



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RESPONSABILIDADE PENAL DE DIRIGENTES DE EMPRESAS COMPLEXAS POR
CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Julia Schott Pacheco

Rio de Janeiro
2023

JULIA SCHOTT PACHECO

A RESPONSABILIDADE PENAL DE DIRIGENTES DE EMPRESAS COMPLEXAS POR
CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Nelson Carlos Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2023

A RESPONSABILIDADE PENAL DE DIRIGENTES DE EMPRESAS COMPLEXAS POR CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Julia Schott Pacheco

Graduada pelo Centro Universitário Ibmecc-RJ
Advogada.

Resumo – o presente trabalho aborda os desafios relacionados à responsabilização no âmbito penal, de forma individual, dos dirigentes de empresas, especialmente quando desempenham o papel de garantidores em organizações complexas, caracterizadas por uma divisão de funções e uma estrutura descentralizada. Dessa forma, a distância física e temporal muitas vezes torna difícil atribuir um ato criminoso a um único agente, já que o resultado delituoso é frequentemente o resultado de várias ações, tornando complicada a identificação da contribuição individual de cada envolvido. A dificuldade em estabelecer uma conexão direta e imediata entre a conduta criminosa e o dano resultante de ações individuais afeta a compreensão do significado das diversas contribuições para o crime, o que pode dificultar a compreensão individual do que é proibido. Nesse contexto, embora a literatura jurídica brasileira ainda tenha poucas abordagens sobre esse tema, observa-se um aumento no uso de delitos omissivos impróprios e da posição de garantidor como meios de atribuição de autoria, que são os principais focos de análise deste estudo.

Palavras-chave – Responsabilidade penal de dirigentes de empresas. Crimes omissivos impróprios. Criminalidade econômica.

Sumário – Introdução. 1. A expansão do Direito Penal pela omissão à luz da causalidade no Direito Penal brasileiro. 2. Responsabilidade penal individual: um estudo da sua possibilidade diante da criminalidade em empresas complexas e descentralizadas. 3. Cenários práticos e jurisprudenciais da responsabilidade penal no contexto empresarial. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo o estudo da punição e os limites dos deveres de agir dos dirigentes de empresas em situações de crimes omissivos praticados no bojo da atividade empresarial. No Brasil, o julgamento da Ação Penal n. 470/STF, conhecido como “Mensalão”, trouxe à tona debates acerca da responsabilidade penal direcionada aos membros do núcleo financeiro, e que vêm, cada vez mais, crescendo no meio jurídico nacional.

Os delitos em questão fazem referência, em grande maioria, à criminalidade praticada enquanto ao exercício de sua atividade econômica empresarial, em decorrência da divisão de funções, descentralização física, de funções e informações, o que traz grande distanciamento entre os que possuem o domínio das decisões, daqueles que, efetivamente, praticam uma conduta eventualmente delituosa.

Não obstante, o uso dos delitos omissivos impróprios e a posição de garante vêm ganhando espaço como meio de atribuição de autoria, pois, apesar de haver certo respaldo legal,

uma vez que há, ainda, incertezas acerca dos fundamentos, pressupostos e limites dos deveres de agir dos dirigentes de empresas em casos de criminalidade. Neste contexto, faz-se incerta a afirmação de termos, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, de que há unicamente uma responsabilização penal absolutamente individual e subjetiva.

Portanto, o objeto deste estudo encontra-se pautado no tema da criminalidade no âmbito de empresas complexas e as dificuldades de suas imputações, de forma que se busca traçar regras de responsabilização penal do gestor, enquanto garantidor, diante de condutas omissivas, sob a perspectiva da possibilidade de imputação de crime por omissão imprópria.

O primeiro capítulo da presente obra apresenta o contexto e a estrutura dogmática da e a expansão do Direito Penal brasileiro pela omissão, sobretudo na sua forma imprópria, isto é, quando surge a posição de garantidor, nos termos do artigo 13, §2º, alínea “b”, do Código Penal; bem como os seus pressupostos e mudanças de paradigmas no contexto pátrio.

No segundo capítulo, por sua vez, passa-se à análise da estrutura descentralizada e complexa das empresas modernas e a impossibilidade da responsabilização penal da empresa, enquanto pessoa jurídica. Objetiva-se, ademais, ponderar a posição de garantidor dos dirigentes destas empresas por eventuais crimes relacionado à atividade empresarial; e, conseqüentemente, debater a possibilidade de atribuir responsabilidade penal (pessoal) a estes dirigentes, enquanto garantidores.

O terceiro capítulo, por fim, destina-se a estabelecer uma análise dos cenários e estratégias práticas de responsabilidade penal empresarial, a partir de casos paradigmáticos nacionais e internacionais, e a sua repercussão na atual tendência de posicionamento da jurisprudência brasileira.

