação do fato a outrem na qualidade de autor em virtude da impossibilidade de domínio sobre um autorresponsável

²⁵ ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, p. 243.

cede em razão de três características específicas desses aparatos: *a organização hierarquicamente estruturada*, *a fungibilidade dos executores* e *a dissociação do direito*.²⁶ Essas três características fazem com que o “homem de trás” possua tal domínio sobre os membros do aparato que acaba sendo irrelevante o fato de que na ponta extrema esteja um autorresponsável, posto que sempre que o homem de trás “apertar o botão”, a conduta típica será executada automaticamente.²⁷ Aparatos organizados de poder há em estruturas mafiosas, terroristas e Estados totalitários.

A tentativa de estender essa forma de autoria ao ambiente empresarial, considerando os dirigentes autores (mediatos) sempre que deem ordens a seus subordinados, os quais, atuando de forma autorresponsável e atuando com domínio do fato, seriam igualmente autores (imediatos), tem a grande vantagem de contornar dois óbices que se interporiam a uma tentativa de qualificar a atuação como coautoria: as exigências de uma *contribuição relevante na fase executiva* e a *elaboração de um plano comum*. Note-se que no caso-base, na variante em que o Subordinado Executor conhece o caráter poluente da substância, o Gerente de Operações só dá um aporte (a ordem) *antes* da fase executiva do crime de poluição e não há qualquer referência a um plano comum de causar a poluição. O reconhecimento da empresa como aparato organizado de poder permitira, assim, punir como autores agentes que não deram uma contribuição relevante na fase executiva da conduta típica e dispensar um plano comum entre o homem de trás e o homem da frente, pressupostos para a afirmação de uma coautoria entre autor mediato e autor imediato.

Na última edição de seu *Täterschaft und Tatherrschaft*, apenas para apontar uma de suas manifestações, *Roxin* retoma o tema para afirmar que a transposição está *incorreta*: as empresas não são estruturas dissociadas do direito, bem o contrário, atuam integradas na ordem jurídica, o que impede que o homem de trás possa ter a certeza de que, determinada a prática de um crime, esta será automaticamente cumprida por um homem da frente autorresponsável, que atua com

²⁶ ROXIN, Strafrecht: allgemeiner Teil - Band II - Besondere Erscheinungsformen der Straftat, § 25, nm. 105-107.

²⁷ ROXIN, Strafrecht... Band II, nm. 107.

pleno conhecimento do tipo objetivo e da proibição.²⁸ Ademais, não se configuraria nesse âmbito a fungibilidade própria dos aparatos organizados de poder, mais uma razão para rechaçar a pretensão de estendê-la ao âmbito dos crimes praticados no contexto de empresas.²⁹

No Brasil, há que se destacar a panfletária invocação da teoria do domínio do fato no julgamento da AP 470 pelo STF, que foi minudentemente analisada e criticada por *Leite*.³⁰ Agremio aqui apenas alguns pontos centrais desse texto na forma de paráfrase. A par de ser impossível enunciar uma posição do STF sobre a teoria no âmbito daquele julgamento, o termo foi usado em trechos que pretendiam fundamentar decisões relativas a crimes como a gestão fraudulenta de instituição financeira, lavagem de dinheiro, quadrilha e corrupção ativa, de forma indiscriminada e tecnicamente incorreta.³¹ A invocação da teoria serviu para afirmar responsabilidade penal com base na mera *posição hierárquica de determinado sujeito*, especialmente daqueles lotados na cúpula do governo, de partidos políticos, de instituições financeiras,³² a qual – isso é verdadeiramente surpreendente --, muitas vezes mais se aproximava da afirmação de uma posição de garante para fins de responsabilidade omissiva imprópria, à qual, como se sabe, não se aplica a teoria do domínio do fato. Ao fim e ao cabo, “a verdadeira razão para o recurso à teoria do domínio do fato não foi a necessidade de distinguir entre autor e partícipe no direito penal, mas a necessidade de fundamentar a responsabilidade daqueles que ocupam posição de comando, criando uma espécie de autoria por domínio da posição, que nada tem a ver com a teoria do domínio do fato”.³³

²⁸ Cf. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 748-751; GRECO, LEITE, *O que é...*, p. 28-30. A tal contra-argumento de Roxin, responde Knauer que o fato de ser ou não um aparato dissociado do direito não é fator determinante, mas, sim, que o aparato esteja estruturado de tal forma que a ordem vinda de cima seja cumprida sob quaisquer circunstâncias, KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht : zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft*, p. 76 e ss. com ulteriores referências bibliográficas sobre a discussão.

²⁹ Vide, por todos, GRECO, ASSIS, *ob. cit.*, p. 101-106.

³⁰ LEITE, *Domínio do fato, domínio da organização...*, *passim*.

³¹ LEITE, *Domínio do fato, domínio da organização...*, p.55.

³² LEITE, *Domínio do fato, domínio da organização...*, p. 64.

³³ LEITE, *Domínio do fato, domínio da organização...*, p. 88.

Se não admitirmos a aplicação da autoria mediata em aparatos organizados de poder a empresas, reconhecendo, assim, que o domínio do fato no caso-base pertencia ao subordinado, que atuava com plena consciência tanto dos elementos do tipo objetivo como do caráter proibido de sua conduta, cumpre, então, questionar se o gerente de operações teria contribuído ao resultado como coautor ou como instigador.

4.3 Coautoria ou instigação?

4.3.1 Introdução

Afastada uma autoria mediata por meio de um aparato organizado de poder, seria o caso de investigar se o Gerente de Operações teria contribuído como coautor ou como instigador na conduta típica praticada pelo Subordinado (atuando com conhecimento e compreensão da proibição).

Segundo a teoria do domínio do fato, como visto, o autor é a figura central do acontecer típico e, nos crimes comissivos dolosos, é aquele que domina o fato decidindo sobre o “se” e o “como” da prática criminosa. A coautoria pressupõe, assim, dois agentes que ocupem essa posição central de domínio. Mas eles “não precisam realizar, de mão própria, os elementos do tipo, pois o que confere domínio na coautoria é a execução de uma tarefa fundamental no marco da realização de um plano comum”.³⁴ Exige-se, pois, um *plano comum* e *contribuições relevantes de todos os envolvidos*, diante do que se procede a uma imputação recíproca dos atos individualmente praticados aos coautores.³⁵

³⁴ GRECO, ASSIS, ob. cit., p. 88.

³⁵ O melhor exemplo da dinâmica da coautoria é dado por Greco e Assis nos seguintes termos: “Se, por ex., A e B dividem as tarefas de um furto, de forma que a A caberá quebrar o cadeado da porta e vigiar a entrada e a B caberá entrar na casa e subtrair os objetos, ambos cometerão furto qualificado (art. 155, § 4º, I, CP) – A não cometerá apenas o crime de dano (art. 163, CP) e/ou invasão de domicílio (art. 150, CP) e B não cometerá apenas furto (art. 155, caput, CP); afinal, caso um dos dois não tivesse realizado a sua respectiva tarefa, o plano comum de realizar um furto com rompimento de obstáculo não teria obtido êxito” (GRECO, ASSIS, ob. cit., p. 88-89).

