

INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO - IDP

GABRIELA CRISTINA SILVEIRA

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO ADMINISTRADOR POR
CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO SOB A PERSPECTIVA DA
TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA:
Uma análise voltada às sociedades de responsabilidade limitada**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

SÃO PAULO – SP

2020

GABRIELA CRISTINA SILVEIRA

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO ADMINISTRADOR POR
CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO SOB A PERSPECTIVA DA
TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA:**

Uma análise voltada às sociedades de responsabilidade limitada

Dissertação apresentada ao Instituto de Direito Público – IDP – São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

Linha de pesquisa: Direito Penal. Combate à corrupção e criminalidade econômica.

Orientador: Prof. Dr. André Castro Carvalho

SÃO PAULO – SP

2020

Silveira, Gabriela Cristina

A responsabilidade penal do administrador por crime omissivo impróprio sob a perspectiva da teoria da cegueira deliberada: uma análise voltada às sociedades de responsabilidade limitada / Gabriela Silveira – 2020

116 fls. 01 Figura

Orientação: Prof. Dr. André Castro Carvalho

Dissertação (Mestrado) – Instituto de Direito Público – IDP – São Paulo. 2020

1.. Direito penal econômico. 2. Omissão imprópria. 3. Administrador de sociedade limitada I. Carvalho, André Castro. II. Instituto de Direito Público – IDP – São Paulo. Programa de Mestrado. III. Título.

GABRIELA CRISTINA SILVEIRA

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO ADMINISTRADOR POR
CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO SOB A PERSPECTIVA DA
TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA:
Uma análise voltada às sociedades de responsabilidade limitada**

Dissertação apresentada ao Instituto de
Direito Público – IDP – São Paulo como
requisito para a obtenção do título de
Mestre.

Data da Aprovação: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Castro Carvalho – Orientador – USP

Julgamento: 09/10/2020

Assinatura: _____

Prof. Dr. André Callegari

Julgamento: 09/10/2020

Instituição: IDP

Assinatura: _____

Prof. Dr. Márcio Arantes

Julgamento: 09/10/2020

Instituição: USP

Assinatura: _____

RESUMO

Silveira, Gabriela Cristina. **A Responsabilidade Penal do Administrador por Crime Omissivo Impróprio sob a Perspectiva da Teoria da Cegueira Deliberada: Uma Análise voltada às Sociedades de Responsabilidade Limitada**. 2020. 116 fls. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Direito Público – IDP – São Paulo.

A presente dissertação tem o objetivo de analisar a responsabilização penal do administrador de sociedade limitada sob a perspectiva da cegueira deliberada. O administrador ocupa posição de garantidor de vigilância e controle da empresa como fonte de perigo, com vistas a impedir que dela advenham danos ou perigos a quaisquer bens jurídicos, o que não se restringe apenas à conduta de subordinados, mas também a todas as coisas e objetos que representem risco e estejam diretamente ligados à atividade empresarial. A omissão será penalmente relevante quando o resultado delitivo não é evitado pelo administrador. A problemática é analisada sob a perspectiva da cegueira deliberada, estado subjetivo que resulta de uma decisão consciente e voluntária do agente que, naquele cenário específico, opta por não obter conhecimento aprofundado ou se blindar de receber informações sobre determinada situação. No caso do administrador, o crime de omissão imprópria pode ser punido sob a perspectiva da cegueira deliberada se ele deliberadamente se colocou em estado de ignorância, evitando ou criando barreiras para o fluxo de informações. A fim de que se possa obter tal conclusão, é imprescindível investigação prévia dos órgãos de persecução penal para a adequada compreensão da realidade empresarial. Com essas premissas fixadas, no âmbito da estrutura da empresa, a delegação, a princípio, não exime o papel do administrador como garantidor primário, mas sua responsabilização poderia ser afastada com base no princípio da confiança, desde que não haja cegueira deliberada. O mesmo raciocínio se aplica às decisões colegiadas, proferidas por administradores em mesma posição hierárquica, também garantidores da atividade empresarial.

Palavras-Chave: Direito penal econômico. Omissão imprópria. Administrador de sociedade limitada. Cegueira deliberada. Responsabilização penal.

ABSTRACT

Silveira, Gabriela Cristina. **The Administrator's Criminal Liability for Inappropriate Omissive Crime from the Perspective of Willfull Blindness Theory: An Analysis of Improper Liability Societies**. 2020. 116 p. Dissertation (Master's) - Public Law Institute - IDP - São Paulo.

This assignment aims to assess the manager's criminal liability of Limited Liability Company under the willfull blindness perspective. The manager, in the capacity of a company's gatekeeper of vigilance and control, has the legal duty to prevent any overall property or liability damage that derives thereof, which includes not only subordinates conduct but also any object or thing that represent potential risk and is strictly connected to the company's business activity.

Omission shall be material to criminal procedures whenever the criminal offense is not prevented by the manager. Such problematic is assessed under the wilfull blindness perspective, which consists of the subjective state under which a certain person takes a conscious and voluntary decision and, in that specific setting, decides not to investigate any further or shield his or herself over new information about a certain situation.

Furthermore, the crime of improper omission may be punished if he or she has deliberately put him or herself in the state of ignorance, avoiding or creating a barrier for the flow of information. To obtain such a conclusion, it is fundamental to have a previous intern investigation moved by the criminal prosecution to comprehend adequately the company's reality. Based upon those premises, within the company's structure, delegation to subordinates, at first glance, does not exempt the manager's primary role as gatekeeper, but his or her liability may be averted based upon the trust principle as long as wilfull blindness is verified. The same rationale applies to a collegiate decision rendered by managers at the same level of the hierarchy, who is also the company's gatekeepers.

Keywords: Criminal law; Improper omission; Limited company administrator; Wilfull blindness; Criminal liability.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Modelo de Três Linhas de Defesa	52
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO E O ADMINISTRADOR DO NEGÓCIO	12
1.1 Da problemática da criminalidade de empresa	12
1.2 Crime omissivo versus crime comissivo	15
1.3 Crime omissivo próprio versus impróprio	19
1.4 Pressupostos da punição por omissão imprópria	23
1.4.1 A posição de garante	23
2 A POSIÇÃO DE GARANTE DO ADMINISTRADOR DO NEGÓCIO	32
2.1 Do empresário enquanto garante	32
2.1.1 Dos deveres de vigilância no âmbito da atividade empresarial	36
2.1.1.1 Se a fonte de perigo decorre de conduta de funcionários ou de terceiros	36
2.1.1.2 Por omissão na prevenção e repressão de crimes ocorridos no âmbito da pessoa jurídica	38
2.1.1.3 Da responsabilidade do administrador prevista em legislação extravagante	39
2.1.1.3.1 Crimes ambientais (Lei nº 9.605/98)	39
2.1.1.3.2 Crimes contra as relações de consumo (Código de Defesa do Consumidor)	41
2.1.1.3.3 Por descumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)	41
2.2 A figura do administrador de sociedade limitada na lei brasileira	44
2.3 Das três linhas de defesa e o gerenciamento de riscos	50
2.4 Da ocupação de administrador da pessoa jurídica como posição suficiente para a responsabilidade penal	54
3 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	57
3.1 Resumo do histórico de surgimento: Caso Regina <i>versus</i> Sleep e outros julgados de relevo oriundos do <i>common law</i>	57

3.2 Análise da aplicação da teoria no âmbito do Escândalo do Mensalão: ineditismo do STF	61
3.3 O conceito de cegueira deliberada	66
3.4 Controvérsias de aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro:.....	73
3.4.1 É necessária a importação da teoria para o ordenamento jurídico brasileiro? .	73
3.4.2 Dolo eventual e o erro de tipo	74
3.4.3 Dolo eventual e a culpa consciente	75
3.4.4 Posicionamento adotado	76
3.5 O expansionismo da cegueira deliberada nos Tribunais Brasileiros	78
3.6 A cegueira deliberada e os crimes omissivos impróprios segundo a jurisprudência brasileira	80
4 A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA.....	83
4.1 A teoria da cegueira deliberada aplicada ao administrador do negócio	83
4.2 Da necessidade de investigação prévia das peculiaridades da estrutura empresarial: funções internas	85
4.3 Estrutura empresarial verticalizada: da problemática da delegação	86
4.3.1 Limites da delegação.....	88
4.3.2 Do poder de ingerência <i>versus</i> a confiança na delegação para funções	91
4.3.3 Delegação de execução de tarefas concretas.....	95
4.4 A delegação e a omissão imprópria em cegueira deliberada.....	98
4.5 Estrutura horizontalizada: problemática das decisões colegiadas	100
CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

INTRODUÇÃO

A responsabilização penal do administrador do negócio por crime omissivo impróprio tem sido objeto de constante polêmica, em especial quando associada à teoria da cegueira deliberada, doutrina de origem do sistema *common law* e de aplicação controversa no ordenamento jurídico brasileiro. A questão, apesar de relativamente recente, tem se mostrado uma tendência que traz muitas incertezas e até mesmo de insegurança jurídica, pois não se sabe exatamente quais seus limites.

O presente estudo se propõe a trabalhar esse tema, buscando conceituar o que se entende por crime omissivo impróprio e aplicando este conceito à responsabilização do administrador do negócio que age em cegueira deliberada. Com isto, também se busca analisar quais os efeitos práticos que tais repostas podem oferecer. Não se busca esgotar todas as possibilidades existentes. O escopo do presente trabalho também não é a análise das respectivas teorias que cada um dos conceitos que serão tratados possui.

De forma precisa, o objeto do estudo será a análise da responsabilização penal do administrador do negócio que se encontra na posição de garantidor, em uma estrutura empresarial, que age em cegueira deliberada. A relevância do trabalho se denota da pouca doutrina existente sobre a matéria, que possui recorte teórico específico e bem delimitado. Com isto, propõe-se, ao sofisticar o debate, trazer respostas mais satisfatórias a casos complexos, que envolvem estruturas empresariais que muitas vezes dificultam a responsabilização dos responsáveis.

Com o objetivo acima colocado, a exposição iniciará, no 1º capítulo do trabalho, pela abordagem dos crimes omissivos impróprios, com a diferenciação necessária dos crimes omissivos e crimes comissivos. Após, será brevemente ingressado na diferença entre os crimes omissivos próprios dos crimes omissivos impróprios, dos pressupostos para a punição deste último e das respectivas espécies do papel de garantidor.

O segundo capítulo do trabalho é voltado para analisar a posição de garante do administrador da empresa de sociedade limitada. Os deveres de vigilância no âmbito da atividade empresarial será destrinchado, em especial sob as seguintes perspectivas: se a fonte de perigo decorre da conduta de funcionário ou de terceiros, por omissão na prevenção e repressão de crimes ocorridos no âmbito da pessoa

jurídica e a responsabilidade penal prevista em legislação extravagante, por crimes ambientais, crimes contra o consumidor e por deveres previsto na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

O terceiro capítulo é dedicado ao estudo da teoria da cegueira deliberada, através de breve condensado histórico internacional sobre seu surgimento e da análise de sua aplicação pela Suprema Corte Brasileira no Escândalo do Mensalão. Sem esgotar o tema, será feita a conceituação da cegueira deliberada, com destaque para as principais feitas por juristas brasileiros para sua importação para o país. Ao final, será especificado o posicionamento adotado no trabalho.

Com o resultado da pesquisa de cada capítulo, o quarto será dedicado a analisar a responsabilização do administrador por omissão imprópria sob a perspectiva da cegueira deliberada em estruturas empresariais verticalizadas, marcadas pela figura da delegação, e de horizontalizadas, onde ocorrem, com frequência, decisões colegiadas.

Por fim, na conclusão será feita intersecção de todos os elementos apresentados nos 4 (quatro) capítulos para determinar a medida e extensão dos deveres de garantidor do administrador em cegueira deliberada. Ou, ainda, quais situações poderiam afastar a sua responsabilização em caso de omissão com resultado penalmente relevante.

1 CRIME OMISSIVO IMPRÓPRIO E O ADMINISTRADOR DO NEGÓCIO

Como o objeto do presente estudo será a análise da responsabilização penal do administrador do negócio que se encontra na posição de garantidor e que age em cegueira deliberada, o foco inicial será voltado para os crimes omissivos impróprios com o recorte da figura ao campo empresarial. Importante fazer ressalva de que não se pretende esgotar referido objeto de estudo, porque fugiria do próprio escopo do trabalho proposto.

Além do mais, a própria doutrina penal, até hoje, não chegou a um consenso sobre determinadas circunstâncias que envolvem os crimes omissivos. Deste modo, as controvérsias relacionadas que não forem imprescindíveis para o desenvolvimento do presente estudo, não serão abordadas.

1.1 Da problemática da criminalidade de empresa

O desenvolvimento das nações e o avanço das práticas comerciais, com o impulso da economia, fez com que as empresas, públicas ou privadas, passassem a crescer, o que provocou um aumento significativo em sua importância no contexto social, econômico e político¹.

Nesse ambiente de evolução das relações socioeconômicas, com a globalização econômica e a integração supranacional, aliado ao alto desenvolvimento tecnológico, o progresso da informática e o avanço da comunicação global promoveram a internacionalização da economia, o que trouxe não apenas vantagens, mas, também, o aperfeiçoamento da criminalidade econômica e empresarial. Isto provocou um movimento internacional de criminalização de condutas relacionadas a esse tipo de delito, bem como a incidência de normas penais voltadas para controle de riscos econômicos e das organizações empresariais².

¹ MOURA, Evânio. *Culpabilidade, pessoa jurídica criminoso e delitos empresariais*. Revista dos Tribunais, vol. 987/2018, p. 217 – 240, Jan/2018. DTR\2017\7132. p. 1.

² CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. *Responsabilidade penal do administrador por omissão imprópria nas estruturas empresariais*. In Congresso Internacional de Ciências Criminais (9. : 2018 :

Assim como toda atividade humana, a atividade empresarial também pode acarretar na prática de ilícitos passíveis de serem definidos como criminalidade de empresa, que se caracteriza “*pela inserção de condutas ilícitas no contexto de uma atividade e de uma política de empresa no restante lícita*”³.

O cenário retratado tornou de certa forma recente a tendência mundial de prevenção e repressão a essa “espécie” delitativa, que até então era preterida, porque não se compreendia sua nocividade, para dar preferência aos “delitos de sangue”, que provocam maior repulsa na sociedade. Como o sistema sancionatório foi sempre pensado para a contenção da chamada “criminalidade violenta”, esse novo padrão de delinquência tornou necessária a reestruturação de alguns institutos jurídicos-penais, guardando-se, todavia, o respeito às garantias e princípios que informam o sistema penal, para legitimamente acautelar toda uma gama de novos bens jurídicos que reclamam tutela⁴.

Porém, como bem pontua COSTA⁵, a criminalidade econômica não é um fenômeno recente, pois, “*apesar de nunca ter recebido atenção tão significativa em outros momentos da história com nos dias atuais, (...) está constantemente atrelada à evolução em si e em direta vinculação com o modelo econômico adotado politicamente*”.

A complexidade enfrentada pelos órgãos de persecução para a responsabilização dos delitos empresariais implicou na necessidade de mudança de paradigmas tradicionais do Direito Penal.

Desse modo, o Direito Penal, antes isolado na torre da última reserva de resposta estatal para atos individuais, agora é chamado para tutelar os conflitos que surgem nesse novo panorama mundial, especialmente para as questões que se referem ao âmbito do mercado e da economia. Em síntese, o penalista, para uma resposta efetiva, precisa revisitar seus valores e dogmas até então tidos como

Porto Alegre, RS). Anais [recurso eletrônico] : sistema penal e violência / organizadores Aury Lopes Jr ... [et al.]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018.

³ ESTELLITA, Heloísa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 26.

⁴ CÂMARA, Isabela Tarquinino Rocha. *O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 141/2018 | p. 61 - 91 | Mar / 2018 DTR\2018\8693. p. 4.

⁵ COSTA, Danilo Miranda. *Criminalidade de empresa - sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresária*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 114/2015. p. 243 – 276. Maio - Jun / 2015. DTR\2015\9151. p. 1.

imutáveis, para contribuir com uma resposta efetiva⁶. E foi por este motivo que muitos juristas passaram a se debruçar sobre conceitos penais clássicos e readequá-los, ou até mesmo inovar em seu conteúdo normativo, sem necessariamente violar o princípio da legalidade, para que possam ser aplicados à realidade da empresa.

Esse fenômeno tem provocado proliferação de tipos penais cujo conteúdo trata, na verdade, de violações de deveres para com funções do Estado.

A via mais comumente utilizada nesses casos é a punição por omissão, por onde se encontra uma alternativa para a responsabilização criminal de empresários que não fizeram o que era possível e exigível, para evitar a ocorrência de um ato lesivo⁷.

É nesse contexto que a responsabilidade penal do administrador passa a ser justificada por meio da posição ocupada, que lhe gera deveres vigilância das atividades empresariais enquanto fonte de perigo. Nesses casos, o administrador é responsabilizado por não ter impedido condutas no âmbito de abrangência de seu poder na direção da pessoa jurídica. O simples deixar de agir para prevenir futura potencial conduta danosa já poderia ser circunstância suficiente para a responsabilização penal, o que por consequência se torna atrativo tanto para o legislador quanto para o julgador, que “resolvem” a problemática da identificação do autor do delito na criminalidade de empresa e também retiram a profundidade de investigações ao tornar tal processo “simplificado”.