A pesquisa é desenvolvida pelo método de pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo e análise de casos relevantes acerca do tema, utilizando as teorias do crime fundamentais à compreensão dos limites da responsabilidade penal e do papel de garantidor dos dirigentes nos casos de gestão empresarial.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL PELA OMISSÃO À LUZ DA CAUSALIDADE NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Código Penal Brasileiro (CP), criado pelo Decreto-lei n. 2.848, no *caput* do artigo 13¹, adotou a teoria da equivalência das condições, na qual considera como sendo causa uma *conditio sine qua non*, ou seja, se tal fato viesse a ser suprimido, suprimir-se-ia o resultado. Nas palavras de Estellita, “exige-se que o resultado seja causado por uma ação ou omissão, sem a qual uma ocorrência no mundo externo é um irrelevante penal”².

A partir da interpretação do artigo supracitado, estende-se que, na esfera penal, aferido o resultado decorrente de uma dessas ações, estas serão dadas como causa ao resultado danoso. Um exemplo é o caso da imputação da responsabilidade penal à um sujeito responsável pela tomada da decisão de colocar um produto defeituoso no mercado. A partir deste momento, ele se torna responsável pela sua decisão enquanto causa, bem como por seus eventuais resultados danosos, podendo ter-lhe estabelecida a causalidade entre a sua conduta e o resultado danoso, vez que tenha criado, culposa ou dolosamente, o risco da produção do fato danoso.

No que tange à omissão, prevista no § 2º do artigo supracitado³, o responsável pela colocação e/ou manutenção de um produto defeituoso no mercado, e após a determinação de autoridade competente de retirá-lo do mercado não o faça, a sua omissão, diante do seu dever de agir para evitar o resultado, será interpretada como causa aos eventuais riscos e danos.

Para que então se seja possível imputação do resultado ao agente, exige-se o nexo de causalidade, isto é, a conexão entre o ato de não agir (omissão) e o resultado. Considera-se, portanto, como causa, a omissão enquanto condição necessária à produção do resultado⁴.

Nota-se que a causalidade, resultante de um somatório de fatores, desempenha importante papel na delimitação e consequências das condutas omissivas, apesar de ainda ser um tema incerto e muito debatido. Acerca do tema, Juarez Tavares:

em lugar de se afirmar que a omissão será causa de um resultado quando sua eliminação hipotética implique também a inoccorrência do resultado, deverá se proceder a um juízo negativo: não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza diante do resultado e da lesão do bem jurídico. (...) a questão básica da causalidade na omissão reside, pois, na identificação do que possa constituir

¹ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 05 set. 2023

² ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p.256

³ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.257.

uma *conditio sine qua non* do resultado, partindo de que esta condição deverá estar referida a um aspecto empírico, como também a um aspecto normativo, de determinação de sentido da própria atividade devida⁵.

Partindo-se propriamente para a análise da estrutura e pressuposto do crime omissivo impróprio, também denominado de comissivo por omissão, importa destacar que o Código Penal faz referência à omissão ou não execução de uma atividade predeterminada e juridicamente exigida do agente, havendo, para tanto, o dever de agir para impedir um resultado para que o crime se consume, conforme:

art. 13, §2º, CP - 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 resultado⁶.

Nesta esteira, tem-se, na omissão imprópria, uma especial relação de proteção entre o sujeito e um determinado bem jurídico, que pode derivar de um contrato, da lei, bem como de uma conduta praticada pelo próprio sujeito que, a partir de um comportamento (omissivo) anterior criou um risco de ocorrência do resultado. Deste modo, configurada qualquer das hipóteses previstas nas alíneas do artigo 13, § 2º, do CP⁷, o sujeito passa a ser titular do dever de agir para impedir a ocorrência de resultado danoso na qual ele mantém uma relação jurídica. Surge, assim, a posição de garantidor.

A partir da constatação da omissão imprópria é então possível responsabilizar, na esfera penal, os dirigentes de empresas, enquanto garantidores da atividade empresarial, por atos ilícitos que eventualmente possam ser praticados no bojo de tal atividade.

Inexistem, entretanto, parâmetros objetivos para a responsabilização penal de dirigentes de empresas, sobretudo no cenário empresarial brasileiro, marcado descentralização das suas atividades, da divisão e complexidade de tarefas, fazendo com que a delimitação e punição dos garantidores seja um grande desafio.