4.3.2 Gerente e subordinado

Para imputar reciprocamente os atos do gerente ao subordinado e vice-versa, seria necessário, primeiramente, afirmar a existência de um *plano comum*, para o que se exige “que todos os coautores conheçam como o delito será executado e que eles decidam em conjunto executá-lo”.³⁶ Se não há grande dificuldade em afirmar o conhecimento da forma pela qual será praticado o crime (vertendo líquido tóxico no leito do rio), há dificuldade em afirmar uma decisão conjunta entre Subordinado e Gerente; mais parece que o Subordinado adere tacitamente ao plano do Gerente, razão pela qual este pressuposto da coautoria parece não se configurar. Por fim, é necessária uma contribuição relevante de cada um dos agentes, ou seja, “uma contribuição da qual depende o êxito do plano, ao menos de uma perspectiva *ex ante*” e que deve ser prestada *na fase de execução do crime*.³⁷ Esta última exigência decorre do fato de que o coautor deve ter domínio sobre o fato, sendo capaz de decidir sobre seu “se” e “como”, ainda que de forma compartilhada com o coautor. Aquele que contribui em fase anterior à execução está despido desse domínio, não tem como decidir sobre o “se” e o “como” e não pode, assim, ser considerado coautor, não se podendo lhe imputar a conduta praticada pelo terceiro.³⁸

No caso-base, os principais óbices a considerar o Gerente de Operações coautor da conduta típica praticada pelo Subordinado parecem estar ligados à ausência de um plano comum e, principalmente, à ausência de uma contribuição relevante na fase executiva do crime, uma vez que atuou apenas em momento prévio ao despejo da substância tóxica no leito do rio. A imputação, portanto, deveria lhe ser atribuída a título de participação, na forma da instigação (art. 31, CP).

4.3.3 Gerente financeiro e gerente de operações

Façamos um acréscimo em nossa hipótese de partida incluindo um Gerente Financeiro que, motivado pela necessidade premente de

³⁶ GRECO, ASSIS, ob. cit., p. 92.

³⁷ GRECO, ASSIS, ob. cit., p. 96.

³⁸ GRECO, ASSIS, ob. cit., p. 96.

reduzir os custos operacionais, decide, juntamente com o Gerente de Operações, eliminar os gastos com o acondicionamento correto dos resíduos tóxicos e, pois, vertê-los no leito do rio. O Gerente de Operações *não* poderia tomar esta decisão sozinho, mas apenas com a autorização do Gerente Financeiro. Tomada a decisão, o Gerente de Operações determina a seu Subordinado que verta resíduos tóxicos no leito de um rio e este o faz sem conhecer o caráter tóxico da substância, disso resultando a mortandade de animais.

Temos agora uma *estrutura horizontal*, caracterizada por dois gerentes que atuam no mesmo nível hierárquico e com funções diversas, e uma *vertical*, caracterizada pela relação de subordinação entre o Gerente de Operações e o Subordinado. No plano vertical, dado o erro de tipo do subordinado, já podemos afirmar a autoria mediata do Gerente de Operações. Resta saber se a intervenção do Gerente Financeiro seria já uma realização do tipo (também em autoria mediata) ou apenas uma contribuição marginal, de cumplicidade psíquica ou de instigação.

Há, sem dúvida, uma *decisão comum* entre gerente financeiro e de operações: a redução dos custos de disposição dos resíduos tóxicos é acertada pelos dois por meio de seu despejo em leito de um rio. Esse plano comum é, então, executado por meio do uso do subordinado que atua em erro e, pois, como instrumento dos dois gerentes. Como a autorização do gerente financeiro é determinante para a ulterior execução da decisão comum de verter os resíduos tóxicos pelo instrumento, está atendido também o requisito da *contribuição relevante*, podendo-se fazer a imputação recíproca entre os coautores mediatos: gerente financeiro e gerente de operações.

4.4 Omissão imprópria: aporte omissivo

4.4.1 Introdução

Até agora nada dissemos sobre os sócios dessa empresa industrial. Haveria como responsabilizá-los se nossas hipóteses não mencionam qualquer intervenção ativa de sócios na prática criminosa?

Vamos considerar que a empresa *Industrial* é uma *sociedade de responsabilidade limitada*, que tem cinco sócios com poderes compartilhados de administração e que têm de tomar certas decisões,

como as que envolvam despesas acima de uma certa alçada, de forma *colegiada*.³⁹

Uma das estratégias para alcançar a cúpula da empresa e, pois, seus dirigentes, é a de lhes imputar o resultado em virtude da *omissão de intervir para evitar o resultado típico*.⁴⁰ Além de sua responsabilidade pela prática de ações proibidas, o direito penal também pune, excepcionalmente, o desatendimento a mandados de atuação, que representam exigências de intervenção ativa em favor de bens jurídicos, fundadas em um dever geral de solidariedade, como sucede na omissão de socorro, ou fundadas em um dever especial de determinadas pessoas com relação a certos bens jurídicos ou objetos e pessoas perigosas.

O descumprimento desses mandados pode estar definido diretamente na Parte Especial do Código Penal, como é o caso da omissão de socorro (art.135, CP⁴¹), quando falamos, em omissões próprias; ou podem resultar da combinação de uma figura comissiva, como o homicídio, por exemplo, com a norma do artigo 13, §2º, do CP⁴². Trata-se aqui de uma cláusula geral por meio da qual omissões podem ser punidas a partir de tipos de ação (ou comissivos) previstos na Parte Especial (ou na legislação extravagante). Trata-se de hipóteses nas quais a omissão do dever de agir para proteger bens jurídicos é tão grave que se aplica ao seu agente a mesma pena do agente comissivo.⁴³

³⁹ Exame mais detido da responsabilidade de dirigentes no âmbito das sociedades empresárias limitadas em ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 200 ss.

⁴⁰ Já em SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht..., p. 89-90; também GRECO, ASSIS, ob. cit., p. 108 ss.

⁴¹ CP: “Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”.

⁴² CP, art. 13: “§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

⁴³ Isso não é assim por toda parte. Na Alemanha, por exemplo, o crime omissivo impróprio pode ser punido com pena inferior à prevista para a modalidade comissiva (§ 49 (2) StGB). Cf. ASSIS, A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresa, p. 46,

O exemplo clássico é a omissão de socorro a um bebê por falta de alimentação: a mãe que omitir alimentar esse bebê e o amigo da mãe que pratica a mesma omissão não violam o mesmo dever. A mãe viola o dever de agir para evitar o resultado morte, respondendo pelo resultado como se tivesse praticado uma ação de matar; o amigo da mãe, porém, responderá pela violação de um dever geral de solidariedade, com uma pena menor (art. 135 do Código Penal). O que difere esses dois omitentes?

A reprovação maior da conduta da mãe se deve a uma especial relação de cuidado para com a saúde e a vida da criança. A violação desse dever especial é tão grave que o legislador equipara a reprovação penal da omissão de seu cumprimento a uma ação de matar. Designamos os titulares dessa posição de especial de tutela de *garantidores de proteção*.

Essa mesma ideia está na base da afirmação de que o proprietário do imóvel que deixa de tomar medidas preventivas para que um muro em estado precário não caia sobre pedestres não pratica meramente um crime de omissão de socorro, mas, sim, um crime de lesões corporais. Neste caso, a relação especial que gera o dever de agir para evitar uma lesão ao bem jurídico decorre do fato de que esse proprietário do imóvel tem sob seu controle uma fonte de perigo -- o muro de sua casa -- e o fato de ser proprietário desse imóvel e poder excluir todos os demais (as possíveis vítimas) de sua área de controle -- neste caso uma intervenção no imóvel para a manutenção do muro --, tem como consequência o dever especial de cuidar para que dele não advenham lesões a terceiros. Essa também é a ideia que está na base dos deveres especiais que decorrem do controle sobre pessoas. Assim, o diretor de um hospital psiquiátrico tem o dever de vigiar para que seus pacientes não causem danos a terceiros. Designamos os titulares dessa posição especial sobre coisas e pessoas de *garantidores de vigilância*.

especialmente nota 4. Defende, de lege ferenda, uma tal solução BOTTINI, Do tratamento penal da ingerência, p. 101, passim.

4.4.2 Posição de garantidor do dirigente de empresa: a empresa como fonte de perigo que deve ser vigiada

E como tudo isso se aplica ao âmbito da criminalidade de empresas, mais precisamente aos seus dirigentes?