E é por este motivo que a construção de um Direito Penal do risco e a utilização de normas de dever servem de combustível para a expansão da tutela penal, sendo que a omissão atua como ponte de extensão para a punibilidade empresarial por fatos de terceiros⁸.

Mesmo nesse cenário, a punição por crimes praticados no âmbito empresarial ainda é problemática, seja em razão da dificuldade inerente de identificação correta de autoria, além do significativo impasse acerca do descobrimento e apuração do próprio fato criminoso.

⁶ BARRILARI, Cláudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance* [livro eletrônico] São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 130.

⁸ CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. *Responsabilidade penal do administrador por omissão imprópria nas estruturas empresariais*. p. 7.

Na maior parte dos casos, dificulta a individualização de certas condutas a existência de uma divisão funcional do trabalho (plano horizontal) e hierarquia (plano vertical). Os autores SILVEIRA e SAAD-DINIZ sintetizam essa dificuldade ao entender que *“ora, de um lado, tem-se a necessidade de aferição de atribuição individual de responsabilidades, já que isso é absolutamente imprescindível para poder-se verificar a presença real de crime. De outro, verificar-se-ia a consequente dificuldade de eficácia dessa realidade”*⁹.

E é nesse contexto que toma espaço e discussão na doutrina penal a imputação de responsabilidade penal por omissão imprópria, que possibilita responsabilização do topo da estrutura hierárquica de uma empresa, através da identificação de seus administradores como sujeitos garantidores da atividade econômica, tema que será aprofundado nos tópicos seguintes.

1.2 Crime omissivo versus crime comissivo

O Direito Penal possui como função precípua punir condutas humanas que possam lesar ou colocar em perigo bens jurídicos fundamentais¹⁰. Através de criação de tipos penais e mediante a adoção de uma decisão político-criminal, essa proteção pode ser dar tanto mediante a obrigação de um fazer quanto mediante a de um não fazer.

Inserir-se dentro da ótica de um Direito Penal da sociedade do risco a utilização das formulas tipificadoras omissivas, erigindo um sistema penal de viés preventivo, voltado à conformação de comportamentos e punição à transgressão de deveres impostos pelo Estado¹¹.

Nessa linha, o art. 13, *caput*, do Código Penal Brasileiro (CPB) prescreve que o resultado é imputável a quem lhe deu causa, seja por ação ou omissão.

O conceito analítico do crime é composto pela conduta típica, antijurídica e culpável e os crimes omissivos encontram grande discussão na esfera da conduta¹².

⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo : Saraiva, 2015. pp. 116/117.

¹⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1, 4ª edição*. [livro eletrônico]. P. 267.

¹¹ ARAÚJO, Marina Pinhão; SOUZA, Luciano Anderson de (coords). *Direito penal econômico [livro eletrônico]: leis penais especiais*. Vol. 1. São Paulo/SP. Thomson Reuters Brasil, 2019. p. RB-3.9.

¹² SILVA, Fernanda Miquelussi da. O direito penal e as posições de garante: tragédia rio doce. *In Direito penal econômico [versão eletrônica]: administrativização do direito penal, criminal compliance*

Deste modo, seja através de uma conduta humana positiva (ação) ou de uma negativa (omissão), é possível a atração da responsabilização criminal, porque ambas são formas de colocar em risco ou lesionar o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Para ESTELLITA¹³, em uma delas há a criação do risco por meio de um movimento corporal (ação); enquanto na outra há um dever de atuar como meio de proteção de bens jurídicos e o desatendimento desse dever por meio da falta de prática da ação legalmente devida. BUSATO¹⁴ entende que a dimensão do sentido que torna relevante o fato para o Direito Penal é justamente a presença de um tipo que corresponda à pretensão normativa representativa de uma ação ou omissão. Importante deixar claro que o conceito de delito é uno, sendo a ação e a omissão formas de condutas idôneas à sua realização, porque colocam o bem jurídico em risco, mas que possuem estruturas completamente diversas entre si¹⁵.

A conduta comissiva, que pressupõe uma ação, é frequentemente mais fácil de ser percebida, porque é sensorialmente constatada e existe no mundo do ser¹⁶. O agente que mata alguém a facadas realizou uma conduta positiva, isto é, extraída do plano fático e que pode ser vista ou até mesmo ouvida por outras pessoas. O mesmo acontece com o meliante que rouba a senhora idosa que caminhava na rua. Ou também com aquele que é abordado dirigindo embriagado. Todas estas condutas, que se amoldam a tipos penais, são visualizáveis e não decorrem de uma obrigação específica do agente, mas sim de um comando proibitivo imposto a todos, isto é, de não matar (art. 121 do CP), não roubar (art. 157 do CP) e de não dirigir embriagado (art. 306 do CTB).

Os crimes comissivos, por serem produzidos por ação, representam a maioria dos delitos existentes nas Leis Penais Brasileiras¹⁷.

As condutas omissivas, em contrapartida, só são identificáveis a partir da formulação de um juízo hipotético por meio do qual exista a expectativa de ação

e outros temas contemporâneos. GUARAGNI, Fábio Andre, BACH, Marion (coords). – Londrina, PR: Thoth, 2017. Capítulo IV. p. 104.

¹³ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 77.

¹⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Parte Geral*. p. 249.

¹⁵ PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1 [livro eletrônico] 6.ed. em e-book baseada na 16.ed impressa. ISBN 978-85-5321-032-9. III. Ação e omissão. p. 15.

¹⁶ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 72.

¹⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro eletrônico] .p. 55.

diversa¹⁸. A omissão se enquadra em um campo valorativo, e não num campo ontológico real¹⁹.

Conceituar omissão e as premissas dessa conduta exige paciência para enfrentar os problemas dogmáticos que surgem e colocam em xeque institutos e ideias consolidadas ao longo do tempo, por um sistema de pensamento todo voltado para crimes comissivos²⁰, os quais, como colocado, correspondem à maioria esmagadora dos tipos penais brasileiros. Mas as inúmeras controvérsias que decorrem dessa problemática fogem ao escopo do presente trabalho.

Em linhas gerais, entende-se que estará caracterizado o crime omissivo quando houver o descumprimento de um comando jurídico que imponha uma conduta positiva em razão da existência de um dever legal. Deste modo, não é toda conduta humana omissiva que será relevante para o direito penal.

BOTTINI²¹ argumenta que não basta um não fazer algo acompanhado de uma vontade consciente de não fazer, porque a todo o tempo, no dia a dia, deixa-se conscientemente de fazer algo, omitindo comportamentos. Como o autor exemplifica, *“quando decidimos sair de casa, omitimos ficar em casa. Quando decidimos sair de carro, omitimos andar de ônibus”*. É por isto que nem toda omissão terá relevo para o Direito Penal, mas quando for esperado do omitente um comportamento positivo seja em decorrência de dever ou obrigação legal.

Segundo TAVARES²², *“se a pessoa não estiver vinculada a um dever de agir, sua inatividade é um nada, absolutamente irrelevante”*. O autor ainda leciona que a ação esperada não é a ação que se poderia evitar, mas sim aquela que a comunidade social ou a ordem jurídica aguardavam como instrumento de proteção do bem jurídico²³.

Veja-se que para caracterizar o crime omissivo, não necessariamente precisa se estar adiante de uma conduta inerte, porque o que se pune é quando o omitente não pratica uma ação hipotética que era esperada que praticasse, isto é, frustra uma

¹⁸ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 72.

¹⁹ TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 15/1996 | p. 125 - 157 | Jul - Set / 1996 Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa | vol. 1 | p. 141 - 184 | Jul / 2011 DTR\1996\255. p. 7.

²⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.p. 24.

²¹ Idem. p. 25.

²² TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. p. 5.

²³ Idem. p. 7.

expectativa. Portanto, ainda que pratique uma conduta ativa, mas que seja diversa da esperada, como acontece nas situações em que se retira do local em que se encontra alguém em perigo, poderá responder por omissão socorro, por não exigir o tipo penal a passividade física do autor²⁴.

Para ZAFFARONI²⁵, enquanto os tipos ativos individualizam a conduta proibida através de descrições que completam com alguns elementos normativos, os tipos omissivos o fazem com a descrição da conduta devida, o que resulta na proibição de qualquer outra que dela se afaste.

O legislador, nesse caso, compele as pessoas a atuarem positivamente para proteger um determinado bem jurídico em risco. Por exemplo: a pessoa que deixa de prestar assistência a outra que se encontra ferida pode responder pelo crime de omissão de socorro (135 do CP). A mãe que deixa de amamentar seu filho recém-nascido, que vai a óbito por desnutrição, pode ser enquadrada no delito de homicídio (art. 121 do CP). Ambos os casos possuem algo em comum: em todos existe a figura da ação esperada, isto é, a ação que se esperava fosse realizada para evitar a responsabilização, de modo que o agente deixa de fazer aquilo que lhe é ordenado pelo direito²⁶.

Especificamente no exemplo da genitora, o que importa para a ordem jurídica não é a inatividade da mãe, mas, sim, a conduta que dela era juridicamente devida e esperada e que não foi praticada: a de alimentar seu filho, por si ou outrem²⁷.

Por fim, além dos pontos colocados, é indispensável que o omitente pudesse agir da forma que lhe era esperada. Como bem pontua PARDINI²⁸, para que faça sentido falar-se em omissão, a ação objeto desse juízo hipotético deve ser concretamente factível, de modo que descabe a formulação de um juízo referente à uma ação impossível e intangível.

Na linha do conceito proposto por BOTTINI²⁹, pode-se caracterizar a omissão relevante ainda no âmbito pré-jurídico como um não fazer esperado quando se é

²⁴ LOPES, Fábio Motta. *Aspectos polêmicos dos crimes omissivos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 75/2008 | p. 9 - 38 | Nov - Dez / 2008 DTR\2008\662. p. 2.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro eletrônico]. P. RB-23.1.

²⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Parte Geral*. p. 267.

²⁷ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 76.

²⁸ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 74.

²⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 2018. p. 33.

capaz de agir de acordo com uma expectativa. ESTELLITA³⁰, por sua vez, entende que os pressupostos para a imputação do resultado ao omitente por crimes omissivos são (a) situação típica; e (b) a omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento.

Delineadas, em linhas gerais e com a profundidade necessária para o desenrolar do trabalho, a diferenciação entre os crimes comissivos e os crimes omissivos, passa-se a abordar a distinção existente entre os *crimes omissivos próprios* e *impróprios* no subcapítulo seguinte.

1.3 Crime omissivo próprio versus impróprio

A diferenciação entre o crime omissivo próprio e o crime omissivo impróprio é primordial para o presente trabalho, visto que o objeto central de estudo é voltado para este último³¹.

Como já colocado, a proteção de um bem jurídico nem sempre é desempenhada através de proibições de ações juridicamente indesejáveis, que pela experiência possam colocá-lo em perigo ou lesá-lo, mas mediante a imposição de deveres concreto que pretendem evitar esses resultados. Na omissão, essa proteção pode ser exercida de duas formas: mediante a imposição de ações possíveis, que devem ser executadas por todos para impedir a concretização da lesão, ou por quem tenha, em face da assunção de posturas pessoais, um dever de impedir tal resultado³².

As modalidades de proteção do bem jurídico justificam a diferença dos delitos omissivos próprios (puros ou simples) e impróprios (comissivos por omissão ou qualificados)³³. Ambas consistem na ausência de um comportamento esperado do agente capaz de agir no sentido da expectativa. É importante ressaltar que a distinção existente não abriga qualquer referência à reprovabilidade de cada

³⁰ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 78.

³¹ Existe corrente minoritária da doutrina que propõe a criação de três espécies de crimes omissivos, e não apenas duas, a saber: delitos de mera omissão, delitos de omissão e resultado e delitos omissivos impróprios. Assim, Rodríguez Mourullo, La cláusula general sobre la comisión por omisión, in *Política Criminal y Reforma Penal*, 1993, p. 907; Silva Sanchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, p. 323, citado por TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. p. 16.

³² TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. p. 9.

³³ LOPES, Fábio Motta. *Aspectos polêmicos dos crimes omissivos*. p. 4.

inatividade³⁴. Na verdade, a diferenciação é decorrente de técnica de previsão legislativa de comportamento.

Trata-se de ponto de controvérsia na doutrina, sendo diversos os critérios adotados para que seja feita tal diferenciação.

TAVARES³⁵, defende a diferenciação através da identificação do sujeito, pois *“todos podem ser sujeitos do delito [de omissão própria], porque o dever de assistência, como se dá, por exemplo, na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade, uma vez presentes seus pressupostos típicos”*. O crime omissivo impróprio, por outro lado, seria dirigido apenas ao sujeito que possui qualidades específicas que o tornam garantidor.

Porém, tal parâmetro por si só não seria suficiente para explicar a diferenciação entre ambos. Por exemplo, a identificação do sujeito, no crime omissivo impróprio, só ocorre após a definição de que ele ocupa a posição de garante (posição indispensável para a punibilidade por este tipo de delito), de modo que esse critério, por si só, não permitiria a diferenciação entre ambos os delitos na prática.

Como bem pontua PARDINI³⁶, *“não parece ser o melhor critério, dada sua tautologia: é crime omissivo impróprio porque exige a qualidade de garante do sujeito ativo: porém, exige-se a posição de garante exatamente por se tratar de crime omissivo impróprio”*. O autor discorre, contudo, que tal critério pode facilitar a compreensão da diferença, porém, é necessário que seja considerada a fundamentação material da posição do garantidor, pois apenas assim é possível a identificação de um crime omissivo impróprio.

Há, ainda, quem defenda o critério do resultado, também chamado de tradicional, que conceitua os crimes omissivos próprios como a desobediência do mandamento legal independentemente de ocorrer o resultado. Os crimes omissivos impróprios, em contrapartida, estariam vinculados à ocorrência de resultado³⁷. Assim, os crimes omissivos próprios seriam de mera conduta e os impróprios seriam

³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 2018. p. 61.

³⁵ TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. p. 16.

³⁶ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 81.

³⁷ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. vol.1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 172, GOMES, Luiz Flavio. *Direito penal: parte geral*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 428, entre outros.

materiais, de modo que a consumação se daria no momento em que o resultado se perfectibiliza.

Este, porém, não parece ser o melhor critério, porque *“se a redação deste ou daquele tipo penal prevê um resultado naturalístico para a consumação delitiva, trata-se de decorrência da estrutura da tipificação legal, não uma diferença essencial do crime, a ponto de justificar que uns admitam a figura da omissão imprópria, outros não”*³⁸.

Além do mais, a própria redação do art. 13, § 2º, do CP, que trata do dever de garantia, dispõe que *“a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”*, o que permite entender que não é necessária a ocorrência do resultado naturalístico para que possa se falar em crime omissivo impróprio, uma vez que o simples descumprimento do dever de evitá-lo já torna possível a responsabilização por tal modalidade delituosa.

Há outro critério de diferenciação, o tipológico³⁹, também conhecido critério do tipo legal ou formal, desenvolvido por KAUFMANN⁴⁰, segundo o qual no crime por omissão própria, a lei penal descreve no tipo penal a própria modalidade de omissão, ao passo que o impróprio a ele se amolda. Nesse sentido, para LOPES⁴¹, a omissão será própria quando houver a não realização da ação determinada por uma norma específica. Dito isso, a omissão é a essência da própria descrição do tipo penal. Deste modo, na omissão própria, a conduta omissiva punível está expressamente prevista no tipo penal, enquanto na omissão imprópria, o tipo penal não comporta literalmente uma conduta omissiva⁴².

FIGUEIREDO DIAS⁴³ também compreende que os crimes próprios seriam aqueles em que a parte especial referencia expressamente a omissão como forma de integração típica, com a descrição dos pressupostos fáticos de onde deriva o dever jurídico de atuar ou, em todo o caso, referindo aquele dever e tornando o agente garante do seu cumprimento. Já os delitos impróprios, diversamente, seriam

³⁸ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 82.

³⁹ TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. p. 9.

⁴⁰ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. da 2ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

⁴¹ LOPES, Fábio Motta. *Aspectos polêmicos dos crimes omissivos*. p. 4.

⁴² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 2018. p. 61.

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007. v. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, p. 913 e ss.

os não especificamente descrito na lei como tais, mas em que a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação.

Na mesma linha, CALLEGARI⁴⁴ defende que crimes omissivos próprios requerem somente a não realização de uma conduta devida mediante pura inatividade, ou, quase sempre mediante outras atividades distintas da devida como a omissão de socorro⁴⁵. Portanto, a chave da omissão própria, a razão pela qual seus casos são bem menos problemáticos do que a omissão imprópria, é o fato de que o tipo penal desta modalidade delitativa descreve de forma clara e absoluta no que consiste o dever de atuação⁴⁶.

TAVARES⁴⁷ pontua que integra o tipo dos delitos omissivos a real possibilidade de atuar, que é, por sua vez, condição da posição de garantidor, porque não se pode obrigar ninguém a agir sem que tenha a possibilidade pessoal de fazê-lo, afinal, *“a norma não pode simplesmente obrigar a todos, incondicionalmente, traçando, por exemplo, a seguinte sentença: ‘Jogue-se na água para salvar quem se está afogando’. Bem, se a pessoa não sabe nadar, como irá se atirar na água para salvar quem se está afogando?”*.