Nas palavras de Heloisa Estellita:

na estrutura descentralizada e hierárquica das empresas, a delegação de funções multiplicará essas posições de garantidores: aquele que tem controle imediato sobre a coisa será o garantidor primário; os superiores hierárquicos, dotados de autoridade para emissão de ordens relativas ao uso e emprego da coisa, serão os garantidores secundários⁸.

⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 369.

⁶ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁷ *Ibid.*

⁸ ESTELLITA, *op. cit.*, p. 78.

Logo, deve-se, primeiramente, ocorrer um crime praticado no bojo da atividade empresarial. Identificada a situação típica, o garantidor, ao tomar conhecimento, havendo possibilidade física e real de evitar o resultado danoso ao bem jurídico tutelado por ele, e ainda assim e se abster, preenche, à princípio, à luz dos critérios da responsabilidade pela tomada de decisão, os requisitos da omissão imprópria.

Não obstante, para que se possa imputar a responsabilidade decorrente da omissão imprópria, é imprescindível que o sujeito seja o real garantidor do bem tutelado e tenha conhecimento desta sua posição, sendo necessário um especial dever de agir para evitar o resultado. Contudo, caso se verifique a falta de algum destes elementos, estará presente a figura descrita no artigo 20, do CP⁹, o erro do tipo e, consequentemente, não há de se falar em responsabilização penal frente à atipicidade do fato.

No entanto, merecem ponderações as circunstâncias da possibilidade de agir e a evitação do resultado. Pierpaolo Bottini leciona que a possibilidade é composta pelos elementos capacidade física de agir conforme o esperado e cognoscibilidade do contexto fático dessa ação esperada¹⁰. Já em relação à capacidade física, o limite é estabelecido a partir da capacidade de cumprir uma expectativa, devendo ser levada em consideração a situação do acusado ao tempo da omissão, assim como seus recursos, conhecimentos e habilidades¹¹.

Com efeito, o pressuposto da causalidade diz respeito à análise do nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o seu resultado, para que então possa-se debater a eventual imputação objetiva do resultado ao omitente, de forma que se torna complexa a sua aferição no cenário dos danos causados por sujeitos inseridos numa cadeia empresarial, que, por muitas vezes, têm as decisões tomadas por órgãos colegiados.

Por todo o exposto, é notório que o tema em tela é ainda bastante controvertido, sobretudo diante das relações econômicas e empresariais modernas, torna indispensável a análise minuciosa das peculiaridades de cada caso concreto. Inegável, porém, que, preenchidos os requisitos analisados acima, bem como havendo um momento psicológico que ligue a sua omissão ao resultado, pode-se, então dar início ao debate da imputação da responsabilidade penal ao(s) dirigente(s) de empresa(s) por crimes omissivos impróprios.

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

¹¹ *Ibid.*, p. 44.

2. RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL: UM ESTUDO DA SUA POSSIBILIDADE DIANTE DA CRIMINALIDADE EM EMPRESAS COMPLEXAS E DESCENTRALIZADAS

O artigo 3º da Lei n. 9.605/98¹² prevê, de forma limitada aos crimes praticados contra o meio ambiente, a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica (“RPPJ”) se a pessoa jurídica for criminalmente responsável e punível pelos crimes que venha a cometer, independentemente da detecção de um erro interno. Importante observar que, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, a transferência será sempre de uma pessoa física para a pessoa jurídica, o que, não ocorrerá no sentido contrário.

Além da falta de requisitos legais para a responsabilização penal da pessoa jurídica para outros crimes, Schunemann entende que falta à pessoa jurídica a culpabilidade e capacidade de ação¹³. Em igual sentido, Greco ensina que, em havendo pena personalíssima, só pode ser aplicada quando houver conduta culposa personalíssima. De tal modo, considerando que a pessoa jurídica unicamente titular dos direitos adquiridos, ela não pode ser punida por si mesma e está isenta de qualquer culpa¹⁴.

Por outro lado, na busca da possibilidade de punir-se a pessoa jurídica, sugere-se o modelo de responsabilidade por imputação, isto é, que se impute à pessoa jurídica o fato típico, antijurídico e culpável da pessoa natural, havendo a responsabilização penal tanto responsabilidade penal da pessoa natural, enquanto dirigente da empresa, quanto da pessoa jurídica¹⁵. Tratar-se-ia, portanto, de imputação de ato de terceiro.

Para a adoção desse modelo, entretanto, Estellita sustenta que há necessidade de um:

[...] comportamento reconduzível à pessoa jurídica ou a uma relação de domínio entre ela o agente, os quais, porém, inexistem, sendo todos os comportamentos da pessoa jurídica, na verdade, reconduzíveis ao atuar de uma pessoa natural, em um processo de regresso ao infinito¹⁶.