Empresas nada mais são do que um conjunto de pessoas e objetos ordenados, organizados para o exercício de uma atividade com fins econômicos. Dessa atividade podem decorrer riscos de lesão aos bens jurídicos de outros indivíduos e/ou da coletividade. Para ficar com dois exemplos simples, a integridade física de consumidores ou a arrecadação tributária ou o meio ambiente. Na medida em que os titulares desses bens jurídicos, que podem ser afetados pelas atividades da empresa, não têm como se proteger gerindo os perigos advindos dessas atividades – tal qual no caso do proprietário do imóvel --, pode-se concluir que também as empresas são fontes de perigo e que seus titulares devem vigiar essas fontes de perigo para que não causem lesões a bens jurídicos de terceiros. Daí que, quem tem o controle, ainda que parcial, sobre essa fonte de perigo, tem também o dever de agir para que dela não advenham lesões a bens jurídicos de terceiros, são, assim, *garantidores de vigilância*.

Essa é a ideia que preside hoje a afirmação majoritária na literatura no sentido de que os dirigentes⁴⁴ de empresas têm um especial dever de agir para evitar resultados típicos. Esse dever também é chamado de dever de garantidor. Trata-se, assim, na sua elaboração mais recente, de se estabelecer um equilíbrio entre a liberdade de se organizar em empresa e a responsabilidade pelos perigos ou danos advindos do exercício desta liberdade.

Em uma simplificação grosseira, quando nosso Código Penal diz que tem o dever de agir para evitar o resultado aquele que de outra forma assumiu essa responsabilidade (art. 13, § 2º, “b”, CP), este fundamento legal se alia ao fundamento material para compor a base da posição de garantidor do dirigente. Digo simplificação grosseira, porque parte considerável da literatura e da jurisprudência brasileiras

⁴⁴ O termo dirigente é empregado neste texto para abranger tanto os administradores de fato, como os de direito, designando todos aqueles que têm uma relação juridicamente fundada com a empresa caracterizadora de um poder sobre sua organização, total ou parcial (cf. ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 35-36).

ainda fundam as posições de garantes em normas extrapenais ou, pior, no simples fato de o agente “ocupar uma posição” no ápice da hierarquia de gestão da empresa.⁴⁵ Trata-se do acolhimento da teoria dos deveres formais, superada nos países do nosso entorno jurídico há mais de cinquenta anos.⁴⁶

4.4.3 O fundamento da posição de garantidor do dirigente

Há, essencialmente, três entendimentos acerca do fundamento da posição de garantidor do dirigente: uma que se assenta no seu poder diretivo sobre os empregados, outra que se assenta na ingerência e outra que se funda no controle dos dirigentes sobre a fonte de perigo empresa.

O primeiro entendimento baseia-se na ideia de domínio, como fundamento comum aos crimes comissivos e omissivos. O domínio do dirigente sobre o resultado típico decorreria de seu poder de comando juridicamente fundado sobre os empregados e sobre seu conhecimento superior acerca dos processos produtivos dentro da empresa.⁴⁷ O segundo, funda-se na pré-existência de uma organização perigosa na empresa, a qual, gerando um risco não permitido, implica no dever de agir para evitar resultados danosos atribuída a seus dirigentes.⁴⁸ O terceiro apoia-se na ideia de correlação entre liberdade e responsabilidade: o reverso da liberdade de criar e gerir o foco de perigo empresa seria o dever (a responsabilidade) por cuidar para que

⁴⁵ Cf. o já referido texto de LEITE, Domínio do fato, domínio da organização., passim. Paradigmático o caso examinado pelo STJ nos autos do HC 95.941, no qual houve imputação direta e indiscriminada aos membros do Conselho de Administração de uma sociedade por ações.

⁴⁶ Cf. ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 81 ss.; ASSIS, A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresa, p. 54 ss.

⁴⁷ Este entendimento foi desenvolvido por Schünemann, podendo-se conferi-lo já em seu SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht..., p. 62 ss.; ou em seu texto mais recente, traduzido para o português SCHÜNEMANN, Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos, p. 169 ss.

⁴⁸ Na Alemanha, cf. BEULKE, Der „Compliance Officer“ als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung, p. 22-42; no Brasil, BOTTINI, ob. cit., p. 158 ss.

desse foco não advenham ofensas a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade.⁴⁹

Ao primeiro entendimento, objetiva-se, essencialmente, que não corresponde à realidade atual das organizações empresariais, nas quais nem sempre há um poder diretivo direto dos superiores sobre os subordinados. Exemplo dessa falta de correspondência é o da relação de membros do conselho de administração em uma sociedade por ações com os empregados executores, faltando aos membros daquele órgão competência para emitir ordens a esses empregados. Nem por isso, porém, veem-se esses dirigentes totalmente privados de poderes de controle sobre a empresa, como se colhe de seu poder de autorizar ou vedar certas operações econômicas ou de nomear e destituir diretores. Ao segundo entendimento objetiva-se, também essencialmente, que faltaria frequentemente a relação de proximidade exigida entre aquele que cria o risco desaprovado (ingerente) e o resultado, proximidade essa eliminada ou seriamente reduzida em empresas com várias camadas de gestão entre a cúpula e os encarregados dos atos de execução.⁵⁰ O entendimento remanescente, que se assenta no binômio liberdade-responsabilidade é o que parece melhor fundamentar a responsabilidade dos dirigentes: à liberdade de gerir pessoas e coisas na consecução dos objetivos econômicos da empresa corresponde o dever de agir para evitar que dela advenham danos a terceiros ou à coletividade.⁵¹

⁴⁹ Este é o entendimento prevalente na doutrina alemã. Cf. UTZ, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, p. 124 ss., com fartas referências bibliográficas especialmente na nota 591. Cf. também a última manifestação de Roxin sobre o tema, ROXIN, *Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren*, p. 239-256.

⁵⁰ Ademais, casos claros de responsabilidade omissiva imprópria, como o famoso caso do spray de couro (*Lederspray-Fall*, Urteil des BGH v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt. 37, 107) ficariam sem resposta satisfatória, posto que não se podia afirmar uma conduta precedente ilícita, já que o produto foi comercializado atendendo a todas as regras de segurança previstas na época. Cf. essa discussão em GRECO, ASSIS, *ob. cit.*, p. 111 ss.; e em ROCHA, *A relação de causalidade no direito penal*, p. 140 ss., encontrará o leitor uma descrição detalhada do caso e da discussão sob o viés do nexos de causalidade.

⁵¹ Posição à qual me alinho em ESTELLITA, *Responsabilidade...*, p.122 ss. Argumenta-se que a autorresponsabilidade do subordinado seria um óbice geral à imputação omissiva imprópria à cúpula por crimes por ele praticados. O argumento pode ser superado como procuro demonstrar no trabalho de minha autoria apenas referido (*Ibid.*, p. 125 ss.) e como também demonstram GRECO, *Domínio da organização e o chamado princípio de autorresponsabilidade*, *passim*; e ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, p. 18.

4.4.5 Dirigentes como garantidores de vigilância originários

Os perigos oriundos da gestão de pessoas e coisas na empresa é, primeiramente, assumido pela pessoa jurídica. Como, todavia, ela atua por meio de pessoas naturais que exercem os atos de gestão e de representação da pessoa jurídica na vida econômica, seus dirigentes são, assim, os receptores originários dos deveres de vigilância, isto é, os garantidores originários. São eles que têm “uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, confirmada pela assunção fática dessa função”.⁵²

São necessários, pois, essencialmente, dois requisitos: *a relação de controle sobre a empresa fundada juridicamente*, de um lado, e *a assunção fática dessa função*, de outro. Não basta, assim, a mera designação formal nos documentos societários, é necessária a assunção de fato de tal posição de controle, ainda que parcial, como ocorre, por exemplo, na assunção de chefia de diretorias com âmbitos de competência pré-determinados. Com isso, afasta-se já de saída a possibilidade de que responsabilização de dirigentes pela mera ocupação formal de uma posição na administração da empresa.