Feitas as considerações acima colocadas, propõe-se para o desenvolvimento do presente trabalho uma fusão do critério do sujeito com o critério legal, de modo será crime omissivo próprio quando for infringida uma norma com comando proibitivo dirigido a todos, sem que se exija qualquer relação especial do sujeito passivo com o bem jurídico tutelado. Em contrapartida, será impróprio quando a conduta omissiva resultar na violação de uma norma mandamental por aquele que possui dever especial de agir para proteger determinado bem jurídico, de modo que a omissão, neste caso, sofrerá o mesmo desvalor da ação.

É, ainda, importante pontuar que os crimes omissivos impróprios, assim como todos os demais, exigem a tipicidade subjetiva, isto é, o dolo ou a culpa. Desse modo, a análise dos pressupostos acima feita, é preliminar, voltada à conduta.

Adiante, o art. 13, § 2º, do CPB, prevê as hipóteses de garantês, tema que será abordado mais detalhadamente no tópico a seguir.

⁴⁴ CALLEGARI, André Luis. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. Capítulo 4. Classificação das infrações penais. p. 26.

⁴⁵ Nesse ponto, faz-se novamente a observação de que a inércia corporal não é necessária, mas deve ser compreendida como um não fazer o que a lei exige.

⁴⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Parte Geral*. p. 270.

⁴⁷ TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. p. 20.

1.4 Pressupostos da punição por omissão imprópria

Como o recorte teórico deste trabalho é a denominada criminalidade de empresa, é importante ressaltar que a análise dos subitens subsequentes será especialmente voltada a esta modalidade delitiva, sem o aprofundamento em demais pontos que não se mostrem relevantes para o desenvolvimento do estudo.

1.4.1 A posição de garante

Como já colocado, a posição de garantidor está fundada no dever de impedir o resultado, que pode derivar da lei, do contrato, ou da assunção fática de proteção do bem jurídico, ou da prática de conduta anterior que tenha criado o risco de ocorrência do resultado. Porém, surge a questão, afinal *“qual a relação entre alguém e um bem jurídico torna o primeiro o garante do segundo? De onde surge essa ligação e esse dever?”*⁴⁸.

O garante é o sujeito ativo do crime omissivo impróprio, traduzido no dever especial que possui de proteção de determinados bens jurídicos. O Código Penal não prevê quais são os crimes específicos que admitem essa modalidade, mas prescreve a quem assiste tal dever de agir. Segundo FARIA COSTA⁴⁹, é no dever de garantia que se encontra a razão para que um não fazer possa merecer o mesmo desvalor, quer de resultado, quer do próprio fazer.

Para a omissão imprópria o agente deve ter o dever de impedir o resultado, que segundo a Lei existe quando ele (art. 13, § 2º, CP): a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

No primeiro caso, a fonte do dever de garantia é a lei, em sentido estrito. Trata-se, portanto, de situações em que o comando legal emerge da lei de forma abstrata e deriva da função social exercida pelo agente ou da relação juridicamente

⁴⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 2018. p. 75.

⁴⁹ FARIA COSTA, José de. *Omissão (reflexões em redor da omissão imprópria)*. Boletim da Faculdade de Direito. v. LXXII, 1996, p. 392.

reconhecida (de mando, de parentesco ou de responsabilidade civil), que tenha a pessoa em face do objeto de proteção jurídica⁵⁰.

A questão é controversa, porém, o ponto comum entre as opiniões divergentes é convicção de que a mera existência de um dever extrapenal não é fundamento para a responsabilidade penal, a qual exige fundamentação material⁵¹. O próprio princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF) veda a fundamentação da responsabilidade penal com base em norma extrapenal.

Ainda, a vedação de analogia na seara penal impõe que tal dever seja previsto em lei formal, produzida pelo legislativo na forma ordinária ou complementar. É por este motivo que outros atos normativos não podem servir como fundamento para o dever de garantia, embora possam criar balizas do dever de cuidado para apuração da conduta⁵².

Assim, *“a punibilidade da violação desse dever especial deverá atender ao princípio da legalidade penal, ou seja, estar definida como crime, o que é feito mediante a combinação entre um tipo legal e a norma do art. 13, § 2º, do CP, formando, assim, a norma incriminadora omissiva imprópria”*⁵³.

O segundo caso de dever de garantia é a assunção de responsabilidade para impedir o resultado. BOTTINI e BADARÓ⁵⁴ entendem que, em organizações hierarquizadas, onde existe delegação de atos e funções, seus dirigentes somente terão o dever de garantia fundada nessa hipótese se previsto expressamente em estatuto, regimento ou ato normativo interno, e não existir ato formal de delegação de terceiro, haja vista que, *“A mera assunção do cargo de diretor ou gerente não atrai, por si, o dever de garantia de evitar a prática de lavagem de dinheiro no setor, se desacompanhado de previsão expressa em ato normativo interno da empresa ou instituição”*.

A simples posição ocupada não é suficiente para justificar a função de garante. Porém, não se vislumbra a necessidade de que haja previsão expressa

⁵⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral: volume 1*. 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 279.

⁵¹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 83.

⁵² BOTTINI, Pierpaolo Cruz, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações trazida pela Lei 12.683/2012*. 3. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 198.

⁵³ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 84.

⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações trazida pela Lei 12.683/2012*. p. 198.

nesse sentido, ao contrário do que os juristas propõem. É que, nesse caso, o que importa é a relação de confiança surgida em relação ao sujeito que assumiu voluntariamente a responsabilidade de custódia e leve à exposição a riscos maiores do que se correria em outro caso, o que se prescindia de outros meios de proteção. Portanto, o que importa não é a existência da formalização da situação, mas sim o que se verifica no plano fático, isto é, se de fato foi assumida a responsabilidade de impedir o resultado.

SILVA SANCHEZ⁵⁵ explica o compromisso não deve, pois, vincular-se “desde fora” à aceitação de papéis cujo âmbito de obrigações derivadas mostram-se extraordinariamente difusos. Daí que é preciso ser extremamente restritivo, para não atribuir ao sujeito compromissos que este em nenhum momento pensou em assumir, isso mesmo no caso em que estejam comumente unidos à investidura em determinado papel social.

A terceira e última hipótese é a da criação de risco do resultado através de um comportamento anterior, também conhecido como ingerência. O agente, neste caso, é garante e deve evitar o resultado delituoso, mas o descumprimento de normas institucionais, técnicas de cuidado ou do dever de diligência pode atrair a responsabilização penal.

Nesse caso a lei penal aparenta converter em garante aquele que pratica qualquer comportamento anterior perigoso, independentemente de quaisquer delimitações. Trata-se da situação em que um agente intervém na vida alheia, criando perigo que, ao depois, deve neutralizar⁵⁶. A imputação de resultados a uma omissão por ingerência terá por parâmetro a violação de uma norma de cuidado, isto é, ou o agente, já na criação do risco, violou tais normas e produziu um risco não permitido, ou criou um risco permitido e uma omissão posterior o transformou em normativamente intolerável, de modo que a omissão somente será relevante no âmbito do controle se existir previamente um risco não permitido ou se a própria

⁵⁵ SILVA; Jesus Maria Sanchez. El delito de omisión: concepto y sistema. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006. pag. 465. Citado por DA SILVA, Fernanda Miquelussi. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 201. Capítulo IV. O direito penal e as posições de garante: tragédia do Rio doce. p. 110.

⁵⁶ SILVA, Fernanda Miquelussi da. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 201. Capítulo IV. O direito penal e as posições de garante: tragédia do Rio doce. p. 110.

omissão é, na verdade, o comportamento que viola uma norma de cuidado e modifica o status do risco⁵⁷.

Para sintetizar, TAVARES⁵⁸ numera três aspectos para o fundamento da posição de garantidor segundo a legislação penal brasileira: a primeira, na vinculação especial entre o sujeito garantidor e a vítima em virtude de circunstâncias e condições sociais e familiares, de modo a obrigá-lo socialmente à proteção. Tal ocorre com relação aos pais, aos irmãos, ou dentro da comunidade familiar; a segunda, nas relações de trabalho, nas quais uma pessoa se obriga profissionalmente à proteção de outras. É o que se dá com o médico com relação a seus pacientes; com os engenheiros para com os usuários das obras que realizam; o guia de uma expedição para com seus seguidores etc.; e a terceira, na responsabilidade pelas fontes de produção de perigo. Quem detém as fontes produtoras de perigo, tem a obrigação de evitar resultados lesivos delas decorrentes. Isto acontece, por exemplo, com o dono do prédio para com os materiais ou acessórios nele utilizados; os pais para com os atos dos filhos; os delegados de polícia para com os atos dos carcereiros; as pessoas que detêm autoridade para com os atos daqueles que lhes são subordinados; aqueles que criaram com sua conduta o perigo para com os resultados lesivos que dele derivam (a chamada ingerência) etc.

A classificação acima é extraída literalmente de previsão legal, mas a história dogmática do dever de garantia possui diversas teorias, que são controversas.

PARDINI⁵⁹ sintetiza as linhas teóricas existentes em duas grandes vertentes: as formais ou clássicas, que fundam o dever de garantia em previsões legais ou contratuais, ou, ainda, na ingerência (atuar precedente gerador do risco de produção do resultado lesivo futuro), e as materiais ou funcionais, que o fundam em uma especial relação de proximidade do agente (garante) com o bem jurídico a ser protegido ou a fonte de perigo a ser controlada.

Há, também, quem defenda a existência de mais uma linha, a mista ou formal/material, que caracteriza a posição de garantia através da conjugação das duas anteriores, sendo uma síntese entre elas. À lei, contrato e ingerência são

⁵⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Da omissão imprópria por ingerência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 171/2020 | p. 131 - 151 | Set / 2020 | DTR\2020\11586. p. 7.

⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. p. 19.

⁵⁹ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 85.

agregados outros critérios de ordem material – proteção de bens jurídicos e controles de fonte de perigo. Consideram-se, primeiro, as fontes das relações do sujeito com o bem jurídico e, segundo, procura-se esclarecer ditas relações do ponto de vista substancial⁶⁰.

Ao que tudo indica, o Código Penal Brasileiro adotou a primeira vertente, que baseia o dever de garantia, de modo geral, na lei, no contrato ou no poder de ingerência. FEUERBACH⁶¹ argumentava que “*a omissão não era uma obrigação do cidadão. Para ser, era necessário um fundamento jurídico especial que desse base à obrigatoriedade de agir (lei ou contrato)*”. STÜBEL⁶², em 1818, sustentava que “*em determinadas situações, um atuar precedente que coloque alguém em perigo geraria o dever de agir para impedir o resultado*”.

A teoria formal é criticada pela doutrina, que defende que, além do fundamento (critério) legal, é necessário que se encontre o fundamento material que justifique a posição de garante. As principais críticas a ela dirigidas residem justamente na falta de determinação do conteúdo do dever jurídico e de elementos materiais dele delimitadores, o que deixa em aberto os bens jurídicos e motivos fundantes e demarcadores do dever de agir⁶³. Em verdade, a regra adotada se limita simplesmente a formalizar as fontes do dever de impedir o resultado, mas nada esclarece acerca de seu conteúdo⁶⁴.

Justamente nessa linha, LEITE⁶⁵ entende que as posições de garantia não podem ser deduzidas da lei, do contrato, ou de uma ação precedente. Devem ser justificadas a partir da necessidade de proteção de bens jurídicos.

Nesse sentido, KAUFMANN⁶⁶, precursor da teoria material, diferencia os garantidores entre os de *proteção* e os de *vigilância*:

⁶⁰ PRADO, Luiz Régis. *Algumas notas sobre a omissão punível*. Revista dos Tribunais. Vol. 872/2008. p. 433 – 455. Jun / 2008 Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa | vol. 1 | p. 195 - 225 | Jul / 2011. DTR\2008\760. p. 9.

⁶¹ Citado por DA SILVA, Fernanda Miquelussi. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 201. Capítulo IV. O direito penal e as posições de garante: tragédia do Rio doce. p. 104.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 15/1996 | p. 125 - 157 | Jul - Set / 1996 Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa | vol. 1 | p. 141 - 184 | Jul / 2011 DTR\1996\255. p. 18.

⁶⁵ LEITE, Alaor. *Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 112/2015 | p. 33 - 39 | Jan - Fev / 2015. DTR\2015\1986. p 3.

Objeto dos comandos de evitar resultados, relevante para os delitos de omissão imprópria, é genericamente o dever de impedir a lesão de bens jurídicos. A posição de garantidor consiste, pois, em uma posição de proteção a respeito de um bem jurídico. A tarefa de defesa do garantidor pode orientar-se em duas direções: de um lado, o sujeito do comando pode ter que estar 'vigilante' para proteger determinado bem jurídico contra todos os ataques, venham de onde venham: aqui a função de proteção consiste na 'defesa em todos os flancos' do concreto bem jurídico contra perigos de todo gênero. Esta imposição de tarefas prevalece naquelas posições de garantidor que estão reconhecidas diretamente em um preceito jurídico, assim como naquelas baseadas na assunção fática de deveres contratuais. Por outro lado, a posição de garantidor pode consistir na supervisão de determinada fonte de perigos, não importando que bens jurídicos são afetados a partir desta fonte. A missão de proteção de garantidor tem por conteúdo o 'estancar a concreta fonte de perigos'; só secundariamente, como efeito reflexo, surge a garantia daqueles bens jurídicos ameaçados por esta fonte de perigos. A partir da perspectiva do bem jurídico concreto, a função protetora do garantidor se reduz a uma só direção de ataque: àquela que ameaça o bem jurídico a partir da fonte à qual deve controlar. Desta maneira se propõe a missão de proteção quase sempre nos casos de ingerência e para os perigos que surgem no âmbito social de domínio de uma pessoa, assim como nas posições de garantidor derivadas de relações de confiança especiais (KAUFMANN, 2018)

Os *garantidores de proteção* devem defender um bem jurídico contra todos os perigos que o ameacem, independentemente de uma conduta própria anterior na esfera desse bem; já os *garantidores de vigilância*, em virtude da responsabilidade por uma fonte de perigo, têm o dever de assegurar que esta fonte se mantenha dentro dos patamares permitidos e, se extrapolados, agir no sentido de evitar o resultado danoso aos bens jurídicos de terceiros expostos ao perigo⁶⁷.

Nesse sentido, os primeiros são responsáveis pela proteção de bens jurídicos específicos contra perigos advindos de qualquer origem, dada sua relação de proximidade com o titular dos bens tutelados⁶⁸. São referentes aos deveres de proteção e assistência, incluídos todos os perigos aos bens jurídicos que se situem na zona de influência oriunda dos deveres impostos aos sujeitos, em virtude de suas

⁶⁶ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. da 2ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. Traduzido e citado por BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral: volume 1. 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

⁶⁷ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 88.

⁶⁸ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 87.

relações mais próximas da vítima⁶⁹. Portanto, os garantidores com deveres de proteção possuem o dever de salvaguardar um determinado bem jurídico⁷⁰.

ESTELLITA⁷¹ cita os pais em relação aos filhos menores como caso clássico de garantidores de proteção, no qual o desamparo dos filhos é um dado existencial, compondo uma instituição social que exige cuidado. Os garantidores (pais) não devem exercer o dever de proteção apenas quando estiverem na presença dos menores de idade (filhos), pois mesmo distantes devem tomar todos os cuidados para proteção contra perigos externos. Nesse caso, existe um bem jurídico determinado cuja proteção deve ser ampla o suficiente para incluir todos os perigos que possam aflingí-lo, perigo este que pode ser concreto ou até mesmo abstrato⁷².

Já os segundos se responsabilizam pela adequada vigilância de potenciais fontes de perigo a bens jurídicos, de modo que lhes cabe controlá-las com vistas a impedir que delas advenham danos ou perigos a quaisquer bens jurídicos, dada sua relação de proximidade com ou de controle sobre tais fontes⁷³. Dizem respeito a deveres de segurança e controle, aos deveres de fiscalização ou supervisão de certos objetos geradores de perigo, bem como de perigos decorrentes de ações precedentes realizadas pelo sujeito⁷⁴.

Garantidores com deveres de vigilância são pessoas que, em razão de sua responsabilidade sobre determinada fonte de perigo, estão oneradas com deveres de segurança. ESTELLITA⁷⁵ leciona que os subcasos de posições de garantidores por vigilância costumam ser divididos em três constelações: responsabilidade por coisas perigosas; responsabilidade por pessoas perigosas; e, responsabilidade pela própria criação anterior de risco (ingerência). A posição de garantidor de administradores de empresas se funda, conforme entendimento amplamente aceito,

⁶⁹ Citado por DA SILVA, Fernanda Miquelussi. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 201. Capítulo IV. O direito penal e as posições de garante: tragédia do Rio doce. p. 108.

⁷⁰ LEITE, Alaor. *Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 112/2015 | p. 61 - 76 | Jan - Fev / 2015. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 2/2019 | Jan / 2019. DTR\2015\1989. p. 2.

⁷¹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 96.