¹² “Art. 3º da Lei n. 9.605/98 - “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”. BRASIL. Lei n. 9.605/98. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 11 abr. 2023

¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. *La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea*. Madrid: Ramón Areces, 2006, p. 86-90

¹⁴ GRECO, Luis. *Problema de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 512 à 515.

¹⁵ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 65.

¹⁶ *Ibid.*

De acordo com o princípio da legalidade, a omissão penalmente relevante é evidente a partir da imputação de um resultado a um omitente qualificado, portador de uma relação com determinados bens jurídicos, chamado “garantidor”, que há, decorrente da Lei¹⁷, especial dever de agir para protegê-los. Neste sentido, carecem ser ponderadas duas circunstâncias: (i) a possibilidade de agir; e (ii) a evitação do resultado.

Ilustra Pierpaolo Bottini que a possibilidade de agir seria a capacidade física de agir conforme o esperado e cognoscibilidade do contexto fático dessa ação esperada, na qual a sua apreensão faz-se através uma referência a expectativas de ação, sem a qual a omissão cometida perderia a relevância penal, considerando, na análise dos casos concretos, a situação dos acusados ao tempo da omissão, bem como seus recursos, conhecimentos e habilidades¹⁸.

Em relação ao resultado, por sua vez, trata-se da forma na qual deveria o sujeito garantidor deveria ter agido no intuito de evitar o dano, no qual deve ser dominável e previsível¹⁹. A ausência de qualquer um dos elementos, a possibilidade concreta de ação, ou a cognoscibilidade, afastará a sua incidência, em decorrência da sua inaplicabilidade ao caso concreto.

Como justificativa à imputação penal ao sujeito, Schunemann afirma que a estrutura comum entre uma comissão realizada por conduta ativa e a comissão por omissão seria a correspondência entre:

[...] o centro pessoal de controle (...) e o movimentom corporal causador do resultado (...) na medida em que o movimento corporal possibilita o nexo causal e surge como fundamento imediato do resultado, o domínio imediato sobre esse fundamento imediato do resultado é, assim, fundamento mediato do resultado²⁰.

Assim sendo, a verificação do dever de garantidor surgirá de condições do domínio real, seja sobre uma causa essencial do resultado, seja sobre o desamparo de um bem jurídico.

Não obstante, porém, diante de uma omissão imprópria, destacam-se os seguintes pressupostos para imputação do resultado a esse garantidor: (i) existência de uma situação típica; (ii) omissão de conduta determinada e exigida para evitação de um resultado, embora possuísse o autor, nos termos explanados neste tópico, capacidade física e

¹⁷ “Art. 13, §2º, do Código Penal - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.” BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

¹⁸ BOTTINI, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ *Ibid.*, p. 46.

²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In: _____ (Org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 159-181.

cognoscível para fazê-lo; (iii) a causalidade, a que se dedicará um tópico especial neste trabalho; (iv) imputação objetiva; (v) a existência de um dever de garantia, função de garantidor, em sentido jurídico-doutrinário, atribuível previamente ao agente²¹.

No contexto prático dos crimes cometidos no âmbito empresarial, deve-se considerar a problemática da assimetria de informações frente à possibilidade de agir dos garantidores, assim como a medição da cognoscibilidade, que diz respeito ao conhecimento do agente sobre seus deveres de ação, no qual o desconhecimento de um dever de agir ou de não agir, sofre as consequências oriundas da divisão de tarefas e funções.

Contudo, frente à descentralização das atividades, sobretudo em empresas complexas e setorizadas, faz-se com que a apuração dos requisitos que possibilitem a responsabilidade omissiva seja um grande desafio.

Em estruturas empresariais complexas, nas quais prepondera um modelo de gestão descentralizado com a diversificação das esferas hierárquicas de competência, o poder de gestão afasta-se, cada vez mais, da concepção clássica de ser uma função exclusiva do administrador da empresa.

Permite-se, portanto, que os delitos que eventualmente surjam da atividade empresarial possam ser atribuídos a diferentes sujeitos da cadeia empresarial, adotando-se o princípio da descentralização²², que, para além da tradicional delegação, importa na transmissão de obrigações empresariais a encarregados.

Quando há delegação de funções, sob o ponto de vista do sistema *bottom up*, no qual parte da base ao topo da estrutura com divisões de tarefas, identifica-se que a informação, ao chegar às divisões mais altas da empresa, aumenta-se o número de eventuais sujeitos submetidos ao dever vigilância.

Por outro lado, tem-se a partir desta atribuição a transformação das posições originais de garantia, podendo ocasionar uma ruptura ou desvio no fluxo de informação, o que, por vezes, gera a departamentalização por conteúdo, que faz com que o topo da cadeia, como por exemplo, o Conselho de Administração receba apenas informações de caráter globais, afastando o seu conhecimento de questões mais detalhadas e setorizadas.