Trabalhando como o caso-base, consideremos que o Gerente de Marketing tomou ciência da conduta criminosa posta em prática pelos dois outros gerentes e pelo subordinado, e nada fez para impedir a poluição, sendo que podia atuar para evitar o desastroso resultado. Não tendo uma relação de controle sobre a empresa juridicamente fundada e nem a exercendo de fato, não era titular de uma posição de garantidor e, pois, sua omissão em tomar providências não é penalmente relevante.⁵³

O mesmo não se pode dizer, porém, dos cinco sócios, titulares que são, originariamente, do dever de agir para evitar que das atividades empresariais advenham danos a bens jurídicos de terceiros. Assim, cumpre-lhes vigiar a atividade dos subordinados e, em caso de situação típica, agir para evitar os resultados danosos, no caso, a poluição causada pelo despejo da substância tóxica no leito do rio. Se não cumprem tal dever, podem ser responsabilizados pelo resultado na

⁵²ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 168, item 15.

⁵³ Poder-se-ia, porém, cogitar da prática do crime de omissão de socorro desde que o risco se dirigisse a pessoas e desde que preenchidos os demais requisitos típicos do art. 135, CP.

forma omissiva imprópria, dolosa ou culposa, a depender dos dados do caso concreto.

4.4.5.1 O caso específico da administração dual nas sociedades por ações

Uma das formas de fragmentação de funções na administração de empresas é a divisão de competências entre diretoria e conselho de administração do âmbito das sociedades anônimas. Melhor dizendo, para fins penais, entre membros da diretoria e membros do conselho de administração.

Os membros da diretoria são os titulares por natureza dos deveres de garantidores no âmbito das sociedades anônimas. São os encarregados dos atos de gestão diária, dentre os quais os de organização dos fatores humanos e materiais da empresa. Ademais, são eles os representantes legais da sociedade anônima (art. 138, *caput*, e § 1º, LSA). Isso não quer dizer que os deveres de garantidores os atinjam de forma homogênea, pois a segregação de atribuições do âmbito da diretoria tem efeitos sobre a extensão e o conteúdo das posições de garantidores de seus membros (departamentalização; art. 143, LSA)⁵⁴.

A dúvida ou a polêmica corre por conta do conselho de administração, ou melhor, de seus integrantes. Será preciso investigar se também eles detêm competências que caracterizem uma relação de controle sobre a fonte de perigo empresa, ainda que parcial. E aqui é necessário adotar como hipótese de trabalho um conselho de administração que tenha sido estruturado legalmente exatamente como espelho das diretrizes básicas colocadas na lei sociedades anônimas. Sem isso, seria impossível uma maior aproximação ao tema. Mas fica a advertência de que variações nas competências desse órgão terão maior ou menor impacto na própria afirmação da posição de garantidores de seus integrantes.

As competências de aprovação prévia de certos negócios, de nomeação e destituição de diretores e de fixação das atribuições dos diretores traduzem relação de controle sobre a fonte de perigo empresa (art. 140, LSA). Por meio da aprovação prévia de certas

⁵⁴ Análise detalhada em ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 174-199.

operações, podem os membros do conselho de administração, por exemplo, contribuir de forma omissiva para o crime de lesões corporais, como aconteceu, por exemplo, no caso do spray de couro na Alemanha. Naquele caso, o colegiado negou aprovação de uma proposta de recall de produtos suspeitos de causarem lesões do sistema respiratório dos consumidores. Por meio da destituição de diretores, é possível, por exemplo, interromper imediatamente práticas criminosas em andamento ou futuras. Por fim, a fixação de atribuições aos membros da diretoria manifesta inegável forma de intervenção na gestão da empresa, e sua missão pode eventualmente caracterizar a violação do dever de agir para evitar resultados lesivos. É o que poderia suceder, por exemplo, quando claramente a forma de atribuição de competências entre os membros da diretoria está colocando em risco bens jurídicos de terceiros. Eu tenho certeza que vocês, com a experiência que têm, poderiam nomear muitos outros exemplos que eu sequer consigo imaginar.

Uma parte da literatura que examinei nega que os membros do conselho possam ter deveres de garantidores. Muitos se baseiam no fato de que esse órgão tem apenas uma função de estabelecer diretrizes gerais da administração da empresa. Outros consideram que suas atribuições, dada a relação remota de seu exercício e da efetiva capacidade de agir para evitar ação de um resultado lesivo, impediriam afirmar a posição de garantidores de seus membros.⁵⁵

Não desconsidero nenhuma dessas objeções. Apenas entendo que elas são sistematicamente incorretas. Se de fato uma competência de traçar diretrizes gerais não fundamenta uma posição de garantidor, outras competências como as acima tratadas parecem fundamentá-la. Portanto, essa questão passa pelo feixe concreto de atribuições ou competências atribuídas ao conselho. De outro lado, o fato de que possa haver uma relação remota entre o exercício dessas competências e a evitação de um resultado lesivo é uma questão que deve ser resolvida no âmbito da relação de causalidade entre a omissão e o resultado.

É que, afirmada a posição de garantidor, o conteúdo concreto do dever de agir será determinado em conformidade com a possibilidade jurídica de agir do garantidor. E aqui as normas

⁵⁵ Análise detalhada em ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 185 ss.

extrapenais jogam um papel bastante importante. Elas delimitam o conteúdo da ação mandada pelo ordenamento jurídico, uma vez que o direito penal tem de respeitar as normas jurídicas oriundas de outros setores igualmente em matéria de proibição. E, assim, de fato, no conselho de administração os concretos deveres de agir dos conselheiros são de fato limitados, especialmente tendo em vista que este órgão apenas toma decisões de forma colegiada. Isso quer dizer que, do ponto de vista do direito penal, que exige uma conduta individual e pessoal, o que se exige de um conselheiro como atendimento do dever de agir para evitar o resultado muitas vezes não passará do dever de provocar o Conselho, votar em favor da proteção do bem jurídico, ou reportar o fato à assembleia de acionistas.

4.4.6 Delegação de tarefas

Como sabemos, é da natureza da organização e gestão das empresas que as atividades sejam fragmentadas, seja por meio da divisão de funções em departamentos ou unidades, seja por meio da delegação em cadeia de atribuições. Com isso também se fragmenta o poder de controle e, pois, o âmbito de vigilância do garantidor. De outro lado, a administração das empresas não só se organiza pela divisão de funções numa perspectiva horizontal, mas também numa perspectiva vertical com a delegação de atribuições, já que, a depender da complexidade da atividade econômica, o administrador não poderia executar com suas próprias mãos todos os atos necessários ao cumprimento do objeto social da empresa, nem mesmo quando já tenha sido objeto de departamentalização. Pense-se, por exemplo, na cadeia de delegação de atribuições dentro de um departamento financeiro e de controladoria de uma instrução financeira.

Se as técnicas de fragmentação são necessárias, pois, a rigor, incrementam a proteção a bens jurídicos, permitindo que os diversos agentes melhor desempenhem suas tarefas, além de permitir também que profissionais expertos atuem em áreas que demandam conhecimento qualificado, tanto a departamentalização como a delegação implicam em riscos de que algo não saia bem e interesses de terceiros sejam lesados. É por isso que à fragmentação deve corresponder o estabelecimento de mecanismos de vigilância e controle para manter a fonte de perigo empresa dentro de patamares aceitáveis ou, no jargão penal, dentro dos riscos juridicamente permitidos.

A delegação tem dois efeitos principais: para o garante originário, uma transformação no conteúdo de seu dever de garantidor, que de execução direta das funções ou vigilância, passa a ser um dever de vigilância sobre o delegado; para o delegado, sua constituição em uma posição de garantidor derivada, por assunção (art. 13, § 2º, “b”, CP). Ademais, a delegação tem impacto na determinação do conteúdo concreto do dever de agir do delegado, que se limita ao âmbito de competência por ele assumido.