⁷² BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral: volume 1*. p. 279.

⁷³ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 87.

⁷⁴ SILVA, Fernanda Miquelussi da. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. p. 108.

⁷⁵ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 100.

no seu controle sobre a empresa como fonte de perigo, o que será analisado com maior profundidade no tópico seguinte.

Inclui-se, de modo geral, casos de gestão de risco, onde se encontra perfeitamente delineada a fonte de perigo e a responsabilidade é diretamente a ele associada, como, por exemplo, dos controladores de tráfego aéreo, cuja responsabilidade é pela evitação dos riscos oriundos da movimentação de aeronaves ou o dever de vigilância sobre animais domésticos ou substâncias explosivas ou inflamáveis⁷⁶. Na hipótese, a relação de proximidade entre o garante e a fonte de perigo refere-se aos riscos específicos sobre os quais ele exerce poderes de domínio e organização, não abarcando outros que, ainda que advindos da fonte vigiada, não se refiram ao aspecto desta sobre o qual exerce suas funções⁷⁷. É nesse ponto, que, adiantando o assunto do próximo tópico, situa-se o administrador do negócio, que controla uma atividade capaz de gerar risco e deve, portanto, dominar aqueles que possam advir da atividade empresarial.

Não é demais ressaltar que, em ambas as posições de garante, seja de proteção ou de vigilância, é pressuposto que exista a possibilidade de ação, o que é extraído da própria redação do art. 13, § 2º, do CP, que expressamente prevê que a omissão será penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Isto é, ele tinha a capacidade de agir e não o fez.

Importante destacar que essa fundamentação dessa posição de garantia não vem em total substituição às teorias formais, ao abrir mão do fundamento jurídico para o reconhecimento do dever de garantia, porque a teoria material não afasta a necessidade de fundamentação jurídico-formal, mas a pressupõe. Isto a diferencia da teoria formal ao não se satisfazer apenas com esta para reconhecer a posição de garantia, pois acresce outro requisito, além da confrontação formal: o aspecto material da assunção do dever de proteção ou de vigilância⁷⁸.

Conforme BUSATO⁷⁹, a ideia fundamental é a de filtrar os critérios fixados pela lei através de dois outros critérios fundamentais, quais sejam, a guarda de um bem jurídico concreto (criadora de deveres de proteção e assistência) e o domínio

⁷⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral: volume 1*. p. 279.

⁷⁷ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 93.

⁷⁸ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 88.

⁷⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral: volume 1*. p. 279.

material sobre uma fonte de perigo (determinante de deveres de segurança e de controle).

Apesar de ser terreno fértil, o aprofundamento do tema acima colocado fugiria ao escopo do presente trabalho, de modo que a teoria a ser adotada no presente trabalho, por ser a mais adequada e mais bem aceita pela doutrina em geral, será a material.

2 A POSIÇÃO DE GARANTE DO ADMINISTRADOR DO NEGÓCIO

2.1 Do empresário enquanto garante

O conceito de empresa é entendido, em linhas gerais, como uma atividade econômica organizada com a finalidade de fazer circular ou produzir bens e serviços. O empresário, por sua vez, é o sujeito que a exerce profissionalmente⁸⁰.

As atividades empresariais são classificadas pela doutrina penal como fontes de perigo. Isto se justifica porque, ao se fundar uma sociedade empresária, cria-se um centro autônomo de decisões e interesses que encabeçará relações jurídicas e permeará interações intersubjetivas, que poderão ter repercussões penais⁸¹ em razão do risco a bens jurídicos protegidos que suas atividades provocam.

Segundo FERNÁNDEZ⁸², os delitos cometidos a partir da estrutura empresarial decorrem de uma má gestão e falha dos múltiplos mecanismos de controle disponíveis, o que engloba funções como: i) fixação de políticas gerais da empresa; ii) programação de objetivos; e iii) tarefas de gestão diária.

Para LEITE⁸³, o dever de vigilância surge de um comportamento anterior do administrador do negócio: a criação da empresa. Com isso, cria-se uma fonte de perigos para determinados bens jurídicos de terceiros. Aqui, ao se mencionar criação da empresa, fala-se no sentido figurado, pois não necessariamente a empresa deve ter sido criada pelo agente garantidor, mas sim ter a administração por ele assumida, o que materialmente justifica sua posição de garante. Também não é necessária sua constituição formal, pois o entendimento também pode ser aplicado para empresas informalmente constituídas.

A capacidade organizacional da empresa traz como dever correlato o dever de velar que a atividade empresarial não cause dano a bens jurídicos de terceiros. Assim, o administrador assume o compromisso de conter aqueles riscos que vão

⁸⁰ Conforme previsto no art. 966, *caput*, do Código Civil (CC), “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.

⁸¹ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 95.

⁸² FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medio ambiental*. Barcelona: Atelier, 2008. p. 54.

⁸³ LEITE, Alaor. *Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria*. p. 2.

surgindo, o que é a contrapartida à liberdade exercida com o estabelecimento da empresa⁸⁴.

Desse modo, o administrador do negócio, cuja relação de controle é assumida tanto no plano jurídico quanto fático, encontra-se na posição de garante penal, materialmente fundado no dever de vigilância da empresa como fonte de perigo, com vistas a impedir que dela advenham danos ou perigos a quaisquer bens jurídicos. Cabe a ele a organização empresarial, isto é, possui o controle direto sobre a realização, interrupção, impedimento ou continuidade do que é exercido nas dependências da empresa, ainda que indiretamente.

Como a empresa é administrada a partir das instruções de seu administrador, é dever deste manter a fonte de perigo sob controle e também cuidar do desenrolar regular e ordenado de sua empresa. Por essas razões é que se justifica posicionar o administrador do negócio garantidor de vigilância, no sentido de que a atividade empresarial não acarrete danos jurídico-penalmente relevantes a terceiros.

Evidentemente, não se espera, com isso, que o empresário assuma a obrigação de evitar toda e qualquer intercorrência criminosa na empresa, mas apenas o que se entende por delitos vinculados ao estabelecimento⁸⁵. Na hipótese, o dever de garantia se restringe aos riscos não permitidos típicos da atividade empresarial (sobre a qual ele exerce poderes de domínio e organização), no que se incluem perigos advindos de determinadas condutas de seus subordinados, exceto se não se referirem à atividade empresarial em si, de modo que fuja à sua zona de vigilância⁸⁶.

Portanto, a partir da assunção da posição de administrador, torna-se obrigado, em tese, a fiscalizar, construir programas de controle e gerir a estrutura abaixo do seu cargo, a partir da regra de que estaria obrigado a fazer tudo o que está ao seu alcance para evitar irregularidades⁸⁷. Assim, é função do gestor determinar, construir e sempre melhorar os mecanismos internos de controle em

⁸⁴ PLANAS, Ricardo Robles. *El responsable de cumplimiento ("compliance officer") ante el derecho penal*. In SILVA SANCHEZ, Jésus-Maria; FERNANDEZ, Raquel Montner (org). *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 322.

⁸⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. p. 131.

⁸⁶ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 93.

⁸⁷ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; DE SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal econômico [livro eletrônico]: Leis Penais Especiais*. Vol. 1. Thomson Reuters Brasil, 2019. p. RB 4.4.

face da prática de crimes descritos na legislação por seus subordinados e subalternos⁸⁸.

Importante ressaltar que os deveres acima colocados não envolvem somente delitos tipicamente empresariais, como crimes contra a ordem tributária, o sistema financeiro ou contra a administração pública, ou os denominados por SUTHERLAND⁸⁹ como “crimes de colarinho branco”⁹⁰. Envolvem, também, outros não tão comumente associados, como homicídio, lesões corporais ou assédio sexual. Portanto, englobam todos aqueles que envolvam e decorram a partir da atividade empresarial em suas variadas formas.

Cita-se a diferenciação realizada por SCHUNEMANN⁹¹, ao distinguir o fenômeno da criminalidade empresarial, tanto dos comportamentos dirigidos contra os bens jurídicos da própria empresa, conhecida como criminalidade intraempresarial ou criminalidade na empresa, bem como os delitos contra bens jurídicos de terceiros, denominada criminalidade *ad extra* ou da empresa.

CRESPO defende a posição de garantidor do administrador pelos chamados crimes relacionados com o estabelecimento, tais como suborno de funcionários, violação da concorrência, ações fraudulentas ou violentas na frente dos clientes da empresa, entre outros. Destes, seriam diferenciados todos os crimes cometidos por ocasião da atividade desenvolvida, mas não em consequência dela. O autor defende que só neste último se pode falar do domínio do superior a partir da divisão hierárquica da sociedade, que se baseia na faculdade de ordenar, assim como no acesso preponderante de informações do superior⁹².

Ainda, o dever de vigilância do administrador não se restringe apenas a conduta de subordinados, mas também a todas as coisas e objetos que representem

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 3.

⁹⁰ Sutherland entende que a criminalidade de colarinho branco nos negócios manifesta-se com maior frequência na forma de deturpação de demonstrativos financeiros de corporações, manipulação na bolsa de valores, corrupção privada, corrupção direta ou indireta de servidores públicos a fim de obter contratos e leis favoráveis, vendas e publicidades enganosas, apropriação indébita e uso indevido de ativos, adulteração de pesos e medidas e falsificação de mercadorias, fraudes fiscais, uso impróprio de valores em recuperações judiciais e falências. Essas são violações às quais Al Capone denominou de “trapaças legítimas”.

⁹¹ SCHUNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2004. p. 17/19.

⁹² CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. VI, Julho 2011. Capítulo 1. p. 8,

risco e estejam diretamente ligados a atividade empresarial. Cita-se como exemplo a empresa que possui Estação de Tratamento de Esgoto (ETE). É dever do administrador fiscalizar a estação, contratar bons profissionais para que sua operação esteja regular e continuamente investir em sua manutenção. A ocorrência de dano ambiental por problema na ETE, se decorrer do descumprimento do dever de vigilância torna o administrador responsável pelos resultados típicos, ainda que não tenha sido por ele diretamente praticado.

Porém, apesar dos deveres acima colocados, não se pode confundir a responsabilidade por omissão com responsabilidade objetiva, porque o nexo de causalidade deve ser fundamentado em elemento concreto, sem juízo hipotético. Isto é, deve ficar claro que a ação exigida teria o condão de evitar o resultado.

Conforme alerta SCHUNEMANN⁹³, apenas se pode falar de uma omissão dessa ação quando sua realização era possível ao autor individual; e que somente se pode falar na omissão da evitação de uma lesão de bem jurídico quando a realização da ação de salvamento pelo autor teria conduzido, com probabilidade próxima da certeza, ao salvamento do bem jurídico. Trata-se da causalidade necessária para omissão imprópria.

BOTTINI⁹⁴ é crítico do domínio do foco do perigo para fundamentar a posição de garantia do empresário. Para o autor, seria mais adequado fundar a responsabilidade do empresário em dois pilares, ambos fundamentados na criação de riscos: os próprios e os alheios. O primeiro quando por um ato comissivo, cria um risco permitido ou não permitido, jurídico ou antijurídico, o insere em seu âmbito de competências organizacionais, de forma de que deve administrá-lo para manter dentro dos parâmetros tolerados, ou de evitar que se desdobre em resultados típicos. Assim, bastaria que se agisse positivamente gerando elementos que possam expor a perigo ou lesionar bens jurídicos penalmente tuteláveis. Neste caso, aquele que cria o risco deve assegurar que esse risco seja mantido nos patamares autorizados e permitidos. Caso se omita e tal risco se desdobre em um resultado típico, esse resultado será imputado ao omitente com base na ingerência. Ainda, também na seara empresarial, seria possível identificar pessoas com atribuições de

⁹³ SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo. Marcial Pons, 2013. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – Possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. p. 164.

⁹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 2018. p. 135.

controlar ou gerenciar riscos alheios, sendo que, nesta hipótese, o foco não seria o perigo por eles criado, mas aquele oriundo de pessoas ou setores, diante dos quais existe um dever de agir, seja para mantê-los dentro dos limites permitidos, seja para iniciar um processo de salvamento caso saiam do controle.

Nos tópicos seguintes, serão analisados com maior profundidade a extensão do âmbito dos deveres do administrador do negócio enquanto garante. Em razão da abrangência do tema e da enorme carga de subjetivismo que o permeia, é tarefa difícil conceituar, de maneira inflexível e certa, os limites da extensão da responsabilidade, porque não existe fórmula certa para a fixação do agir.

São inúmeros os aspectos que casuisticamente devem ser analisados para que não se incorra na temida responsabilidade penal objetiva. Cada empresa possui suas peculiaridades e é imprescindível que haja uma investigação prévia por parte dos órgãos de persecução, a fim de que a estrutura da pessoa jurídica seja devidamente compreendida.

2.1.1 Dos deveres de vigilância no âmbito da atividade empresarial

2.1.1.1 Se a fonte de perigo decorre de conduta de funcionários ou de terceiros

Dentro da pessoa jurídica, o âmbito de responsabilidade atribuído ao administrador compreende um espectro que pode ser impraticável caso centralizado em apenas uma pessoa. É por este motivo que frequentemente se recorre a figura da delegação, na qual se atribui para funcionários, ou até mesmo terceiros, tarefas ou funções que são imprescindíveis para o funcionamento da atividade empresarial.

E a depender do porte da empresa, essa estrutura da divisão de funções e tarefas pode se revelar mais ou menos complexa.

Para CRESPO, o conteúdo da obrigação de garantia do administrador quanto ao risco da empresa consiste na adoção de medidas complementares de segurança e de salvamento. O primeiro tem por objetivo evitar que a fonte de perigo aumente o nível inicial de risco que lhe é inerente. O segundo deve retirar as pessoas da esfera

de eficácia do risco quando este tiver se convertido em um risco concreto e iminente para os bens jurídicos⁹⁵.

Nesse ponto, a legislação brasileira veda o administrador de fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar⁹⁶. Essa indelebilidade da administração societária, contudo, diz respeito à condução dos assuntos societários, mas não alcança a gerência das atividades empresariais, que podem sim ser delegadas⁹⁷.

Conforme destaca ESTELLITA⁹⁸, um dos argumentos utilizados para fundar a posição de garantidor dos administradores da pessoa jurídica em virtude do controle sobre o subordinado apoia-se no fato de que quem tem o poder de instruir, dar ordens e organizar o trabalho alheio tem, por isso, maior possibilidade de agir para evitar que os subalternos pratiquem crimes. Até porque, um ambiente corporativo mal administrado abre brechas para a prática de ilegalidades⁹⁹.

Nesse ponto, SUTHERLAND sugere que a criminalidade de colarinho branco, como qualquer outra criminalidade sistemática, é aprendida em associação direta ou indireta com aqueles que já praticaram o comportamento, e aqueles que aprendem este comportamento criminoso são apartados de contatos íntimos e frequentes com comportamento de obediência à lei. Portanto, para ele, algumas sociedades empresariais são mais propícias para a prática de crimes, em especial aquelas onde exista verdadeira cultura permissiva e até mesmo de incentivo da prática de crimes, por não apenas tolerar, mas estimular a atuação delitiva empresarial. Inclusive, ele cita as pessoas jurídicas como facilitadoras de ilegalidades, porque garantem o anonimato das pessoas para impedir a determinação de responsabilidades individuais¹⁰⁰.

⁹⁵ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. VI, Julho 2011. Capítulo 1. p. 8.

⁹⁶ Segundo o art. 1.018, caput, do CC: “Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar”.

⁹⁷ MAMEDE, Gladston. *Direito Societário – Sociedades Simples e Empresárias* [livro eletrônico] 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

⁹⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 109.

⁹⁹ BARRILARI, Cláudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance* [livro eletrônico].

¹⁰⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. p. 344.

Nesse ponto, BOTTINI¹⁰¹ faz crucial observação de que o empresário cria um risco ao distribuir tarefas, determinar condutas ou mesmo delegar funções e competências a terceiros, subordinados ou não, para que prestem serviços ou realizem atividades em favor ou em nome da empresa, de modo que ele deverá agir para observar as normas de cuidado para garantir que esse risco – permitido –, representado pelo trabalho de terceiros, se mantenha em patamar tolerável, ou deverá agir para assim restituí-lo diante de qualquer desestabilização culposa ou dolosa, sempre que dela tenha conhecimento.

Em verdade, esse poder decorre do próprio poder diretivo do empregador sobre seus empregados, reconhecido juridicamente através da Consolidação das Leis do Trabalho, mas que pode decorrer também da relação entre duas pessoas na estrutura hierárquica da empresa, mesmo quando não se possa falar de uma relação trabalhista, como seria o caso, por exemplo, de uma relação hierárquica entre empregados, chefe (que não o empregador) e subordinado, empresa e serviço terceirizado e, até mesmo, entre os membros de órgãos societários, como conselho de administração e diretoria¹⁰².

A problemática surge quando a estrutura empresarial, devido a divisão de tarefas, pode fazer com que o administrador perca a sensibilidade para perceber os riscos que gera objetivamente seu ato, o que faz com que ele dependa do fluxo de informações para que esteja em condições de atuar de maneira segura¹⁰³.