Os problemas na circulação de informações evidenciam, portanto, não ser presumível o conhecimento de todos os sujeitos da relação empresarial a respeito de fatos praticados no bojo da sua atividade, o que torna, ainda mais difícil, a imputação da autoria em

²¹ ESTELLITA, *op. cit.*, p. 78.

²² SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 533.

se tratando de um fato delituoso, isto é, quem possui o domínio do fato.

Como solução, Silveira sustenta que os dirigentes possuem, sempre, o domínio de esferas individuais alheias²³, um “monopólio do domínio” que se justifica por um caráter geral, proposta conflitante com os requisitos de autoria mediata de Claus Roxin. Em outras palavras, tratar-se-ia de um dever de proteção genérico, que não levaria em consideração as esferas de conhecimento.

Acerca do tema, Demetrio Crespo aduz que, no estudo a respeito da responsabilidade do empresário, por fatos cometidos por seus subordinados, é imperativa a análise de que a autoria não pode surgir da mera contratação de trabalhadores, vez que não guarda relações de domínio do comportamento posterior desses sujeitos.

Destarte, não seria possível atribuir-se a autoria a determinado sujeito por um injusto praticado por outrem, autorresponsável. Tem-se, todavia, como exceção, a hipótese na qual um terceiro figure como responsável limitador em razão do contexto fático, onde poderá, ocasional e excepcionalmente, ser discutida a responsabilidade penal dos seus dirigentes na estrutura empresarial.

3. CENÁRIOS PRÁTICOS E JURISPRUDENCIAIS DA RESPONSABILIDADE PENAL NO CONTEXTO EMPRESARIAL

Neste capítulo, para a melhor análise dos cenários práticos da responsabilidade penal empresarial, é de suma relevância o entendimento do emblemático caso Lederspray, julgado pelo Tribunal Superior Alemão (*Bundesverfassungsgericht* ou “BGH”) em 1990, pois, até os dias atuais, continua a ter repercussões significativas na doutrina e jurisprudência. Inaugurou-se, neste, um importante marco na jurisprudência alemã ao abordar a responsabilidade penal de dirigentes de empresas por crimes omissivos impróprios, particularmente em situações envolvendo omissões sucessivas no contexto empresarial²⁴.

No caso Lederspray, a empresa *Werner und Mertz GmbH* lançou no mercado um produto de impermeabilização de sapatos de couro em embalagens de spray que, a princípio, estava em conformidade com as normas de segurança exigidas. No entanto, após a comercialização do produto, começaram a surgir casos de lesões corporais relacionadas ao seu

²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D'placido, 2016, p. 156.

²⁴ ALEMANHA. Tribunal Superior Alemão. *BGHSt* 37, 106. Disponível em < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs037106.html> > . Acesso em: 12 set. 2023.

uso. Posteriormente, a empresa conduziu pesquisas e investigações sobre o produto e suas possíveis causas das lesões relatadas, mas sem obter resultados objetivos. Diante dessa situação, a empresa tomou uma decisão colegiada de realizar novas pesquisas, porém, surpreendentemente, não adotou a medida de *recall* do produto, ou seja, a retirada do mercado. Em vez disso, optou por manter o produto no mercado, o que resultou no registro de novos casos de lesões e até mesmo mortes.

A análise desse cenário revela uma hipótese de omissão sucessiva. A primeira omissão ocorreu quando a empresa, ao tomar conhecimento do potencial risco à saúde representado pelo spray, deixou de realizar o *recall* dos produtos já lançados no mercado. Ademais, os revendedores que estavam de posse do produto também tinham a obrigação de retirá-lo da venda, o que não ocorreu em vários casos.

A defesa dos acusados (os dirigentes da empresa) alegou que não se podia provar que, um eventual *recall* preveniria os danos à saúde, visto que não seria possível provar que os revendedores, de fato, retirando os produtos de circulação. Apesar de o BGH sustentar que em sua última instância é vedado o exame de prova, o tribunal não opôs no proceder da instância inferior que, neste ponto, havia condenado os dirigentes com base em juízo hipotético de mera possibilidade de evitação do resultado, afastando o critério de exigência de uma probabilidade próxima de certeza, anteriormente utilizado pela mesma turma.

Além disso, em relação à responsabilidade em sistemas com divisão de tarefas e funções dentro da empresa, a decisão do BGH baseou-se em uma responsabilidade e competências gerais da administração da empresa. Isso implicou que a responsabilidade penal atingiu a empresa como um todo, demandando que seus integrantes tivessem o dever de agir para evitar lesões a direitos de terceiros. Portanto, a imputação foi dirigida à camada superior da empresa, e não à conduta dos subordinados que executaram diretamente o fato típico. A partir dessa imputação, foram valorizadas as contribuições dos diversos intervenientes na empresa.