4.4.7 Delegação de funções de controle

O dever originário de vigiar os gerentes para que das atividades econômicas da empresa não advenham danos a terceiros e à coletividade incumbe aos sócios. Estes podem, porém, por medida de eficiência, decidir delegar esta tarefa a um subordinado,⁵⁶ designado especialmente para o desempenho de tais tarefas.

Essa delegação, como dito, não priva os sócios de suas posições de garantidores, apenas modifica o conteúdo de seus deveres de vigilância que, agora, passam a ser de bem escolher o subordinado, dar-lhe condições materiais e informacionais de desempenhar sua função e, em sendo o caso, intervir para evitar um resultado típico.⁵⁷

No caso-base, suponhamos que os sócios da empresa tenham delegado a um Gerente de Controladoria a verificação periódica da observância das normas ambientais no tratamento dos resíduos tóxicos. Seus poderes, contudo, não incluem o de determinar medidas de adequação, mas, sim, o de informar aos sócios acerca de irregularidades, para que estes, então, tomem as medidas devidas.

Pode suceder (a) que tome ciência e comunique aos sócios; (b) que tome ciência da prática criminosa e *não* a comunique aos sócios; (c) que sequer tome ciência da prática criminosa porque foi propositadamente descuidado na supervisão que lhe incumbia, apesar

⁵⁶ Podem também concentrá-la nas mãos de um administrador, um sócio nas sociedades limitadas, um diretor nas sociedades por ações. Aqui a distribuição de funções realizada na forma de uma “departamentalização” pode ter efeitos parcialmente desoneradores. Cf. ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 75 ss., 173 ss.

⁵⁷ Trata-se do clássico feixe de deveres do garantidor de vigilância: seleção adequada, instrução, organização, supervisão e intervenção. Cf. ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 75 ss.

de ter todas as condições para isso; e, (d) que não tome ciência devido à sua incapacidade para exercer as funções para as quais foi contratado.

Na primeira hipótese, o Gerente de Controladoria cumpriu seus deveres e, pois, não há que se falar em omissão. Se os sócios quedam inertes e nada fazem para evitar o resultado típico (a poluição em curso), descumprem seu dever de agir de garantidores e podem ser responsabilizados por praticarem o crime de poluição na forma omissiva imprópria preenchidos os demais pressupostos legais.⁵⁸

Na segunda, há omissão do Gerente de Controladoria que deixa de cumprir as tarefas que lhe foram assignadas por meio da delegação. Discute-se vivamente na doutrina se um gerente com tais tarefas – que, sem dúvida, assume uma posição de *compliance officer*, aqui com a tarefa de controlar riscos ambientais –, assume ou não uma posição de garantidor por assunção.⁵⁹ Para os que entendem, como eu, que se configura nesse caso uma posição de garantidor por controle da informação que permitiria aos garantes originários exercerem seus deveres de intervenção, então o gerente poderá ser responsável pela poluição na forma omissiva imprópria. Para aqueles que entendem que não há assunção de uma tal posição, o Gerente de Controladoria não seria responsável pelo crime de poluição e, não havendo uma figura omissiva própria, restaria impune. *Na terceira hipótese*, a responsabilidade do gerente dependerá também de se entender que assumiu uma posição de garantidor por assunção ou não, a resposta positiva conduzirá, também aqui, à afirmação de prática do crime por omissão imprópria, e a negativa à negação de uma tal prática.

Na quarta e última hipótese, na qual o gerente não toma ciência da prática criminosa devido à sua incapacidade para exercer as

⁵⁸ Sobre os demais pressupostos, cf. ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 74 ss., p. 235 ss., inédito; também SANTOS, ob. cit., p. 202 ss.

⁵⁹ A literatura é inabarcável. Refiro algumas obras nacionais e estrangeiras a título meramente ilustrativo: BERMEJO; PALERMO, La intervención delictiva del compliance officer; COSTA; ARAÚJO, Compliance e o julgamento da APn 470; DOPICO GÓMEZ-ALLER, Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica; GUARAGNI, Criminal compliance e prevenção de delitos econômicos: o problema dos desvios cognitivos e volitivos na origem da prática criminosa; KONU, Die Garantenstellung des Compliance-Officers; SCANDELARI, As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem.

funções para as quais foi contratado, pode-se cogitar tanto de sua responsabilidade omissiva como da dos sócios. Isto porque estes últimos, na verdade, não cumpriram seu dever de garante originário que era a de escolha adequada do delegado e, assim, a omissão do dever de agir para impedir a poluição decorreu da não observância tanto do dever de escolha adequada como do dever de supervisão que ainda lhes incumbia, o que permitirá lhes imputar o resultado tanto na forma culposa (prevista em lei, neste caso, cf. art. 54, § 1º, Lei 9.605/98), como na dolosa, a depender dos dados do caso concreto.⁶⁰ A responsabilidade dos sócios não ilide a do gerente, quem, ao aceitar o cargo, assumiu, ainda que parcialmente, deveres de garantidor por assunção e, assim, pode igualmente ser responsabilizado pela poluição na forma culposa.⁶¹

4.4.8 Ulteriores pressupostos da tipicidade e seus aspectos problemáticos

A tipicidade da omissão depende da existência de uma situação de perigo direto para o bem jurídico. Não se trata aqui de omissão de qualquer cuidado, mas da omissão de um dever de agir para evitar o resultado lesivo cujo processo causal já se iniciou. Não fosse assim estaremos adiantando na omissão a punibilidade a momentos prévios à punibilidade da tentativa nos crimes comissivos, ou seja, estaríamos punindo sem fundamento legal meros atos preparatórios. O marco temporal de acionamento do dever de agir deve ser determinado a partir da configuração de um perigo direto para o bem jurídico. Se nos crimes envolvendo um omitente individual este ponto não é problemático a ponto de ser raramente discutido, ele pode ter considerável significado no âmbito das empresas de médio ou grande porte, onde pode haver a troca de administradores ao longo de um processo que ao final se mostra causal de um resultado lesivo. Assim,

⁶⁰ Entra em jogo aqui também uma posição de garantidores dos sócios por ingerência, pois ao colocarem no cargo de controladoria uma pessoa incapaz de exercer tais incumbências, criaram, com isso, um risco juridicamente desaprovado.

⁶¹ O que poderia ser objeto de discussão é se a contribuição omissiva do gerente de controladoria se deu a título de autoria ou de participação. Para os partidários da teoria dos delitos de infração de dever, como Roxin, o garante é sempre autor, pois nos crimes omissivos impróprios, a figura central do acontecer típico é o titular do dever especial de agir (dever de garantidor) (ROXIN, *Strafrecht...* Band II, § 31, nm. 140 ss.; entre nós, BATISTA, *ob. cit.*, p. 84 ss.). Para outros, como Schünemann, garantes de proteção serão sempre autores e garantes de vigilância cúmplices quando não agirem para impedir um resultado causado por uma pessoa sobre a qual devem exercer vigilância (SCHÜNEMANN, § 25, nm. 211-212).

determinar objetivamente o acionamento do dever de agir pode significar determinar os possíveis autores omissivos no âmbito empresarial.⁶²

No âmbito do requisito da causalidade, a fragmentação de funções, tarefas e do conhecimento apresenta particulares dificuldades. Nem sempre será fácil determinar se as medidas de vigilância e intervenção possíveis a cada um desses personagens teria evitado a ocorrência do resultado com uma probabilidade próxima da certeza, como exige a doutrina majoritária. Considere-se que, para o membro do conselho de administração, na maioria dos casos, tratar-se-á de hipótese de omissões sucessivas, já que este órgão depende, na maioria dos casos, do ato de um diretor para uma intervenção direta sobre pessoas e coisas na empresa. Por exemplo, se imputarmos a omissão de destituição de um diretor, teríamos que demonstrar que com isto a prática criminosa seria interrompida, em muitas situações essa interrupção também depende de outros membros da empresa, caso no qual será muito difícil comprovar que também estes teriam agido para evitar o resultado (a prática criminosa).⁶³

Por fim, no âmbito da imputação subjetiva, a fragmentação apresenta desafios para configuração especialmente do dolo. Considere-se, como fator de alta relevância, que a maior parte dos crimes econômicos não contempla a punibilidade na modalidade culposa. Exige-se que o autor tenha, como requisito mínimo para configuração do dolo, o conhecimento de todas as circunstâncias elementares do tipo objetivo. A fragmentação da informação no âmbito das empresas terá por consequência bastante comum que os garantidores também só tenham um conhecimento fragmentado dos processos de risco oriundos da empresa, omitindo a ação devida porém sem conhecimento da situação típica, o que caracteriza a forma clássica de erro de tipo que afasta o dolo e permite a punição por culpa.⁶⁴

Essas considerações demonstram que já em nível de tipicidade parece hercúlea a tarefa de afirmar e comprovar a responsabilidade

⁶² Maiores detalhes em ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 236 e ss.