2.1.1.2 Por omissão na prevenção e repressão de crimes ocorridos no âmbito da pessoa jurídica

Importante ressaltar que a responsabilidade do administrador, enquanto garante, pode, também, estar relacionada a proteção de bens jurídicos como a vida e a integridade física dos colaboradores da pessoa jurídica. E, como já colocado, este dever também compreende a prevenção de riscos.

¹⁰¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 2018. p. 190.

¹⁰² ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 109.

¹⁰³ MANSDORFER, Marco. *Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo*. Barcelona. InDret, 2, 2007, p. 9.

Para exemplificar, verifica-se o Habeas Corpus nº 119.348/SP¹⁰⁴, impetrado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), de relatoria da Ministra Laurita Vaz, com o objetivo de trancar ação penal por ausência de justa causa. A denúncia imputou ao Paciente, diretor de unidade fabril da pessoa jurídica, o crime de homicídio culposo, na modalidade negligência, por ter deixado de observar o dever objetivo de cuidado, enquanto garante especificamente no que toca à manutenção de sistema adequado de proteção do maquinário da unidade, onde um funcionário da empresa veio a óbito, no momento em que fazia a limpeza de uma das máquinas.

O diretor foi denunciado com base em documentos fornecidos pela própria empresa, nos quais era expressamente prevista sua atribuição de supervisionar as atividades industriais e comerciais daquela unidade fabril. E, com base nisto, entendeu o STJ que havia justa causa para o prosseguimento da ação penal.

Cita-se, também, a hipótese de que o administrador, ciente de que o gerente comercial da empresa com frequência assedia funcionárias que lhe são subordinadas, porque recebeu várias denúncias, nada faz a respeito e orienta seus funcionários a não mais lhe repassarem denúncias “desse tipo”. Neste caso, a omissão do administrador em pode ter contornos penais relevantes, porque, como já estudado, o dever de garantia se restringe aos riscos não permitidos típicos da atividade empresarial (sobre a qual ele exerce poderes de domínio e organização), no que se incluem perigos advindos de determinadas condutas de seus subordinados.

2.1.1.3 Da responsabilidade do administrador prevista em legislação extravagante

2.1.1.3.1 Crimes ambientais (Lei nº 9.605/98)

No âmbito dos crimes ambientais, é possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica, conforme previsão na Lei nº 9.605/98. Porém, a responsabilidade da

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 119.348/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Brasília, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011.

pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautores ou partícipes do mesmo fato¹⁰⁵.

Inclusive, a postura mais recente da jurisprudência brasileira se encaminha no sentido de que é possível a imputação aos entes coletivos, por delitos ambientais, ainda que não se logre a identificação da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. Isto é justificado pela própria problemática trazida no presente trabalho, no sentido de apontar, dentro da estrutura empresarial, o agente – pessoa física – responsável pelo resultado delitivo.

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgado em 06/08/2013¹⁰⁶, destinado a analisar o art. 225, § 3º, da CF, “*as organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta*”.

Além da peculiaridade acima colocada, o que merece destaque na legislação ambiental é a previsão expressa de responsabilização penal do administrador da pessoa jurídica. O art. 2º da Lei nº 9.605/98 é enfático ao dispor que responderá por delitos ambientais o diretor, administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

É nesse ponto que se enxerga a previsão expressa da responsabilidade do administrador por conduta omissiva em decorrência de um dever de impedir o resultado. Como pontua ESTELLITA¹⁰⁷, talvez a única regra setorial dispondo sobre a posição de garantidor no direito positivo brasileiro seja a acima citada. Ocorre que, em verdade, a disposição não se mostra necessária, uma vez que o dever de agir do administrador do negócio, isto é, o fundamento material da posição de garantidor, já

¹⁰⁵ Conforme parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.605/98, “*Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la*”.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 548181, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, Brasília, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213 divulgado 29/10/2014, publicado 30/10/2014.

¹⁰⁷ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 144/145.

encontra amparo na legislação brasileira através do Código Penal, como já trabalhado nos tópicos anteriores.

Trata-se, portanto, de regra redundante, pois, mesmo que não houvesse o art. 2º da Lei nº 9.605/98, o administrador que deveria ter agido para evitar a prática de qualquer crime ambiental, poderia ser responsabilizado em razão do dever de vigilância da empresa como fonte de perigo.

Ademais, se o legislador pretendia – como pode ter sido o plano inicial – punir estas pessoas por omissão própria, deveria ter criado tipo penal específico, evidentemente acompanhado de sanção menos severa¹⁰⁸.

2.1.1.3.2 Crimes contra as relações de consumo (Código de Defesa do Consumidor)

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê que quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes nele previstos, incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade. Até então, não existe novidade. Porém, a diferença é que é prevista a responsabilidade do administrador da pessoa jurídica que promover, permitir ou qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

Ao utilizar o verbo “permitir”, fica implícito que uma conduta omissiva poderia justificar a responsabilização do administrador por crime contra a relação de consumo. Mas a utilização da expressão “qualquer forma” deixa clara a intenção do legislador de que a conduta, seja comissiva ou omissiva, é suficiente, em um primeiro momento, para tornar o administrador responsável pelo delito.

Porém, assim como acontece com os crimes ambientais, como já destacado no subitem anterior, parece ser redundante a previsão da responsabilização do administrador, porque já seria possível com base no Código Penal.

2.1.1.3.3 Por descumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)

¹⁰⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 144/145.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi editada em 14 de agosto de 2018 com o objetivo de proteger o indivíduo contra os abusos na utilização e circulação de suas informações pessoais, por meio digital, de modo a garantir o direito de liberdade e de privacidade da pessoa natural (art. 1º). A legislação impôs uma gama de obrigações às pessoas jurídicas no que tange ao tratamento de dados, bem como direitos aos titulares de dados pessoais, a fim de evitar o vazamento de dados.

Em razão da profundidade dos impactos na realidade empresarial, foi concedido um período de *vacatio legis*¹⁰⁹, a fim de que as pessoas jurídicas se readequassem à nova realidade, que, através de diversas alterações legislativas, foi aumentado, de modo que as punições às empresas que descumprirem o decreto só serão aplicadas a partir de agosto de 2021¹¹⁰, sendo que originalmente ocorreriam a partir de fevereiro de 2020.

Nessa linha, há quem entenda que, hoje, os dados pessoais passaram o constituir o ativo mais importante do mercado, sendo considerados o novo petróleo. A necessidade de proteção desses dados deriva justamente do fato de constituírem um conjunto de informações capazes de identificar qualquer pessoa, o que gera grave transtorno para aquele que teve seus dados cedidos irregularmente para terceiros, como compras não reconhecidas ou saques indevidos de valores em contas bancárias¹¹¹.

A nova legislação não deixou passar e previu expressamente a possibilidade de que o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo (art. 42).

Adiante, a Lei preceituou que o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador se equipara ao controlador (art. 42, parágrafo primeiro,

¹⁰⁹ A LGPD foi publicada em 14 de agosto de 2018, seu artigo 65 trazia uma regra de entrada em vigência 18 (dezoito) meses após a publicação, isto é, a lei entraria em vigor em fevereiro de 2020. Também em 2018, o Presidente da República editou a MP 869, convertida na Lei 13.853/19, prorrogando sua vacância por mais 6 meses, para agosto de 2020.

¹¹⁰ Alteração legislativa prevista pela Lei n. 14.010/20.

¹¹¹ CARVALHO, Cláudia da Costa Bonard de. *O crime de apropriação indébita digital e a conservação ilícita de dados, de acordo com as normas da LGPD*. Revista de Direito e as Novas Tecnologias | vol. 6/2020 | p. 127 - 139 | Jan - Mar / 2020 | DTR\2020\361. p. 1.

inciso I). Ainda, os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente (art. 42, parágrafo primeiro, inciso II).

Trata-se de hipótese de responsabilização na esfera civil, mas que também terá reflexos na criminal. A nova Lei não trouxe novos tipos penais, mas viabilizou a punição por crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante que até então não era possível, pelo fato de que as obrigações previstas na LGPD, referentes ao tratamento de dados, não eram de caráter obrigatório no âmbito empresarial.

Cita-se exemplo desenvolvido de apropriação indébita digital, enquadrada simplesmente na figura típica prevista no art. 168-A do CPB¹¹², por uma empresa de telefonia celular que não descarta as informações de clientes que já encerraram seus contratos, ignorando os pedidos de eliminação de dados formulado pelo usuário, conforme possibilita a LGPD, e continua a contatá-los insistentemente para oferecer seus serviços. Poder-se-ia falar em posse ilegal e dolosa de dados, tipo penal omissivo, onde o sujeito ativo deixa de realizar propositalmente o devido descarte de informações¹¹³.

São diversas as implicações que isso traz para a realidade empresarial, porque impõe um dever de cuidado com os dados pessoais não apenas de seus clientes, mas também de seus funcionários e de todos aqueles que fornecem informações e integram a cadeia produtiva da empresa. A título de exemplo, a empresa que armazena banco de dados com informações pessoais sobre seus clientes tem o dever de garantir a segurança e confidencialidade desses dados. O vazamento pode atrair a responsabilização. Mas não é só.

A LGPD também possui reflexos no âmbito de investigações internas realizadas pelas empresas, que vedou o tratamento de dados para fim exclusivo de atividade de investigação e repressão de infração penal por pessoa de direito privado, salvo por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público ou em procedimentos sob tutela de pessoa jurídico, que deverão ser objeto de informe específico à autoridade nacional (art. 4º, inciso III, § § 2º e 4º)¹¹⁴.

¹¹² Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção.

¹¹³ CARVALHO, Cláudia da Costa Bonard de. *O crime de apropriação indébita digital e a conservação ilícita de dados, de acordo com as normas da LGPD*. p. 9.

¹¹⁴ Existem críticas à constitucionalidade desse dispositivo, porque ele afrontaria o princípio da proporcionalidade e poderia inviabilizar a apuração de delitos dentro da empresa. Nesse sentido:

Esse novo disciplinamento impossibilitou que pessoas jurídicas de direito privado principiarem e executarem, de maneira autônoma, investigações em suas dependências sem a prévia e concomitante participação de alguma autoridade pública, porque todas as tarefas típicas desses expedientes apuratórios (levantamentos documentais, análises de vida pregressa, avaliação de comunicações institucionais, exame de tarefas desempenhadas, realização de interrogatórios etc. – pressupõem, em alguma medida, a operação de tratamento dos dados pessoais dos investigados)¹¹⁵.

Do que foi colocado, observa-se que a omissão na observância dessas obrigações impostas às pessoas jurídicas pela LGPD pelo administrador, que resultem em algum ilícito, podem atrair a responsabilidade penal, sendo os desdobramentos da interpretação dos Tribunais Brasileiros na matéria criminal acerca da legislação questão a ser cuidada com atenção.

2.2 A figura do administrador de sociedade limitada na lei brasileira

No âmbito da sociedade limitada, a administração deverá ser confiada obrigatoriamente a pessoas naturais (art. 997, VI, do CC), a quem caberá a condução dos assuntos societários e a representação social. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios (art. 1.011, do CC). Ainda, o administrador pode ser sócio ou não da pessoa jurídica.

É, ainda, imprescindível esclarecer que existe clara separação entre a pessoa jurídica e os administradores que a representam, sendo via de regra a obrigação pertencente à pessoa jurídica, ainda que contraída por seus representantes (art. 1.022 e seguintes do CC)¹¹⁶. O administrador, portanto, não age em nome próprio, mas em nome da sociedade administrada e representada, de modo que sempre que

BEDÊ JÚNIOR, Américo, ALTOÉ, Marcelo Martins. Investigações empresariais internas e proteção de dados: uma análise da constitucionalidade das restrições impostas pelo artigo 4º, §§ 2º e 4º, da Lei 13.709/2018 (LGPD).

¹¹⁵ BEDÊ JÚNIOR, Américo, ALTOÉ, Marcelo Martins. Investigações empresariais internas e proteção de dados: uma análise da constitucionalidade das restrições impostas pelo artigo 4º, §§ 2º e 4º, da Lei 13.709/2018 (LGPD). p. 5.

¹¹⁶ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 141.

respeitar essa regra elementar, os atos praticados vinculam apenas a sociedade administrada e não o administrador¹¹⁷.

Existem críticas à adoção da determinação legal de aplicação do mesmo cuidado e diligência empregado na administração de seus “próprios negócios”, visto que geralmente os riscos assumidos em nome próprio costumam ser maiores do que aqueles assumidos em nome de terceiros, de modo que teria o legislador falhado ao adotar esse conceito, pois, ao ligá-lo ao homem comum, deixou de lado o conhecimento técnico esperado do administrador da empresa e ainda abriu margem para a maior assunção de risco¹¹⁸.

No âmbito da responsabilidade civil dos administradores, a Lei da S/A, de aplicabilidade subsidiária às sociedades limitadas, na mesma linha que o Código Civil, prevê que o administrador não é responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, mas responderá quando agir com culpa ou dolo ou com violação da lei ou estatuto (art. 150 da Lei da S/A).

No âmbito cível, a omissão do administrador também pode atrair a sua responsabilização. A Lei das S/A, que possui aplicabilidade subsidiária para as sociedades limitadas, prevê em seu art. 158, § 1º, que “*o administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática*”. Assim como ocorre com a Lei Penal, a responsabilidade civil também decorre do deixar de fazer o que era esperado para impedir o ato ilícito, que simplesmente se traduz em conduta omissiva. O § 2º do mesmo dispositivo também prevê que “*Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles*”.

Como se vê, o administrador, no âmbito empresarial, possui poderes e deveres regulamentados em normas extrapenais. Aqui, novamente se faz a observação de que, apesar de não poderem tais dispositivos serem utilizados, por si só, para fundamentar a responsabilidade penal, podem servir como baliza para análise dos parâmetros da atuação do administrador dentro da pessoa jurídica.

¹¹⁷ MAMEDE, Gladston. Direito Societário – Sociedades Simples e Empresárias [livro eletrônico] 11. p. 87.

¹¹⁸ FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. *O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores*. 2. ed., São Paulo/SP : Almedina, 2015 (Coleção Insper) p. 24.

O poder/dever primordial para o presente trabalho é o de gerir as atividades negociais da sociedade, concretizando suas finalidades contratualmente previstas.

Para MAMEDE¹¹⁹:

Ao administrador societário cabe a coordenação *interna corporis*, incluindo a regência da coletividade social, a prática dos atos registrares e a representação social. A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio dos administradores devidamente nomeados e com poderes que bastem para tanto (artigo 1.022). A expressa administração societária, contudo, não se interpreta obrigatoriamente como ligada à execução do objeto social. O administrador não é obrigado a estar cotidianamente à frente do empreendimento, gerindo assuntos corriqueiros. Pode contratar prepostos para fazê-lo, incluindo um ou mais gerentes a quem atribua essa execução do objeto social, incluindo funções específicas, a exemplo da *gerência técnica da produção*.

É nesse momento do trabalho que se faz um efetivo paralelo com normas extrapenais e orientações de governança, com o objetivo de fixar balizas no que tange à atuação do administrador quanto ao dever de controle da empresa como fonte de perigo. Ressalta-se que o que será exposto adiante não seria uma forma de “escudo” para afastar ou até mesmo eximir a responsabilidade do administrador, mas sim de trazer parâmetros para medir até que ponto ele atuou para tentar mitigar ou neutralizar riscos provenientes da atividade empresarial, dever que lhe incumbe.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) elaborou um guia com diversas orientações jurídicas dirigidas para conselheiros de administração e diretores¹²⁰. A cartilha enumerou os principais deveres inerentes a essas funções¹²¹, tais quais: tomada de decisão informada, refletiva e desinteressada¹²² e a fiscalização de prepostos e subordinados.

Referido guia dispõe “*é obrigação do administrador cercar-se das informações necessárias para formar sua convicção, analisando-as criticamente e promovendo as diligências necessárias, se entender que devem ser complementadas*”. Neste

¹¹⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito Societário – Sociedades Simples e Empresárias* [livro eletrônico] 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 79.

¹²⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia de Orientação Jurídica de Conselheiros de Administração e Diretores*. São Paulo, SP: IBGC, 2012. (Série Cadernos de Governança Corporativa, 11). p. 34.

¹²¹ Embora o estudo tenha sido direcionado aos administradores da sociedade anônima (S/A), as orientações também tem utilidade para os administradores das sociedades limitadas, visto que a Lei das S/A possui aplicação supletiva, bem como porque seu regramento geral é totalmente compatível com as sociedades limitadas. Adaptações foram feitas nos deveres previstos a fim de readequá-los a realidade das sociedades limitadas, objeto de estudo deste trabalho.

¹²² Segundo o Guia, a decisão desinteressada é aquela que observa os melhores interesses da pessoa jurídica, sem levar em considerações interesses próprios do administrador que não estejam ligados à atividade econômica.

ponto, “o administrador não poderá escusar-se de sua responsabilidade alegando que, quando decidiu ou votou numa determinada matéria ou se omitiu, o fez por não ter todas as informações necessárias, salvo se, sendo diligenciado para obtê-las, a fim de formar seu juízo de valor, não as tenha recebido”¹²³.