Não obstante, no contexto da responsabilidade por omissão imprópria, é essencial considerar seus pressupostos básicos de imputação, conforme analisado anteriormente. No entanto, em relação ao nexo causal, o BGH trouxe uma inovação ao adotar a "causalidade geral" em vez da fórmula da eliminação hipotética.

Nesse novo paradigma, a constatação da causa passou a ser feita de forma indireta, por meio de fatores externos que poderiam ser eliminados da cadeia causalista. Nesse sentido, era suficiente para configurar a responsabilidade penal a desaprovação jurídica do resultado de perigo, independentemente de uma análise estritamente causal.

Sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, a proteção à saúde e segurança do consumidor é garantida, sobretudo, nos artigos 8º e seguintes do Código de Defesa do Consumidor (CDC)²⁵. O artigo 10º do CDC²⁶, especificamente, proíbe o fornecedor de colocar no mercado produtos que saiba ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. Essa disposição legal demonstra especial relevância no tema, uma vez que impõe um dever de diligência ao fornecedor na cadeia comercial de consumo como um todo.

Destarte, cabe, agora, a análise do cenário da jurisprudência brasileira acerca do tema, destacando, sobretudo, o caso da Ação Penal n. 470/STF, popularmente conhecida como “Mensalão”, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”)²⁷. No caso, sete dirigentes de empresas, incluindo os líderes do Banco Rural e o publicitário Marcos Valério, foram denunciados e condenados por sua participação ativa no esquema de corrupção e desvio de recursos públicos, com destaque para o pagamento de propinas a parlamentares em troca de apoio político ao governo.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal trouxe como solução à atribuição de responsabilidade penal de dirigentes de empresas a atribuição de autoria mediante “domínio do fato”, com base na teoria de Claus Roxin. No entanto, é fundamental analisar a admissibilidade dessa teoria à luz do Código Penal brasileiro e sua aplicabilidade na punibilidade de dirigentes e superiores hierárquicos.

Nesta esteira, de acordo com os modelos tradicionais de imputação de responsabilidade penal, é necessário que haja uma ação ou omissão do sujeito ator para que seja configurada a responsabilidade penal, não sendo suficiente a simples ocupação de um cargo. A teoria do domínio do fato, por sua vez, diferencia autores de partícipes, adotando uma concepção não unitária e rejeitando premissas causais-naturalísticas²⁸. Assim, o domínio do fato é um critério orientador, não sendo, por si só, a definição de autoria.

Nota-se, portanto, que afirmar que um sujeito é autor de um fato apenas com base no “domínio do fato” sem delimitar as circunstâncias concretas que o situam como autor não representa uma assertiva completa e, desta forma, inaplicável ao Direito Penal Brasileiro.

²⁵ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm> Acesso em: 12 set. 2023.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP n. 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/poder/2013/04/22/acordao-parte1.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2023

²⁸ ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Civitas, 2000, p. 489-490.

No entanto, no caso, o STF não parece ter realizado uma reinterpretação absoluta, indicando que existe compatibilidade entre o sistema unitário adotado pelo legislador e a teoria do domínio do fato. Para tanto, ressalta-se a diferença entre a teoria do domínio do fato, criada por Claus Roxin, e o poder de evitá-lo: a teoria do domínio do fato, como previamente abordado, se concentra na atribuição de responsabilidade a indivíduos que exercem controle ou autoridade sobre um crime, mesmo que não tenham participado diretamente da ação criminosa. A possibilidade de evitá-lo, por sua vez, refere-se à capacidade de um indivíduo de impedir um crime, quando este tinha conhecimento da sua iminência, mas não tomou as medidas necessárias para evitá-lo. Enquanto a primeira se baseia na liderança ou comando sobre o ato criminoso, a segunda se relaciona com a negligência ou omissão em evitar o delito, revelando diferenças fundamentais na aplicação da responsabilidade penal.

Deste modo, nem todo dirigente deve ser automaticamente considerado como figura e dever do garantidor. A teoria de Roxin se aplica principalmente a delitos de domínio, comissivos dolosos, que pressupõem a atuação conjunta. A posição de garantidor, por sua vez, é um elemento típico dos crimes omissivos impróprios, nos quais a ideia de domínio do fato não é aplicável.