⁶³ Maiores detalhes em *ibid.*, p. 254 ss.

⁶⁴ Maiores detalhes em *ibid.*, p. 285 ss. Cf. também LEITE, Fragmentação..., *passim*.

penal omissiva imprópria de membros do conselho de administração, por exemplo. Restaria ainda analisar a eventual presença de excludentes da ilicitude, dentre elas uma das mais levantes no âmbito da criminalidade de empresa e da omissão que é a da colisão dos deveres⁶⁵. No campo da culpabilidade, por fim, adquire especial relevância o erro sobre o conteúdo da proibição, que cobra particular significado da constelação de casos que tratamos em virtude da penetração das regras extrapenais dos tipos penais do Direito Penal Econômico, aliada ao fato de que nas empresas de médio e grande porte a assessoria jurídica tem um papel fundamental na formação do conhecimento ou do desconhecimento da proibição por parte daqueles que são seus dirigentes e, portanto, os garantes.⁶⁶

Algumas dessas dificuldades explicam sugestões feitas em tempos atuais para tornar mais efetiva a missão de proteção de bens jurídicos que incumbe ao direito penal frente à fragmentação do controle nas empresas. Dentre elas, destaco a criação de novas figuras puramente omissivas, que não demandem a ocorrência de um resultado naturalístico, a criação ou ampliação de figuras culposas, a admissão de uma modalidade subjetiva intermediária como a temeridade, punida com pena superior à da culpa e inferior à do dolo, e, por fim, quando tudo falhar, a responsabilidade penal da própria pessoa jurídica.

5. Responsabilidade individual em estruturas horizontais: o problema das decisões colegiadas

Por fim, suponhamos agora, em mais um acréscimo ao caso-base, que o Gerente de Controladoria tenha informado aos sócios acerca da prática criminosa desenvolvida na base da empresa e que os sócios tenham decidido, em decisão colegiada, não tomar providências para a impedir. Suponhamos, ainda, que as decisões devam ser tomadas por maioria simples, tendo quatro sócios votado no sentido de tolerar a prática e um se absteve de votar num ou noutro sentido.

⁶⁵ SPÄTH, *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*, p. 222 ss.

⁶⁶ Sobre os temas, consulte-se HORTA, *Elementos normativos...*, passim; e LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, passim.

Aqui teremos problemas ligados à causalidade. Se somente eram necessários três votos para formar maioria e houve um voto a mais – voto redundante – todos os votantes poderão alegar que, excluído seu voto, a decisão permanece inalterada, posto que remanescem sempre os três votos necessários para a aprovação da decisão e, pois, a mesma decisão e o mesmo resultado lesivo, não havendo, assim, causalidade no sentido da *conditio sine qua non* e de seu procedimento hipotético de eliminação (art. 13, *caput*, CP).⁶⁷ Haveria, então, no máximo uma tentativa, desde que presente o dolo.⁶⁸

Dentre as soluções propostas para uma situação tão insatisfatória alinham-se duas principais: a da causalidade *alternativa* e a da *teoria da condição mínima*.

Segundo a *teoria da causalidade alternativa*, “se diversas condições podem ser eliminadas mentalmente de forma alternativa sem que o resultado desapareça, mas não podem sê-lo de forma cumulativa, cada uma delas é causa do resultado”.⁶⁹ Assim, considera-se causa daquele concreto resultado o conjunto de quatro votos, o qual, suprimido mentalmente em seu conjunto, faria com que o resultado desaparecesse (em nosso caso, cessasse a poluição) e, pois, o bloco de quatro votos é causal para o resultado e os votantes são coautores.

Segundo a *teoria da condição mínima*,⁷⁰ a causalidade é o vínculo entre dois eventos estabelecido por meio da subsunção a uma lei causal geral. Um evento é uma condição mínima de um resultado, e essa condição mínima se compõe de um variado número de condições, todas necessárias. Um comportamento será causa de um resultado sempre que possa ser subsumido a uma dessas condições

⁶⁷ Esse argumento foi utilizado no famoso caso do spray de couro (Lederspray-Fall), decidido pelo BGH (um tribunal federal alemão como o nosso STJ) em 1990. Sobre o caso e a decisão, consulte-se, em português, ROCHA, ob. cit., p. 140 ss., em meu ESTELLITA, Responsabilidade..., p. 268 ss. Na língua alemã, a decisão foi muitíssimo discutida e devidamente capturada e discutida por GRECO, Problemas de causalidade e imputação nos crimes omissivos impróprios, passim.

⁶⁸ GRECO, ASSIS, ob. cit., p. 90.

⁶⁹ ROCHA, ob. cit., p. 95. Crítico, KNAUER, ob. cit., p. 94 ss.

⁷⁰ Também denominada de teoria da condição INUS (insufficient non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition) e defendida, entre nós, por ROCHA, ob. cit., p. 140 ss. Crítico desta solução, KNAUER, ob. cit., p. 103 ss.

necessárias, independentemente da circunstância de outros comportamentos também serem componentes dessa condição mínima. Assim, em nossa hipótese, eram necessários três votos para a decisão do colegiado de sócios, essa a condição mínima. Pouco importa se eram eles os votos 1, 2 e 3 ou os 1, 3 e 4, posto que todos eles são condições necessárias da condição mínima.

Resta analisar a situação do sócio que se absteve de votar. Para uns,⁷¹ há que diferenciar duas possibilidades. Se se tratasse de uma decisão que implicasse em uma contribuição comissiva, como seria o caso se a decisão de verter os produtos tóxicos fosse tomada pelo colegiado de sócios, a norma penal veicula uma proibição de agir e a abstenção manifesta justamente cumprimento dessa norma, não sendo punível. Mas quando se trata de uma norma penal que veicula um dever de agir (de garantidor), a abstenção implica na violação desse mandado de agir e, pois, traduz justamente a violação do dever de agir concreto daquele sócio naquela situação concreta: a ordem jurídica exigia dele exatamente que votasse em favor da proteção aos bens jurídicos de terceiros em situação de perigo típica, no caso, a imediata interrupção do descarte do produto tóxico no leito do rio.⁷² Para outros, à abstenção não se pode imputar o resultado típico pela ausência de qualquer contribuição ao plano comum dos demais membros do colegiado ou pelo menos não se pode fazê-lo a título de autoria, pela ausência de contribuição essencial para o fato criminoso.⁷³

6. Administrador de fato e a responsabilidade pela atuação em lugar de outro

No âmbito da criminalidade de empresa, não será incomum que a prática criminosa se ajuste a um tipo penal que exige uma qualidade especial do autor, como é o caso, por exemplo, dos crimes

⁷¹ Como GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, p. 370-371.