Em um segundo momento, também existe o poder-dever de fiscalização de atos dos subordinados e prepostos. Com a adoção das premissas expostas no Guia elaborado pelo IBGC e as readequando ao objeto de estudo deste trabalho, entende-se que, para as sociedades de responsabilidade limitada, ao administrador cabe controlar a legalidade e legitimidade de todos os negócios do qual a pessoa jurídica faça parte, de modo a verificar se seus funcionários estão agindo de acordo com a Lei.

Lógico que não há necessidade de que o administrador acompanhe de forma detalhada e pessoal cada negócio realizado, até mesmo porque isto seria inviável. Mas é importante que ele tome as cautelas pertinentes ao seu cargo, com o monitoramento de situações de risco e que aja de maneira efetiva para evitar situações estranhas ao desenvolvimento regular do negócio.

Nesse ponto, ciente da dinâmica do mundo empresarial, que dificulta que o administrador acompanhe e execute, ou até mesmo que saiba de forma detalhada todas as atividades desenvolvidas pelas companhias, o Guia enumera ferramentas para facilitar o acompanhamento do negócio, que são: a realização de reuniões regulares com a equipe, o desenvolvimento de sistemas para agilizar e melhorar o fluxo de informações entre as áreas e os níveis hierárquicos diversos (que existem tanto nas pessoas jurídicas com estrutura verticalizada quanto horizontalizada) e sistemas de controle interno (auditorias, códigos de conduta e etc).

A Cartilha do IBGC também enumera outros deveres do administrador¹²⁴, mas o que se mostra crucial para o presente estudo é o dever de diligência, traduzido na prática como um administrador que decida de forma cuidadosa, cautelosa, zelosa e com presteza. Como bem colocado, não existe uma fórmula exata do que se entende por um administrador diligente, porque cada pessoa jurídica possui modelo de negócio com peculiaridades das mais variadas.

¹²³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia de Orientação Jurídica de Conselheiros de Administração e Diretores*. p. 34.

¹²⁴ A Cartilha enumera as seguintes: dever de diligência, dever de lealdade e o dever de informar.

Em linhas gerais, compreende-se como o dever do administrador de gerir a sociedade com a cautela que empregaria na condução de um negócio de sua propriedade, como um padrão de comportamento a ser observado (um “standart de diligência), o que abarca uma série de outros deveres correlatos, tais como: i) agir com boa-fé, ii) atuar de forma ativa, participando e estando ciente das atividades da sociedade, iii) informar-se antes de tomar decisões; e iv) agir de forma atenta, com o cuidado e diligência esperados de uma pessoa que ocupa a posição de administrador de uma sociedade¹²⁵.

Porém, após levantamento jurisprudencial, referido Instituto listou elementos que são levados em consideração para analisar a conduta de um administrador¹²⁶, tais quais: *tempo dedicado à função* (o administrador deve destinar tempo suficiente ao exercício da função de administrar); as *decisões devem ser informadas, refletidas e desinteressadas*¹²⁷; *participação ativa* (agir, inquirir, avaliar alternativas e consequências); *compartilhar conhecimento* e discutir com os demais administradores, se houver; *buscar opiniões de especialistas*; e *delegar tarefas com responsabilidade e supervisão*. Este último ponto, por também estar relacionado com o “direito de confiar nos outros”, revela-se o mais problemático e será estudado com maior profundidade no último capítulo, que trata das estruturas empresariais verticalizadas.

Ambos os deveres citados – decisões informadas e fiscalização de subordinados – são parâmetros que podem ser utilizados para medir o limite de responsabilidade do administrador enquanto garantidor. Como dito, as questões acima colocadas não servem para afastar a responsabilidade penal do administrador, mas também não para fundamentá-la. Porém, podem servir como parâmetros para que, no plano fático, dentro de competência e esfera de controle, seja averiguado os limites de sua atuação pra mitigar ou prevenir os riscos da empresa como fonte de perigo.

Nesse ponto, deveres extrapenais, de base legal ou contratual – aqui compreendidos atos normativos da própria empresa, como seu estatuto ou contrato social, o contrato de trabalho ou outros instrumentos contratuais que designem as

¹²⁵ FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. *O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores*. p. 24.

¹²⁶ Decisões que tratam da responsabilidade civil.

¹²⁷ Novamente, o conceito de desinteresse se insere na decisão do administrador com base no que é melhor para a pessoa jurídica, e não para atingir objetivos pessoais que se divorciam da atividade econômica.

incumbências e deveres, e, portanto, as competências dos integrantes da empresa – têm função indiciária da posição de garante e eventualmente conformadora dos limites do âmbito sob responsabilidade do garantidor, determinante do conteúdo do seu dever concreto de agir. Decisiva será, sempre, a assunção de fato da posição de garantidor, isto é, material, e a área de competência interna dentro da empresa que delimitará sua esfera de controle¹²⁸.

Idêntico raciocínio também pode ser aplicado caso a empresa possua programa de *compliance* efetivamente aplicado.

Existe muita discussão dogmática acerca da possibilidade de um descumprimento normativo (*criminal compliance*) poder ou não, indiretamente, influir na determinação de responsabilidades de uma pessoa física. O posicionamento que parece ser o mais adequado é o defendido por SILVEIRA e SAAD-DINIZ, que entende ser inviável que o descumprimento de normas no interior de uma empresa, por si só, impliquem em responsabilidade individual, porque esta punição careceria de legitimidade, haja vista que o Direito Penal, de natureza pública, por definição, não pode ficar atrelado à ideia de um descumprimento de normas internas de uma dada empresa¹²⁹.

Em resumo, o que se defende é que a responsabilidade penal não pode, em nenhuma hipótese, ser exclusivamente fundamentada na violação de deveres previstos em normas extrapenais ou até mesmo de normativas internas de uma pessoa jurídica. Porém, isso não significa dizer que tais disposições não tenham utilidade para fins de apuração e identificação da responsabilização criminal.

Inegável que, em muitos casos, é enorme a disparidade entre o que a lei/contrato social/programa de *compliance* dispõe do que aquilo que se verifica na prática nas dependências da empresa. É justamente esta a razão imperiosa para que os órgãos de persecução penal realizem investigação aprofundada e de fato compreendam como funciona a pessoa jurídica, sob pena de incorrer em responsabilidade penal objetiva, frequente nos dias atuais.

A realidade do que ocorre na empresa é tão relevante que, pode haver o reconhecimento da existência do administrador de fato da pessoa jurídica. Isto porque, não necessariamente, apenas o administrador formalmente nomeado em

¹²⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 145.

¹²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. p. 121.

contrato social que poderá ser responsabilizado criminalmente por atividades decorrentes da pessoa jurídica.

A jurisprudência brasileira também admite a responsabilização do administrador de fato, entendido, segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) como aquele que, *“apesar de não constar como sócio-gestor no contrato constitutivo da sociedade empresária, era administrador, de fato, da empresa, responsável pelas decisões gerenciais e pela condução das atividades negociais desenvolvidas”*¹³⁰.

A situação acima colocada permite concluir que, apesar de não ostentar formalmente a qualidade, aquele que possui poderes de gestão no âmbito da empresa também, exatamente em decorrência disto, possui função de garante em relação às atividades da pessoa jurídica. Em um segundo momento, se o contrato social não institui um sócio ou um terceiro como administrador da sociedade, mas constitui um gerente, estará constituindo um administrador, apesar do rótulo de gerente¹³¹.

2.3 Das três linhas de defesa e o gerenciamento de riscos

No âmbito do fluxo de informações, a gestão de riscos existe para ser associada ao processo decisório e ao processo de estabelecimento de estratégia do administrador do negócio. Deste modo, a definição de ambos estratégia e decisão pelo garantidor pressupõe uma correta noção do risco existente, o que decorre da própria função de garante ocupada.

Do ponto de vista operacional, o gerenciamento de risco integra a governança de uma empresa, pois o risco precisa ser identificado, medido, tratado e monitorado e essas informações alimentam o processo de tomada de decisão por parte de diferentes agentes¹³², em especial do administrador, que se encontra à frente da empresa. Neste ponto, a probabilidade de perdas geradas por fatores operacionais, como erro humano, falhas no sistema informático, falhas, entre outros, determina o

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 527.398/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 13/04/2018.

¹³¹ MAMEDE, Gladston. Direito Societário – Sociedades Simples e Empresárias [livro eletrônico] 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 230.

¹³² INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia*, São Paulo, SP: IBGC, 2017. (Série Cadernos de Governança Corporativa, 19). p. 22.

que se chama de risco operacional, que pode ter impactos desastrosos. É difícil de ser mensurado, mas a existência de planos de contingência e os controles adequados ajudam a mitigá-lo¹³³.

A correta noção do risco, aqui compreendida como o acesso e disponibilidade das informações, é pressuposta para que o administrador exerça o dever de vigilância da empresa como fonte de perigo que lhe cabe, com vistas a impedir que dela advenham danos ou perigos a quaisquer bens jurídicos.

O IBGC, na série Cadernos de Governança Corporativa, elencou uma série de reflexões para a correta definição dos riscos oriundos das atividades da empresa, que são: o que poderia comprometer o cumprimento das estratégias e metas; onde estariam as maiores oportunidades, ameaças e incertezas; quais seriam os principais riscos; quais seriam os riscos a explorar; qual a percepção desses riscos; qual a exposição desses riscos; existe diferença entre percepção e exposição desses riscos; como a organização responderia aos riscos; se existem informações confiáveis para tomada de decisões; o que seria feito para assegurar que os riscos estejam em um nível aceitável de acordo com o apetite a riscos aprovado; se os executivos e gestores teriam consciência da importância do processo de gestão de riscos; se a organização teria as competências necessárias para gerir riscos assumidos; quem identificaria e monitoraria ativamente os riscos da organização; que padrões, ferramentas e metodologias são utilizados¹³⁴.

Sob o aspecto prático, todos os questionamentos acima colocados podem dar uma base na noção de risco do administrador e orientá-lo na tomada de decisão e na definição da estratégia da atividade empresarial.

No âmbito da gestão de riscos, importante destacar a relevância do modelo das 3 (três) linhas de defesa para o método de governança adotado pelo administrador, desenvolvidas pelo *Institute of Internal Auditors* (IIA)¹³⁵, que desempenham papel vital em diferentes níveis de supervisão, controle e tomada de decisão, seja o atendimento a conformidades compulsórias, seja nas de caráter

¹³³ CARVALHO, André Castro; PANOCHIA, Patrícia; CAPP, Ricardo T. *Gestão de Risco e Compliance*. São Paulo : Editora Senac, 2020. p. 10.

¹³⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia*, São Paulo, SP: IBGC, 2017. (Série Cadernos de Governança Corporativa, 19). p. 24.

¹³⁵ IIA - THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (org.). *Declaração de posicionamento do IIA: as três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles*. São Paulo: Instituto dos Auditores Internos do Brasil, 2013. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/41842>. > Acesso em: 31 Ago 2020.

corporativo¹³⁶. As três linhas de defesa formam uma estrutura para governança da exposição do risco, ampla e internacionalmente usada por instituições financeiras, mas igualmente aplicável a qualquer organização¹³⁷.

Nesse modelo, o controle da gerência é a primeira linha de defesa no gerenciamento de riscos, as funções de controle de riscos e supervisão de conformidade estabelecidas pela gerência são a segunda, e a avaliação independente é a terceira. O primeiro e o segundo caberiam à alta administração, enquanto o segundo, de forma concorrente, e o terceiro caberiam ao órgão de governança, conselho ou comitê de auditoria¹³⁸.

A Figura sintetizada é a seguinte:



Fonte: Adaptação da Guidance on the 8th EU Company Directive da ECIIA/FERMA, artigo 41

Na primeira linha de defesa, se situam os proprietários e gestores de risco, os quais possuem a responsabilidade de gerência operacional. São eles também os responsáveis por implementar ações corretivas para resolver deficiências em processos e controles, por manter controles internos eficazes e por conduzir procedimentos de riscos e controle diariamente. A gerência operacional identifica,

¹³⁶ DAL BELO, Felipe. *Ciência dos dados e analytics como recurso estratégico para prevenção de riscos corporativos*. p. 178. in *Compliance : essência e efetividade / organizador: Claudio Lamachia, Carolina Petrarca ; coordenador: Izabela Frota Melo, Roberta Codignoto*. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

¹³⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia*. p. 26

¹³⁸ IIA - THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (org.). *Declaração de posicionamento do IIA: as três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles*. p. 4.

avalia, controla e mitiga os riscos, guia o desenvolvimento e a implementação de políticas e procedimentos internos e garantindo que as atividades estejam de acordo com as metas e objetivos. Por meio de uma estrutura de responsabilidades em cascata, os gerentes desenvolvem e implementam procedimentos detalhados que servem como controles e supervisionam a execução, por parte de seus funcionários, desses procedimentos. Deve haver controles de gestão e de supervisão adequados em prática, para garantir a conformidade e para enfatizar colapsos de controle, processos inadequados e eventos inesperados¹³⁹.

Já na segunda linha estão aqueles que possuem independência limitada e reportam primariamente à gerência. São os responsáveis pelo controle de risco e de conformidade. As responsabilidades dessas funções variam em sua natureza específica, mas podem incluir: o fornecimento de orientações e treinamento sobre processos de gerenciamento de riscos, o monitoramento da implementação de práticas eficazes de gerenciamento de riscos por parte da gerência operacional, o alerta à gerência operacional para questões emergentes e para as mudanças no cenário regulatório e de riscos, o monitoramento da adequação e a eficácia do controle interno, a precisão e a integridade do reporte, a conformidade com leis e regulamentos e a resolução oportuna de deficiências, entre outras¹⁴⁰.

Por fim, a terceira linha é responsável pela avaliação de riscos, a qual reposta ao órgão de governança, possui maior independência e realiza auditorias internas. Os auditores internos fornecem ao órgão de governança e à alta administração avaliações abrangentes baseadas no maior nível de independência e objetividade dentro da organização. São eles que avaliam a eficácia da governança, do gerenciamento de riscos e dos controles internos, incluindo a forma como a primeira e a segunda linhas de defesa alcançam os objetivos de gerenciamento de riscos e controle. O escopo dessa avaliação é reportado à alta administração e ao órgão de governança¹⁴¹.

É na primeira linha que o administrador se situa, porque a ele cabe o poder decisório, a definição de estratégias e as diretrizes do negócio. Mas como se pode ver, sua atuação é diretamente orientada pelos integrantes da segunda e da terceira linha, que o “abastecem” com as informações necessárias referentes aos riscos

¹³⁹ IIA - THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (org.). *Declaração de posicionamento do IIA: as três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles*. p. 5/8.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 6/8.

¹⁴¹ Ibidem. p. 7/8.

envolvidos, o que torna imprescindível que a empresa tenha funcionários competentes e com a habilitação técnica necessária para que haja regularidade e confiabilidade no fluxo de informações trocados entre as três linhas, em especial na que “desemboca” no administrador, que necessita do conhecimento necessário para manter a empresa dentro da noção de riscos permitidos.

2.4 Da ocupação de administrador da pessoa jurídica como posição suficiente para a responsabilidade penal

No Direito Penal, a responsabilidade é subjetiva, de modo que o elemento subjetivo do tipo deve ser determinado a partir da análise da conduta de cada agente em relação ao evento ocorrido e indesejado pelo tipo penal, não sendo possível a responsabilização penal somente por sua posição hierárquica ou função técnica dentro do grupo ou sociedade a qual pertence.

Por isso, a circunstância de alguém ostentar a condição de sócio, diretor ou administrador não se revela suficiente, por si só, para autorizar qualquer presunção de culpa, em razão da impossibilidade constitucional¹⁴² de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (“*nullum crimen sine culpa*”).

No âmbito do Direito Penal Brasileiro, o problema relativo à identificação das pessoas físicas, entre os órgãos sociais as quais deva ser imputado o resultado delitivo, tem se acentuado pelas tentativas do legislador de estabelecer já nos preceitos de lei uma espécie de responsabilidade presumida, atribuindo de forma automática a qualidade de autor aqueles que figuram como diretores ou sócios de pessoas jurídicas, o que não se revela correto¹⁴³. É justamente o perigo que reside na utilização desmedida da posição de garantia do administrador como circunstância suficiente para justificar sua responsabilidade penal.

Nesse ponto, destaca-se que para ocupar a posição de garantidor, devem ser levadas em consideração as funções assumidas pelo administrador dentro da empresa. Isto é, não basta obter tal denominação no contrato social, mas sim de materialmente obter e exercer os poderes que são inerentes do cargo.

¹⁴² Nesse sentido, é o art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal.

¹⁴³ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 231.

Nos Tribunais Brasileiros, colhe-se uma gama de julgados em que são trancadas persecuções penais movidas unicamente com base na posição ocupada pelo agente. Entende-se que configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que o acusado seja, de algum modo, responsável pela condução dos negócios.

Para que se possa dimensionar o tamanho da problemática, especificamente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), órgão com atuação forte no âmbito dos delitos tributários, possui como fundamento a presunção de que o administrador que consta no contrato social da pessoa jurídica é o autor do delito.