Destarte, a inadequação e a não aplicabilidade absoluta da teoria do domínio do fato como solução para as dificuldades da responsabilização penal dos dirigentes de empresas ficam evidentes, tanto pelo domínio funcional quanto pelo domínio da vontade. Isso sugere a necessidade de buscar alternativas, tanto no contexto nacional quanto internacional, para a atribuição de responsabilidade penal aos dirigentes de empresas em relação aos delitos de omissão imprópria. A questão é complexa e requer uma análise aprofundada, considerando os princípios legais, a jurisprudência e a doutrina jurídica.

Examinadas as principais dificuldades para imputação de responsabilidade penal no âmbito da criminalidade de empresa, sobretudo pela falta de pressupostos objetivos, cumpre apontar as estratégias que buscam alcançar tal finalidade.

Estellita explana acerca da visão tradicional acerca da responsabilização penal dos dirigentes por crimes omissivos impróprios, a chamada lógica *bottom-up*, na qual parte do sujeito mais próximo ao evento causador do fato danoso, e ascende percorrendo os diferentes níveis da hierarquia estrutural, isto é, “de baixo para cima”²⁹:

no âmbito de uma responsabilidade por ação, o agente mais próximo do fato é também aquele cuja ação deu causa direta ao resultado, podendo-se, a partir dele, apurar contribuições de outros agentes, tanto no mesmo nível, como em níveis superiores, o

²⁹ ESTELLITA, *op. cit.*, p. 52.

que provocará a análise dos pressupostos da coautoria, autoria mediata e participação. Esse método de abordagem obedeceria a uma lógica *bottom-up* [...].

Por outro lado, o modelo *top-down* está ganhando espaço na doutrina. Estellita descreve que, nesse modelo, os deveres individuais dos dirigentes dependem dos deveres da própria empresa. Ele sugere uma análise em duas etapas, na qual primeiro se determina se a empresa agiu ou se omitiu, e depois se transfere o resultado dessa análise para seus integrantes, levando em consideração suas competências internas³⁰.

Nesse contexto, há na doutrina³¹ sugestões de um modelo no qual a responsabilidade individual depende da afirmação concreta da posição de garantidor. A análise começa com a investigação da existência de uma conduta típica e antijurídica praticada pela empresa, considerando a existência ou não de uma conduta omissiva e a eventual figura de garantidor, bem como o nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o resultado.

Em seguida, a responsabilidade da organização é transposta para seus integrantes individualmente, considerando a contribuição individual de acordo com a classificação do comportamento da organização como um todo. Caso a organização tenha um comportamento positivo, ao membro individual é imputado o comportamento comissivo, mesmo que ele tenha permanecido inerte, desde que seja possível afirmar e atribuir os deveres de garantidor.

Entretanto, o modelo *top-down* tem sido objeto de críticas, alegando que ele coloca em segundo plano os princípios do Direito Penal brasileiro, enfraquecendo as estruturas de intervenção, imputação e imposição de deveres legais de agir. Além disso, sugere uma quebra na unidade das normas gerais entre a imputação a pessoas individuais e a imputação em estruturas coletivas estabelecidas no Código Penal.

Por fim, Estellita argumenta em favor da manutenção da abordagem *bottom-up*, apoiando-se no modelo de responsabilidade penal individual adotado no Código Penal brasileiro. Esse modelo se baseia nas contribuições pessoais e causais para a responsabilidade penal (artigos 13, *caput*, e 29, ambos do Código Penal³²) e na descrição dos tipos penais da parte especial, que descrevem ações ou omissões, reforçando a distinção entre a punibilidade individual e coletiva. Portanto, a abordagem *bottom-up* é considerada mais compatível com os pressupostos legais da punibilidade em vigor³³.

³⁰ *Ibid.*, p. 54.

³¹ PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade da Pessoa Jurídica*: em defesa do princípio da imputação subjetiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³² BRASIL, *op. cit.*, nota 01.

³³ ESTELLITA, *op. cit.*, p. 56 a 60.

CONCLUSÃO

A complexidade dos crimes contemporâneos demanda do Direito Penal um esforço para proteger novos bens jurídicos por ele tutelado, para isso é necessário normas específicas de imputação de responsabilidade, a fim de não expandir o poder punitivo do Estado de forma irresponsável. As estruturas empresariais possuem elementos indispensáveis para o seu funcionamento, que dificultam o alcance do direito penal, como a pluralidade de agentes em seu ambiente, divisão de tarefas e fluxo de informações.

Dessa forma, diversas teorias clássicas de delito não conseguem atribuir autoria nos crimes empresariais, afetando também os processos de criminalização e a forma como o direito penal é tradicionalmente aplicado. A partir disso, algumas empresas passam a ser consideradas fonte de perigo a gerar riscos a bens jurídicos, atribuindo seus administradores à posição de garantidor. Nesses casos é necessária uma análise da realidade fática para verificação de atos ilícitos anteriores por parte dos dirigentes ou riscos proibidos, não resguardados pela imputabilidade, decorrendo em um dever de agir para evitar lesão a bens jurídicos por parte dos dirigentes empresariais.