⁷² Se sua omissão é causal para o resultado é, porém, questão debatida. Sobre esse debate, pode-se conferir, ilustrativamente GRECO, *Problemas...*, passim; ROCHA, *ob. cit.*, p. 171 ss.; SCHROTT, *Unterlassungszurechnung bei drittvermittelten Rettungsgeschehen: unter besonderer Berücksichtigung von Compliance-Systemen*, passim. Um breve panorama em meu ESTELLITA, *Responsabilidade...*, p. 254 ss.

⁷³ KNAUER, *ob. cit.*, p. 206-207.

tributários dos artigos 1º da Lei 8.137/90.⁷⁴ Muitas vezes, ademais, dessa qualidade especial gozará a *pessoa jurídica* e não a pessoa natural que a administra ou gere. Assim, para uma sociedade que atua com a compra e venda de mercadorias, ela será a devedora na qualidade de contribuinte de ICMS sobre as vendas efetuadas ao consumidor (art. 1º) ou, então, de responsável pela retenção do ICMS devido pelo contribuinte quando assim determinado em lei, não os seus sócios pessoalmente, muito menos os seus administradores não sócios. Essa circunstância fica mais evidente quando se pensa em uma sociedade anônima com conselho de administração constituído: nem os conselheiros, nem os diretores, nem os acionistas são os devedores do tributo, mas, sim, a pessoa jurídica. No caso de um crime tributário, portanto, todas essas pessoas naturais estariam privadas da qualidade exigida pelo tipo penal, sendo inviável punir a pessoa jurídica, o que levaria à impunidade.

É para fechar essa lacuna de punibilidade que alguns ordenamentos jurídicos introduziram dispositivos específicos na parte geral de seus códigos penais, como são exemplo o § 14 do StGB e o artigo 31 do Código Penal espanhol. Esses dispositivos cumprem o papel de servir de cláusula geral de transferência da qualidade especial da pessoa jurídica para a/s pessoa/s natural/is que a representem ou atuem em seu nome.⁷⁵ O artigo 31 do Código Penal espanhol, por exemplo, afirma que aquele que atuar como administrador de fato ou de direito de uma pessoa jurídica, ou mesmo em nome ou representação, voluntária ou legal, de uma pessoa, responderá pessoalmente pelo fato ainda que nele não concorram as condições, qualidades ou relações que a figura delitiva exige do sujeito ativo,

⁷⁴ Utilizarei os crimes tributários para ilustrar a problemática do administrador de fato por escolha meramente didática, já que é tradicionalmente considerado um crime especial (cf. BITENCOURT; MONTEIRO, Crimes contra a ordem tributária, p. 115, ASSIS, A responsabilidade penal dos sócios e administradores no âmbito dos delitos tributários, p. 583). Não desconheço, porém, posições como a de KUHLEN, que o considera um crime comum nas modalidades comissivas (como seria o caso, entre nós, da segunda modalidade do artigo 1º, I, Lei 8.137/90, “prestar declaração falsa”) e um crime especial nas modalidades omissivas (como seria o caso, entre nós, da primeira modalidade do artigo 1º, I, Lei 8.137/90, “omitir informação”, cf. KUHLEN, Grundfragen der strafbaren Steuerhinterziehung, p. 41).

⁷⁵ Boa introdução e breve panorama histórico desses dispositivos, entre nós LAUFER, Artigo 25 da Lei 7492: problemas de autoria no âmbito jurídico-penal, p. 175-190. Cf. também ASSIS, A responsabilidade..., p. 592-593.

desde que tais circunstâncias se deem na pessoa jurídica ou pessoa representada.⁷⁶

Note-se que não se trata, aqui, da comunicabilidade de circunstâncias pessoais entre intervenientes na prática de um crime, tal qual contemplada em nosso artigo 30 do CP, por exemplo, ou no § 28 do StGB. Trata-se, antes, de atribuir a qualidade de uma pessoa que não atua a uma outra que atua, em seu nome.⁷⁷ Para que fique mais claro, imagine-se que o sócio-administrador e o empregado responsável pelo setor de contabilidade que praticam juntamente um crime de omissão de informação (renda) na declaração de imposto de renda da pessoa jurídica com o consequente recolhimento de imposto a menor. Nenhum dos dois é contribuinte, não estando nem obrigados à escrituração, nem ao recolhimento do tributo, razão pela qual não poderiam, a princípio, praticar o crime do artigo 1º, I, da Lei 8.137/90. Portanto, a primeira questão que se coloca é como e a quem atribuir a

⁷⁶ CP alemão (StGB): “§ 14. Actuar por otra persona (1) Alguien actúa, 1. como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos, 2. como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; o, 3. como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales personales), también se debe aplicar al representante aún cuando esas características no las tenga él pero si existen en el representado. (2) Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello 1. encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa; o, 2. expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa el con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aún cuando esas características no las tenga él, pero si existen en el propietario de la empresa. 2 Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar mutatis mutandis la primera frase. (3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz”. A tradução é de CLÁUDIA LOPEZ DÍAZ, baseada na versão atualizada até 31 de janeiro de 1998, acessível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf (acesso em 07.05.2017).

⁷⁷ KUHLEN buscou demonstrar, em recente artigo, que já se pode falar, de lege lata, no direito alemão em um subsistema de “delinquência empresarial personificada”, que decorre da conjunção dos dispositivos sobre a omissão imprópria (§ 13 StGB), do atuar em nome de outrem (§ 14 StGB) e do concurso de agentes (§ 25 StGB). A conjugação destes dispositivos vis-à-vis da interpretação que os tribunais lhes têm dado permite, em seu entendimento, transformar diversas formas de delitos em “crimes especiais de dirigentes”, que permite uma ampla resposta penal aos managers, a ponto de tornar despicienda a aventada via da responsabilidade penal da pessoa jurídica (KUHLEN, Personifizierte Unternehmensdelinquenz: Die Anwendung der §§ 13, 14, 25 ff. StGB auf Manager als Unternehmensstrafrecht de lege lata, passim).

qualidade de “contribuinte” exigida pelo tipo: somente ao sócio? Ao sócio e ao contador? Se a resposta conduzir a afirmar que só a um deles, então é preciso decidir se essa qualidade especial exigida pelo tipo se comunicará aos demais intervenientes.⁷⁸

Nosso direito positivo contempla esse problema no âmbito dos crimes tributários, dispondo que “quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art. 11, *caput*, Lei 8.137/90). Transfere, assim, a dirigentes e não dirigentes as qualidades da pessoa jurídica necessárias à prática do crime⁷⁹. Dispositivo similar se encontra no artigo 25 da Lei 7.492/86: “São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes”.

Para outros crimes especiais, cuja obrigação central pode ser de titularidade da pessoa jurídica, como pode suceder com o disposto no art. 68 da Lei 9.605/98 (“Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”), não há dispositivo legal que diga quem, dentro da sociedade empresária, será responsável por tal dever e, pois, poderá violá-lo omitindo-se.

Seria possível invocar as normas societárias que designam os responsáveis pela administração da empresa?

A uma tal pretensão se oporia, com razão, o argumento de que se trata de extensão da punibilidade sem previsão legal, verdadeira hipótese de analogia *in malam partem*, vedada em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 5º, XXXIX, CF, e art. 1º, CP.⁸⁰ Houve, então, uma tentativa de abordagem fática desses elementos de autoria, postulando-se, por exemplo, que gozaria da qualidade especial aquela pessoa natural que assim agisse faticamente para a pessoa jurídica.⁸¹

⁷⁸ GRECO, ASSIS, ob. cit., p. 120, em maiores detalhes ASSIS, A responsabilidade..., p. 592 ss.

⁷⁹ No mesmo sentido, ASSIS, A responsabilidade..., p. 594.

⁸⁰ Cf. LAUFER, ob. cit., p. 193.

⁸¹ LAUFER, ob. cit., p. 194-195.