Colhe-se doutrina extraída do corpo do acórdão que julgou a Apelação Criminal nº 0905807-23.2017.8.24.0038, de Relatoria do Desembargador Carlos Alberto Civinski¹⁴⁴, julgado em 11/10/2018:

O sujeito que consta como administrador no contrato social da empresa à época da conduta (tempo do crime, art. 4.º do CP) praticada por intermédio desta, presume-se autor do delito, ao menos na modalidade intelectual, devendo provar o contrário, caso impute a iniciativa anímica da conduta de terceiro (por exemplo, um funcionário) invertendo, assim, o ônus da prova devido à alegação de circunstância fática nova nos autos (art. 156 CPP), divergente das circunstâncias constantes na documentação constitutiva da pessoa jurídica. (EISELE, Andreas. 1998. p. 221).

O raciocínio sintetizado na doutrina acima colacionada revela o quão problemático é o enfrentamento da responsabilidade penal dos administradores pelos Tribunais Brasileiros. Facilmente se verifica uma claríssima presunção de autoria, o que inverte o ônus da prova para o agente, que deve provar que não concorreu para o delito, apesar da posição que ocupava.

Essa ausência de investigação prévia do órgão de persecução penal para compreender a realidade da empresa e, em consequência, para identificar aqueles que efetivamente concorreram para o delito – é tão problemática que há casos em que até terceiros são injustamente envolvidos num enredo criminal.

A título de exemplo, cita-se a Ação Penal nº 0901092-90.2018.8.24.0073¹⁴⁵, em trâmite perante a Vara Criminal de Timbó, na qual foram denunciados os sócios de uma pessoa jurídica pelo delito de apropriação indébita tributária, previsto no art.

¹⁴⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 0905807-23.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 11-10-2018. Disponível em http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAPmP6AAQ&categoria=acordao_5. Acessado em 25/09/2020.

¹⁴⁵ Os nomes das partes serão preservados.

2º, inciso II, a Lei nº 8.137/90. O Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC), neste caso, instruiu a denúncia com as alterações contratuais da empresa e com o processo administrativo constitutivo do débito.

Acontece que, no polo passivo da ação penal, também foi incluída pessoa física que, em uma parte do período dos débitos da denúncia, havia sido nomeada Gerente Administrativa da empresa em Assembleia Geral. A procuradora não havia poder de gestão da empresa e não tinha autonomia para assinar isoladamente em seu nome. Isto constava na Ata. Também não havia no processo documento que demonstrasse que ela havia agido em nome da empresa. Nenhuma testemunha foi inquirida na fase policial e os réus não foram ouvidos para prestar esclarecimentos. Porém, para o *Parquet* e para o Tribunal Catarinense, a função ocupada, por si só, era indício suficiente de autoria e autorizaria o prosseguimento da ação penal. Caberia, dessa forma, à defesa provar ao longo da instrução processual que ela não concorreu para o crime.

Casos como o acima citado são extremamente comuns e evidenciam o quão problemática a questão é enfrentada nos dias atuais.

É importante trazer, ainda, o entendimento que continuamente é aplicado no âmbito do STJ, no sentido de que, *“não sendo o caso de pessoa jurídica que conta com diversos sócios, onde variados agentes poderiam praticar a conduta criminosa em favor da empresa, mas sim de pessoa jurídica onde as decisões são unificadas no gestor, vindo o crime da pessoa jurídica em seu favor, pode então admitir-se o nexo causal entre o resultado da conduta constatado pela atividade da empresa e a responsabilidade pessoal e por culpa subjetiva de seu gestor”*¹⁴⁶.

Críticas à parte, o cenário acima exposto, que se revela problemático, retrata o que os Tribunais Brasileiros vêm decidindo sobre a matéria.

¹⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 65.824/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Brasília, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016.

3 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

3.1 Resumo do histórico de surgimento: Caso Regina versus Sleep e outros julgados de relevo oriundos do *common law*

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (*ostrich instructions*) e doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*), teve seus traços iniciais nas cortes inglesas, em 1861, no julgamento de Regina v. *Sleep*¹⁴⁷. No caso, o réu estava em um navio com containers, onde havia produtos marcados com símbolos que deixavam claro que pertenciam ao governo e, por isso, foi acusado de desvio de bem público, infração que exige o conhecimento da propriedade pública por parte do agente.

Após as alegações de *Sleep* que não sabia que os bens eram do Estado, o Juiz o absolveu, pois entendeu que não havia provas de que ele tinha conhecimento da marca ou que se absteve de obtê-lo. Nesta primeira judicialização do termo, embora não tenha havido a condenação, houve manifestação no sentido de que, se a corte houvesse encontrado suficientes indícios de que o acusado tivesse deliberadamente evitado o conhecimento pleno, poderia ser condenado por sua ignorância deliberada¹⁴⁸. Foi a primeira vez que se deu a entender que a ignorância intencional poderia equivaler ao conhecimento.

Autores apontam a decisão como a primeira oportunidade em que alguma instância judicial reconheceu que não seria necessário demonstrar conhecimento efetivo de dado fato ou situação para que se pudesse concluir que o autor agiu com conhecimento¹⁴⁹.

Na Inglaterra, após esse julgado, diversos casos passaram a aceitar a atribuição penal a título de conivência ou “conhecimento de segundo grau”, caso em que o autor do fato fecha seus olhos para um meio evidente para se obter

¹⁴⁷ ROBBINS, Ira P. *The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. The Journal of Criminal Law Criminology. Northwestern University School of Law, USA, v. 81, Summer 1990, p. 191- 234, tradução livre.

¹⁴⁸ CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. *A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 133/2017 | p. 17 - 35 | Jul / 2017 DTR\2017\1841. p. 2.

¹⁴⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed., São Paulo : Editora Marcial Pons, 2018. p. 86.

conhecimento, dessa forma, deliberadamente evita investigar situações para evitar descobrir fatos que ele prefere não saber¹⁵⁰. A teoria é também chamada por “doutrina do avestruz” porque o animal, ao se ver em situação de perigo, enfia a cabeça embaixo da terra para não tomar conhecimento dos fatos.

Nos Estados Unidos, a teoria da cegueira deliberada iniciou a ser discutida em um julgado de 1899, no caso *Spurr vs. United States*¹⁵¹. O réu, presidente de um banco, foi condenado por certificar cheques sem fundos emitido por um cliente, crime que exige a violação intencional do agente das leis de emissão de cheques.

A corte entendeu que a intenção do réu em violar a lei, ao entregar dinheiro do banco ao cliente que não possui fundos, pode ser presumida quando ele se mantém deliberadamente na ignorância sobre a existência – ou não – de dinheiro em conta, ou quando se mostra indiferente ao seu dever de se assegurar dessa circunstância. O juiz pronunciou que “*a intenção criminosa pode ser presumida se o oficial propositalmente se mantém em ignorância se o sacador tem dinheiro no banco ou não, ou é grosseiramente indiferente ao seu dever de apuração desse fato*”¹⁵².

Assim, entendeu que mesmo que o réu, nessas circunstâncias, era verdadeiramente ignorante da insuficiência de fundos, possuía dever de consultar ou saber antes de certificar o cheque, o que tornou sua ignorância voluntária excepcionalmente culpada. Se esse nível de culpa coincide com o atual conhecimento dele, seria suficiente e apropriado para fundamentar a responsabilidade penal num caso em que alguém tem um dever legal estatutário ou outro dever formal de sabe (“*duty to know*”)¹⁵³. A partir desse julgado, a teoria passou a ser amplamente utilizada nos Tribunais Americanos, especialmente nos casos de tráfico de entorpecentes.

¹⁵⁰ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. p. 89.

¹⁵¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramoni. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho Penal*. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2013. p. 3/4.

¹⁵² *Spurr v. United States*, 174 U.S. 728 (1899). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/174/728/>

¹⁵³ CHARLOW, Robin. *Willful ignorance and criminal culpability*. *Texas Law Review*, vol. 70, n. 06, pp. 1.351/1429, 1992. p. 56.

Mas o caso mais paradigmático no sistema jurídico-penal americano, comumente citado como *leading case*¹⁵⁴, foi o de *United States vs Jewell*, julgado em 1976, no qual houve condenação baseada na *willful blindness*.

Charles Jewell foi condenado por tráfico de drogas por cruzar fronteira do México com os EUA transportando grande quantidade de maconha no porta-malas do veículo que dirigia, a qual foi ali colocada pelo indivíduo que lhe cedeu o veículo. Foi provado no processo que Jewell estava em um bar, quando um desconhecido lhe ofereceu maconha para uso, o que foi rejeitado por Jewell. Em seguida, o sujeito lhe ofereceu cem dólares para que ele conduzisse seu veículo até Los Angeles, onde deveria deixá-lo em um endereço indicado, com as chaves no cinzeiro, o que, então, foi aceito e feito¹⁵⁵.

O Tribunal ressaltou que um dos aspectos que levavam a entender que acusado agira em cegueira deliberada quanto ao transporte da droga era de possuir elementos que indicavam a alta probabilidade da ocorrência das circunstâncias fáticas em sua conduta, em virtude, exatamente de ser o indivíduo que lhe ofertou o carro pra viagem um conhecido traficante, o que já constituiria algo como um sinal de atenção, pelo que deveria Jewell ter desconfiado e obtido maiores informações quanto ao fato¹⁵⁶.

Além do mais, ao ser abordado Jewell admitiu que desconfiou que provavelmente havia algo ilegal no veículo, mas checkou o automóvel e concluiu que, se ele não localizou nada de ilegal, os fiscais da fronteira também não encontrariam. Inclusive, relatou que estranhou a presença de um compartimento, mas como não sabia o que era, resolveu não investigar¹⁵⁷. O acusado recorreu da decisão, mas o Tribunal a manteve, porque entenderam que a ignorância deliberada e o conhecimento positivo representam um mesmo grau de culpabilidade¹⁵⁸.

O caso tomou tamanha repercussão que passou a ser referência na Justiça Americana no que diz respeito à cegueira deliberada, tendo sido citado e seguido em diversas decisões, ao ponto de se tornar sinônimo com a regra relativa à

¹⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho Penal*. p. 2.

¹⁵⁵ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 40.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ CHARLOW, Robin. *Willful ignorance and criminal culpability*. *Texas Law Review*, vol. 70, n. 06, pp. 1.351/1429, 1992. p. 71.

¹⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho Penal*. p. 15.

cegueira deliberada nos EUA¹⁵⁹, o que gerou o termo *Jewell instructions*¹⁶⁰. Inclusive, a teoria teve sua aplicação expandida para áreas como a criminalidade corporativa em geral¹⁶¹.

Importante destacar que a essência do sistema de imputação subjetiva norte-americano se baseia na máxima *actus non facit reum nisi mens sit rea* (um ato não faz a pessoa culpada a menos que o pensamento seja culpado)¹⁶².

Em 1962, foi instituído o *Model Penal Code*, elaborado pelo *American Law Institute*, apesar de não se tratar de legislação penal, serviu como parâmetro interpretativo pelos Tribunais. No que tange aos elementos subjetivos, referidos como “estados mentais”, foram 4 (quatro) as categorias definidas: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*¹⁶³.

O elemento *purpose* se refere ao objetivo consciente do autor quando pratica o fato, podendo estar relacionado tanto a natureza da conduta, quanto ao resultado esperado que ela produza. O *knowledge* se caracteriza com a ciência que o autor do fato tem com relação à natureza da conduta praticada e à existência de eventuais circunstâncias concomitantes previstas como indispensáveis à configuração do crime. Já o *recklessness* ocorre quando a ação ou omissão desviar gravemente a um padrão de conduta que seria esperado por uma pessoa comprometida com as normas legais. Por fim, o elemento *negligence* estabelece um dever de cuidado, não de cuidado, como acontece com o *recklessness*, que deve ser observado por uma pessoa razoável, e não uma pessoa cumpridora da lei¹⁶⁴.

O desenvolvimento da teoria da cegueira deliberada se deu justamente em razão desse hiato existente entre as categorias *knowledge* e *recklessness*, diante de casos concretos em que o crime em questão não admitia essa última, exigindo conhecimento efetivo por parte do agente acerca dos fatos, porém, este não estava configurado, havendo não o conhecimento psicológico, mas uma suspeita não confirmada, por decisão do sujeito no sentido de não a confirmar. Foi para resolver

¹⁵⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. p. 102.

¹⁶⁰ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 40.

¹⁶¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon Ragués i. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho Penal*. p. 16.

¹⁶² PRADO, Luiz Régis; GOMES, Luís Roberto. *Cegueira voluntária: uma engenhoca estranha e perigosa*. Revista dos Tribunais | vol. 1007/2019 | p. 227 - 256 | Set / 2019. DTR\2019\35661. p. 6.

¹⁶³ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. Filadelfia: American Law Institute. 1962.

¹⁶⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. p. 73/75.

esse problema que surgiu a teoria, com o reconhecimento de que a cegueira deliberada seria um estado subjetivo tão culpável quanto ao conhecimento, de modo que seus efeitos penais seriam equiparáveis¹⁶⁵.

A cegueira deliberada passou a ser utilizada como substituto do *knowledge*, presente quando o agente, tendo ciência da elevada probabilidade da existência dos componentes de um injusto típico, e não acreditando em sua inexistência, age ou se omite, deliberadamente, no sentido de evitar a comprovação do fato¹⁶⁶. A cegueira deliberada não foi expressamente prevista, mas, segundo o Código, aquele que está ciente da alta possibilidade da ocorrência de um crime e se abstém de confirmar sua suspeita, merece o mesmo tratamento daquele que tem plena certeza sobre esse ponto.

A verdade é que a questão é polêmica no próprio país precursor da teoria, onde há fortes teorias que afirmam que sua aplicação contraria o princípio da legalidade e *“é fundada em puro artificialismo, sem base real, e representa nada mais que uma espécie de instrumentalização do homem para o atingimento de fins meramente preventivos, consubstanciando uma concepção puramente objetiva, despersonalizada do injusto”*¹⁶⁷.

3.2 Análise da aplicação da teoria no âmbito do Escândalo do Mensalão: ineditismo do STF

A primeira decisão judicial de que se tem notícia referente à cegueira deliberada no Brasil foi proferida no emblemático caso do furto ao Banco Central em Fortaleza¹⁶⁸, em 6 de agosto de 2005, quando uma quadrilha escavou um túnel que dava acesso ao banco e furtou cerca de R\$ 165.000.000,00 (cento e sessenta e cinco milhões de reais). No dia seguinte, alguns integrantes da quadrilha foram até uma concessionária de veículos e adquiriram 11 (onze) automóveis, tendo sido paga a quantia aproximada de R\$ 1.000.00,00 (um milhão de reais) por eles em notas de

¹⁶⁵ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 46.

¹⁶⁶ PRADO, Luiz Régis; GOMES, Luís Roberto. *Cegueira voluntária: uma engenhoca estranha e perigosa*. Revista dos Tribunais | vol. 1007/2019 | p. 227 - 256 | Set / 2019. DTR\2019\35661. p. 3.

¹⁶⁷ *Ibidem*. p. 10.

¹⁶⁸ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. p. 31.

R\$ 50,00 (cinquenta reais), que foram entregues aos proprietários em malas de dinheiro.

Em primeira instância, o magistrado condenou os proprietários da concessionária pelo crime de Lavagem de Dinheiro, sustentando que eles deliberadamente se mantiveram ignorantes para tomar conhecimento sobre a origem espúria do montante recebido¹⁶⁹.

A sentença utilizou os fundamentos da construção americana da teoria da cegueira deliberada, afirmando que se assemelhava ao dolo eventual, de modo poderia ser trazida para a prática jurídica brasileira. O magistrado reconheceu que não haveria óbice para a responsabilização penal desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos e de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos.

Porém, no julgamento do recurso de apelação, o Tribunal absolveu os réus¹⁷⁰, porque entendeu que, apesar de ser compatível com o ordenamento jurídico nos crimes em que se admita a punição a título de dolo eventual, a cegueira deliberada, tal qual foi aplicada, configuraria espécie de imputação objetiva. Além do mais, a modalidade de lavagem de dinheiro que os réus respondiam não admitia a punição por dolo eventual.

Foi consignado na decisão que, talvez, pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de modo informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes, sendo relevante que a venda se deu no sábado de manhã e o crime somente foi descoberto por ocasião do início do expediente bancário, na segunda-feira subsequente. Não havia, portanto, como fazer a ilação de que os empresários deveriam supor que a vultosa quantia em cédulas de R\$50,00 (cinquenta reais) poderia ser parte do produto do delito do qual nem sequer tinham conhecimento¹⁷¹.

¹⁶⁹ Sentença proferida na Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0. 11.ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza Seção Judiciária do Ceará. Juiz Titular Danilo Fontenelle Sampaio. 28.6.2007. Fortaleza – CE.

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 2ª Turma. ACR nº 5520-CE Ementa [...] Relator Rogério Fialho Moreira. Recife, PE, 09.set.08. DJU de 22.10.08, p. 206/228.

¹⁷¹ PRADO, Luiz Régis; GOMES, Luís Roberto. *Cegueira voluntária: uma engenhoca estranha e perigosa*. Revista dos Tribunais | vol. 1007/2019 | p. 227 - 256 | Set / 2019. DTR\2019\35661. p. 5.

Importante ressaltar que, apesar da decisão absolutória, o Tribunal deixou claro que entendeu pela compatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro nos tipos penais em que o dolo eventual é admitido (isto é, não se exige dolo específico).