A dogmática penal frente a novas dificuldades em conjunto com forte pressão midiática, que muitas vezes leva o operador do direito uma pressão em alcançar a responsabilização de dirigentes empresariais como uma forma de resposta à sociedade. O desafio, portanto, está em não se afastar dos pressupostos legais que são imprescindíveis para a caracterização de omissão imprópria, que vedam a imputação de pena simplesmente em razão do cargo ocupado.

A legislação penal tenta acompanhar a proteção desses bens jurídicos coletivos postos a perigos pelas atividades empresariais na qual, busca-se compreender esse fenômeno, sobrepesando a proteção suficiente em matéria de segurança pública, mas sem descuidar dos marcos garantistas do Estado Democrático de Direito. Assim trata-se de buscar fundamentos idôneos para embasar a responsabilidade penal das pessoas físicas nos delitos econômicos no âmbito empresarial.

Os crimes comissivos por omissão necessitam de delimitação da posição de garantidor em consonância com um resultado típico. A posição de garantidor possui hipóteses de enquadramento elencadas no art. 13, § 2º, alínea “a”, do CP, no entanto é demasiadamente ampla, necessitando que o magistrado determine a posição do autor por interpretação ampla da lei o que pode gerar distorções.

A adoção dessa teoria, ao expandir os sujeitos de responsabilidade, atingindo não somente o autor comissivo do delito, mas também os que se omitiram, atende a demandas

sociais atuais que buscam acabar com a impunidade de classes mais favorecidas, por vezes causando uma expansão indevida do direito penal.

Nessa perspectiva, a omissão imprópria pode acabar sendo usada como estratégia processual se beneficiando da falta de limites impostos pelo legislador no dever de agir, disposto no artigo 13, §2º do Código Penal, presumindo um dever de garantia para suprir elementos probatórios que seriam necessários para fundamentar a autoria de membros da administração da empresa.

A omissão, por sua vez, deve ser voluntária e consciente, ou seja, o agente deve ter ciência do seu dever de agir e deliberadamente deixar de fazê-lo. Ademais, é necessário estabelecer um nexo de causalidade entre a omissão do agente e a produção do resultado criminoso. Em outras palavras, a omissão do dirigente deve ter contribuído de forma efetiva para a ocorrência do crime.

A jurisprudência brasileira tem tratado de casos envolvendo a responsabilidade penal de dirigentes de empresas por crimes omissivos impróprios de diversas formas. Alguns exemplos emblemáticos ajudam a ilustrar como esse tema é abordado nos tribunais do país, como, por exemplo, no famoso caso do “Mensalão”, inaugurado pela Ação Penal n. 470/STF.

No entanto, é importante que qualquer processo penal leve em consideração a análise detalhada dos elementos essenciais para a configuração desse tipo de responsabilidade. Afinal, a imposição de penalidades a dirigentes de empresas deve ser equilibrada, justa e baseada em evidências sólidas que demonstrem a culpabilidade de cada indivíduo envolvido.

A condução probatória, em termos processuais, passa, portanto, pela demonstração da identificação do cargo ocupado pelo agente, quais responsabilidades legais e estatutárias são inerentes ao cargo, se a atividade que fomentou ao risco perpassa pela sua responsabilidade e conhecimento, nível de informação, e quais providências foram efetivamente adotadas para mitigar esse risco.

Em resumo, a responsabilidade penal de dirigentes de empresas por crimes omissivos impróprios é uma questão jurídica complexa e multifacetada, que exige análise cuidadosa dos fatos e circunstâncias de cada caso específico. A jurisprudência brasileira continua a se desenvolver nesse sentido, à medida que a sociedade demanda maior responsabilização pelos danos causados por omissões negligentes ou deliberadas.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Superior Alemão. *BGHSt* 37, 106. Disponível em < <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs037106.html>>. Acesso em: 12 set. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____. *Crimes de Omissão Imprópria*. Coleção Direito Penal & Criminologia. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm > Acesso em: 12 set. 2023.

_____. *Código Penal*. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 05 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP n. 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: < <http://media.folha.uol.com.br/poder/2013/04/22/acordao-parte1.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2023

CONCEIÇÃO, Janaina. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GRECO, Luis. *Problema de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RÉGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. V. I. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

_____. *Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria: possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria Silva. *El delito de omision: Concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: Bdef, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Belo Horizonte: D'placido, 2016.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.