Isso conduziria, por exemplo, em uma sociedade com vários sócios, a atribuir tal qualidade apenas àquele que faticamente agisse como contribuinte, ou seja, como responsável pela escrituração e pagamento de tributos. Problemas desta natureza são superados quando há dispositivos legais disciplinando a matéria, o que não é o caso no direito positivo brasileiro, exceção feita, como visto, ao artigo 11 da Lei 8.137/90 e ao artigo 25 da Lei 7.492/86.

Um dos entendimentos para enfrentar essa questão é o sustentado por *Assis*, segundo o qual é possível abrir mão de uma norma expressa baseando-se em considerações de direito penal a partir da ideia de domínio sobre o fundamento do resultado, desenvolvida por *Schünemann*⁸². A capacidade de realizar injustos depende do domínio e as qualidades especiais do autor nada mais fazem do que descrever quem tem domínio no sentido da possibilidade de lesionar o bem jurídico protegido pela norma incriminadora. Sendo a “empresa uma fonte de perigo para os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais tributários, quem a controla domina esse risco”, do que decorre, como visto acima (4.4.2 a 4.4.5), que são os sócios e administradores da empresa os possíveis autores nos crimes especiais quando o dever especial recai, primeiramente, na pessoa jurídica⁸³. Outro entendimento sustenta que a via adequada para a solução desse problema seria a inserção, no direito positivo, de uma norma autorizando expressamente a “extensão da autoria a indivíduos que assume a posição de garante do *intra-neus*, ao receberem ou se investirem das competências inerentes ao *status* do sujeito qualificado”⁸⁴.

7. Conclusão

Muito embora a responsabilidade penal seja um atributo de uma conduta individual, objetiva e subjetivamente imputável, antijurídica e culpável, atributo este cuja identificação no contexto fático das práticas criminosas em empresas enfrente desafios, as diversas formas de responsabilidade penal tanto por força das regras do concurso de pessoas, como da responsabilidade omissiva imprópria

⁸² Cf. ASSIS, Responsabilidade..., p. 595 e ss., com ulteriores referências.

⁸³ ASSIS, Responsabilidade..., p. 597-598.

⁸⁴ ORTIZ, *A atuação em lugar de outro no Direito Penal Empresarial: a responsabilidade dos representantes e gestores de fato por delitos especiais próprios*, p. 39.

podem oferecer uma resposta senão cabal, ao menos capaz de fazer frente a uma significativa constelação de casos nos quais a ofensa a bens jurídicos é produto da contribuição heterogênea de diversos agentes.

Referências Bibliográficas

ASSIS. *A responsabilidade penal dos sócios e administradores no âmbito dos delitos tributários*. In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Orgs.). **Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal**. Brasília: Almedina, 2019, p. 581–602.

ASSIS. *A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresa*. In: **Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 45–67.

BATISTA. *Concurso de agentes*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BERMEJO; PALERMO. *La intervención delictiva del compliance officer*. In: KUHLEN, Lothar; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo; MONTIEL, Juan Pablo (Orgs.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 171–208.

BEULKE. *Der „Compliance Officer“ als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung*. In: GEISLER, Claudius et. al. (Org.). **FS Klaus Geppert**. Berlin: Gruyter, 2011, p. 23–42.

BITENCOURT; MONTEIRO. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTTINI. *Do tratamento penal da ingerência*. Universidade de São Paulo, 2015.

COSTA; ARAÚJO. *Compliance e o julgamento da APn 470*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 106, p. 215–230, 2014.

DOPICO GÓMEZ-ALLER. *Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán

(Orgs.). **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 165–189.

ESTELLITA. *Responsabilidade de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FEIJÓO SÁNCHEZ. *El delito corporativo en el Código Penal Español: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*. Navarra: Aranzadi, 2015.

GARCÍA CAVERO. *La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva a la medida de los delitos cometidos desde la empresa*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Orgs.). **La teoría del delito en la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013, p. 353–391.

GARCÍA CAVERO. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. 1999. Disponible em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=31492>>.

GRECO. *Domínio da organização e o chamado princípio de autorresponsabilidade*. In: **Estudos críticos sobre o sistema penal**. Curitiba: LedZe, 2012, p. 925–937.

GRECO. *Problemas de causalidade e imputação nos crimes omissivos impróprios*. Sao Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO. *Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen?* **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, v. 9, 2015.

GRECO; ASSIS. *O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa*. In: **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 81–122.

GRECO; LEITE. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal*. In: **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de**

peças no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19–45.

GRECO; TEIXEIRA. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro.* In: **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de peças no direito penal brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47–80.

GUARAGNI. *Criminal compliance e prevenção de delitos econômicos: o problema dos desvios cognitivos e volitivos na origem da prática criminoso.* [s.l.: s.n.], 2016.

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

KNAUER. *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft.* München: C.H. Beck, 2001. (Münchener Universitätschriften: Reihe der Juristischen Fakultät ; 162).

KONU. *Die Garantenstellung des Compliance-Officers.* Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

KUDLICH; OGLAKIOGLU. *Wirtschaftsstrafrecht.* 2. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2014.

KUHLEN. *Grundfragen der strafbaren Steuerhinterziehung.* Heidelberg: C. F. Müller, 2012.

KUHLEN. *Personifizierte Unternehmensdelinquenz: Die Anwendung der §§ 13, 14, 25 ff. StGB auf Manager als Unternehmensstrafrecht de lege lata.* **Wistra: zeitschrift für wirtschafts- und steuerstrafrecht,** n. 12, p. 465–470, 2016.

LAUFER. *Artigo 25 da Lei 7492: problemas de autoria no âmbito jurídico-penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LEITE. *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.* **Revista Brasileira de Ciências**

Criminais, v. 106, p. 47–90, 2014.

LEITE. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE. *Fragmentação da responsabilidade penal no direito penal econômico Introdução aos problemas da atuação conforme a informações técnicas na criminalidade de empresa, com especial foco na atuação conforme a parecer jurídico*. inédito, 2015.

ORTIZ. *A atuação em lugar de outro no Direito Penal Empresarial: a responsabilidade dos representantes e gestores de fato por delitos especiais próprios*. **Revista fórum de ciências criminais**, v. 7, p. 13–40, 2017.

ORTIZ. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

RAGUÉS I VALLÈS. *Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva*. **Revista de Derecho Penal**, v. 1, p. 201–231, 2002.

ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.

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

ROTSCH. *Individuelle Haftung in Grossunternehmen: Plädoyer für den Rückzug des Umweltrafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

ROXIN. *Geschäftsherrenhaftung für Personalgefahren*. In: FAHL, Cristian et. al. (Org.). **FS Werner Beulke**. Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 239–256.

ROXIN. *Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 112, p. 61–77, 2015.

ROXIN. *Strafrecht: allgemeiner Teil - Band II - Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck, 2003.

ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*. In: Berlin: De Gruyter Recht, 2006, p. 458–526.

SALVADOR NETTO. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SANTOS. *Direito penal: parte geral*. Florianópolis: ICPC; Empório do Direito, 2017.

SCANDELARI. *As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem*. In: **Compliance e direito penal**. [s.l.: s.n.], 2015, p. 158–199.

SCHROTT. *Unterlassungszurechnung bei drittvermittelten Rettungsgeschehen: unter besonderer Berücksichtigung von Compliance-Systemen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

SCHÜNEMANN. § 25. In: **Leipziger Kommentar StGB**. 12., neu b. Berlin: De Gruyter Recht, 2007, p. 1842–1964.

SCHÜNEMANN. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2004.

SCHÜNEMANN. *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos*. In: GRECO, Luís (Org.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 159–181.

SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltenden und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*. München: Carl Heymanns Verlag, 1979.

SILVA. *Domínio do fato e autoria em direito penal: circunscrevendo critérios para delimitação da autoria em face da criminalidade empresarial*. 2012.

SILVA SÁNCHEZ. *Teoría del delito y derecho penal económico*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 99, p. 327 ss., 2012.

SPÄTH. *Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht*. Berlin:

Duncker & Humblot, 2016.

UTZ. *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.