O caso do Furto ao Banco Central em Fortaleza foi, de fato, o pioneiro no Brasil e as decisões proferidas pavimentaram o caminho para outros julgamentos lastreados no emprego da cegueira deliberada que, paulatinamente, foram se tornando frequente no país.

Mas houve outros casos que se mostraram maior relevo para o desenvolvimento e destaque da teoria no país, sendo o principal deles o da Ação Penal nº 470, conhecida popularmente como “Mensalão”.

A questão é de tamanho relevo que, segundo pesquisa empírica realizada por LUCCHESI, ainda que o primeiro caso julgado no Brasil com base na cegueira deliberada tenha sido o caso do Furto do Banco Central de Fortaleza, em 2007, foram poucas as decisões que a mencionavam até o julgamento do Mensalão. Foi após este marco, em 2012, que houve aumento significativo de sua utilização e, nos resultados obtidos, verificou-se que a maioria dos casos utilizavam o julgamento como fundamento¹⁷².

O julgamento do Mensalão, assim como todos os da Lava-Jato, trouxe profundas mudanças não apenas de relevância político-institucional, haja vista se tratar de um processo criminal de alta complexidade que envolvia o alto escalão de políticos, mas também porque provocou grande repercussões em termos de aplicação da Lei Penal, em razão das grandes controvérsias nesta seara que foram geradas ao longo do julgamento¹⁷³.

O Mensalão foi um dos maiores escândalos políticos ocorridos no Brasil, que consistiu em um esquema ilegal, entre 2003 e 2004, de financiamento político organizado para corromper parlamentares e garantir apoio no Congresso Nacional do então presidente na época.

Dentre as discussões geradas, está a manifestação de forma inédita do STF sobre a possibilidade de punição pelo dolo eventual sob a perspectiva da cegueira

¹⁷² LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. p. 43.

¹⁷³ Idem. *Acertando por acaso: uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da Ministra Rosa Weber na APN 170*. *Jornal de Ciências Criminais*. Vol. 1, n. 1, p. 93-106. jul. – dez.2018. São Paulo/SP.

deliberada. Na ocasião, o Supremo se manifestou de forma explícita sobre a compatibilidade da sua importação com o ordenamento jurídico brasileiro.

A Ministra Rosa Weber, que em seu voto se deteve especificamente a esse ponto, em linhas gerais, a define que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta. Consigna que, embora *“embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, Corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro”*, o que já torna claro que entende pela equiparação da teoria com o dolo eventual, de modo que seria sua aplicação compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

O caso se tratava de lavagem de dinheiro, crime que, como já colocado, inicialmente era mais frequente ser associado com a teoria da cegueira deliberada, em razão de seu próprio *modus operandi*. No voto, Rosa Weber sedimenta que, para o reconhecimento do dolo eventual, com base na cegueira deliberada, é necessário, cumulativamente: (i) que o agente pratique condutas de ocultação e dissimulação (também exigidas no dolo direto), (ii) que o agente, ao realizá-las, tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crimes antecedentes, e (iii) que o agente, mesmo tendo presente a probabilidade da origem criminoso, persista indiferente na conduta delitiva de ocultação ou dissimulação, deliberadamente evitando aprofundar o conhecimento acerca da origem criminoso dos bens, direitos ou valores envolvidos, a despeito de em condições de fazê-lo¹⁷⁴.

No voto, identifica na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, *“a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada”*¹⁷⁵. Consigna ainda que *“qualquer pessoa minimamente razoável recusaria o recebimento de valores vultosos em espécie nessas condições ou, antes de recebê-los, preocupar-se-ia,*

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 17/12/2012. Brasília/DF. p. 1.301.

¹⁷⁵ Idem. p. 1.297.

*pele menos, em aprofundar o seu conhecimento sobre a origem do dinheiro e do motivo da realização dos pagamentos naquelas circunstâncias*¹⁷⁶.

Foi a partir desse marco que a teoria da cegueira deliberada se espalhou pelos Tribunais Brasileiros, sendo aplicada aos mais diversos delitos. Também não é demais lembrar que, justamente o ineditismo da aplicação da teoria chamou a atenção da mídia especializada, que passou a de certa forma divulgar e, em consequência, disseminar seu conteúdo para juristas brasileiros com atuação na área.

A teoria foi integralmente “importada” para o Brasil e equiparada ao dolo eventual, tendo maior âmbito de aplicação nos crimes de lavagem de dinheiro. E o panorama para aplicabilidade nos Tribunais Brasileiros é o seguinte: se o autor, cumulativamente, tenha ciência da elevada probabilidade de existência de circunstância elementar de crime, mantenha-se indiferente quanto a tal ciência e evite aprofundar o seu conhecimento acerca da circunstância elementar que desconfia existir, poderá ser condenado pelo crime a título de dolo eventual¹⁷⁷.

Nesse ponto, importante ressaltar que a cegueira deliberada foi amplamente utilizada no âmbito da Operação Lava-Jato, com base nas premissas acima colocadas. Referida operação, iniciada em 2014 perante a Justiça Federal de Curitiba, foi a maior iniciativa de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro da história no Brasil. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), pelo menos 12 (doze) países iniciaram suas próprias investigações a partir de informações compartilhadas por meio de acordos de cooperação internacional. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados¹⁷⁸.

Todas essas características tornaram a Operação Lava-Jato uma operação acompanhada diariamente pela população brasileira. Boa parte das decisões condenatórias dos julgamentos derivados da Operação, em especial no que diz respeito a imputações de lavagem de dinheiro, basearam-se na utilização do instituto da cegueira deliberada em sede penal brasileira, como substituto ou

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 17/12/2012. Brasília/DF. p. 1.301.

¹⁷⁷ Conceito e pressupostos extraídos do julgamento do Mensalão.

¹⁷⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>. > Acesso em 29 Abr 2020.

complemento da noção de dolo eventual¹⁷⁹, sem inovar no conceito ou pressupostos já definidos no julgamento do Mensalão.

3.3 O conceito de cegueira deliberada

Do que foi exposto nos subcapítulos anteriores, possível perceber que a imputação subjetiva no Direito Penal Brasileiro difere bastante da sistemática do Direito Norte-americano, visto que neste a punição é possível com base em quatro categorias (*purpose, knowledge, recklessness* e *negligence*), enquanto no ordenamento jurídico brasileiro existem apenas duas: culpa e dolo.

Segundo os Tribunais do país, a teoria é possível de ser importada e aplicada através de sua equiparação ao dolo eventual, o que se revela controverso na doutrina brasileira, problemática que será melhor aprofundada no subitem seguinte.

Para a conceituação da cegueira deliberada, importante citar o desenvolvimento da teoria na Espanha, país onde tem encontrado espaço para a aplicação na jurisprudência e também a equipara ao dolo eventual.

Para VALLÈS¹⁸⁰, jurista espanhol estudioso sobre a matéria, a cegueira deliberada, em verdade, pode ocorrer em diversas situações da vida cotidiana que não implicam, necessariamente, em responsabilização criminal. Um aluno sabe que as notas do último exame serão publicadas na sexta-feira, mas prefere não consultá-las até segunda-feira para não estragar o final de semana, se os resultados forem ruins; um cônjuge suspeita que o outro é infiel, mas decide não investigar por medo de confirmar suas suspeitas. Os casos, apesar de serem criminalmente irrelevantes, descrevem situações em que um sujeito poderia obter determinadas informações, mas, por razões diferentes, prefere não adquiri-las e permanecer em um estado de incerteza.

Na verdade, situações de cegueira deliberada são mais frequentes do que se imagina. O pai que desconfia que o filho consome entorpecentes, mas prefere não confirmar para evitar o sofrimento. O cônjuge que suspeita que seu parceiro, funcionário público, está recebendo propina, mas não busca informações, seja para

¹⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava-Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 122, 2016. p. 2.

¹⁸⁰ VALLÈS, Ramon Ragués I. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho penal*. Universitat Pompeu Fabra – Barcelona. ISSN 1515-7326, no 13, 2, 2013, p. 11/38.

não se decepcionar, ou seja porque a movimentação suspeita de dinheiro também lhe beneficia. Ainda, quando um empresário ordena que seu contador “encontre uma forma” de diminuir a carga tributária da empresa, sem querer de forma alguma saber como que isto foi possível.

As situações possíveis são muitas, mas nem todas possuem relevância para fins penais. Dentre os casos acima citados, é de certa forma lógico que, em análise superficial, apenas as duas últimas situações teriam o condão de atrair a responsabilização penal, porque de fato a “cegueira deliberada”, tanto do cônjuge que desconfia da prática de corrupção, quanto do empresário que delegou a tarefa árdua ao seu contador sem querer saber os meios, poderiam resultar no cometimento de algum ilícito.

Os motivos pelos quais as pessoas assim se comportam são os mais variados e, em geral, se relacionam à indisposição para encarar situações desagradáveis. Normalmente, busca-se o desconhecimento em relação a pontos que, por serem tristes, tormentosos ou incômodos, prefere-se ignorar, com a crença de que assim eles desaparecerão¹⁸¹. SPANGENBERG BOLÍVAR¹⁸² defende que a inclinação à cegueira deliberada é própria da natureza humana, pois, consiste em uma estratégia de evitação de aflições ou problemas, associado ao risco de sua eventual confirmação.

Apesar disto, o elemento subjetivo do tipo, entendido, neste momento do trabalho, apenas como a “intenção”, deve estar presente.

No Supremo Tribunal da Espanha, foi definido, por meio julgamento STS de 2-2-2009¹⁸³ (oradora Marchena Gómez), os seguintes requisitos para caracterização: uma falta de representação suficiente de todos os elementos que definem o tipo delitivo que se trata. A suspeita pode nem chegar ao ponto de delinear a representação de todos e cada um dos elementos do tipo objetivo, ao menos, com a nitidez exigida para a punição a tipo de dolo. Deve haver uma séria indiferença do autor em relação aos bens jurídicos penais protegidos, porque, apesar do risco que sua conduta possa representar, ele não desiste do plano

¹⁸¹ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 64.

¹⁸² SPANGENBERG BOLÍVAR, Mario. *La ignorância responsable em Atistóteles. Una solución al atolladero dogmático penal em los casos de ignorancia deliberada*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, vol. 11, p. 59-76, 2017. p. 65.

¹⁸³ VALLÉS, Ramon Ragués I. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho penal*. p. 11.

concebido. O segundo seria uma decisão do sujeito de permanecer em ignorância, mesmo que esteja em posição de ter, direta ou indiretamente, as informações que se pretende evitar. Além disso, essa determinação de ignorar o que se sabe deve continuar ao longo do tempo, reforçando a conclusão sobre a indiferença do autor em relação aos bens jurídicos objetos de tutela penal. O terceiro, por fim, seria o componente motivacional, inspirado no objetivo de se beneficiar do estado de ignorância, de modo que evite a assunção dos riscos inerentes a uma eventual responsabilidade criminal.

Nesse ponto, VALLÈS¹⁸⁴ faz o seguinte questionamento: é aceitável que um sujeito que tenha procurado permanecer inconsciente se beneficie criminalmente de tal circunstância? Faz sentido que aqueles que se esforçam para conhecer a situação tenham pior condição criminal do que aqueles que evitam se aprofundar nos detalhes de suas ações?

Porém, a tese contrária ao questionamento proposto pelo autor, de que a norma seria desafiada com menos intensidade pelo comportamento praticado em estado de ignorância, não seria suficiente para justificar a utilização da teoria. Conforme entende GRECO, *“a razão pela qual a o direito proíbe e pune comportamentos não pode estar, portanto, naquilo que eles comunicam sobre a validade de uma norma, mas sim no perigo que esses comportamentos representam para a subsistência de um bem”*¹⁸⁵.

RAGUÉS I VALLÈS propõe que sejam verificados três requisitos para o reconhecimento da aplicação da teoria¹⁸⁶. O primeiro diz respeito à suspeita justificada, com base em indícios, do sujeito sobre a participação de sua conduta à operação. Neste primeiro requisito pode-se concluir que não há a representação plena do agente acerca do fato, mas ele deixa de obter essa consciência voluntariamente. Outro requisito refere-se à disponibilidade da informação que pudesse levar ao conhecimento do agente. Há a necessidade de estarem tais documentos, provas ou indícios ao alcance do indivíduo sem maiores obstáculos, de modo a concluir que seria facilmente descoberto o crime, pois, do contrário, se exigidas grandes e profundas investigações, o agente será colocado numa situação

¹⁸⁴ VALLÈS, Ramon Ragués I. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho penal*. Universitat Pompeu Fabra – Barcelona. ISSN 1515-7326, no 13, 2, 2013, pp. 11 a 38. p. 12.

¹⁸⁵ GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramón Ragués*. Revista Discusiones XIII, no 13, p. 67-77, 2013. p. 74.

¹⁸⁶ Citado por CALLEGARI, André Luís. Ariel Barazzetti Weber. *Lavagem de dinheiro*. p. 95.

de garante, o que na maioria das vezes não é o caso. Para o autor, somente pode-se falar em cegueira deliberada quando há a voluntariedade e intenção de se manter na ignorância, e há a possibilidade de obter o conhecimento.

Por fim, o autor trata do requisito subjetivo no caso da cegueira deliberada: a intenção da manutenção do estado de ignorância para proteger-se de eventual descoberta do delito e futura condenação, de modo que sempre poderá alegar que nada sabia a respeito. O autor resume, em síntese, que *“a cegueira deliberada somente é equiparada ao dolo eventual nos casos de criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens, nos quais o agente represente a possibilidade da evitação recair sobre atos de lavagem de dinheiro”*¹⁸⁷.

Num dos famosos casos paradigmáticos citados no subcapítulo anterior, o de Estados Unidos vs Jewell, GRECO¹⁸⁸ entende que a presença do elemento subjetivo é de difícil afirmação. Para o autor, quem recebe dinheiro para atravessar a fronteira do México para os Estados Unidos com um carro, ciente de que possui um compartimento secreto e que há alguma carga nele, pode até imaginar que algo está errado. Porém, se é droga, arma, pornografia infantil ou órgãos, não teria como o agente saber.

Observa-se que, apesar de ter sido encontrada droga, poderia, em verdade, nada haver de ilícito no compartimento do automóvel, circunstância da qual Jewell também não teria como saber, ao menos com base no que foi apurado no caso. Nesse ponto, a forte crítica da doutrina da cegueira deliberada é que é aparentemente inacessível o acesso ao intelecto humano, para que se possa saber do nível de conhecimento por ele ostentado.

Em um segundo momento, na Espanha, o Código Penal prevê, apenas, que sem dolo, não há crime, sem definir, porém, o que ver a ser dolo. Justo por isto, referido autor defende que o conceito de dolo deve ser desenvolvido pela doutrina e inexistiria óbice para a inclusão da cegueira deliberada em seu sistema.

Acontece que tal conceito aberto de dolo não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê, de forma detalhada, o que se entende pelo elemento subjetivo do tipo.

¹⁸⁷ Citado por CALLEGARI, André Luís. Ariel Barazzetti Weber. *Lavagem de dinheiro*. p. 95.

¹⁸⁸ GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramón Ragués*. p. 70.

São essas diferenças que tornam crucial que se analise de fato a compatibilidade da teoria da cegueira deliberada com a Lei Brasileira, o que evitaria sua importação desmedida.

Foi estabelecido no Brasil o conceito analítico de crime, de modo que será considerada criminosa a conduta que for típica (tipicidade), antijurídica e culpável. Neste ponto, o elemento subjetivo do tipo, consubstanciado no dolo ou na culpa, é pressuposto para a tipicidade, de modo que, caso inexistam, a conduta não se enquadrará como crime.

O Código Penal Brasileiro define o crime doloso como aquele em que o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual) (art. 18, inciso I) e culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, inciso II). No Brasil, a maioria dos crimes são punidos na modalidade dolosa, pois se admite a culposa apenas se houver previsão expressa no tipo penal.

Como colocado, a definição de dolo adotada no CP prevê uma subdivisão entre o dolo direto e o dolo eventual.

O dolo direto pressupõe a intenção e vontade de produzir determinado resultado ilícito, isto é, a conduta está especificamente voltada para a produção do tipo penal e do conseqüente resultado. Para ZAFFARONI¹⁸⁹, “*dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe conhecimento determinado*”. Também conhecido como dolo direto, neste caso, o agente quer preencher os elementos objetivos descritos em determinado tipo penal. Entende-se, pois, que é o dolo por excelência¹⁹⁰.

No dolo eventual, por outro lado, a representação do resultado decorrente da conduta não corresponde à finalidade própria da conduta do agente, ao menos não de forma direta, mas apenas reflexa, configurando mera possibilidade de ocorrência, previsível, possível ou até mesmo provável, mas não diretamente desejada, de modo que a eventual ocorrência do resultado danoso tido como provável ou possível é assumida pelo agente¹⁹¹.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral: Volume I*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 420.

¹⁹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 19 ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2017. p. 321.

¹⁹¹ CÂMARA, Isabela Tarquinino Rocha. *O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada*. p. 6.

O dolo eventual exige, portanto, a ciência da probabilidade de dano a um bem jurídico, que se incorpora à vontade do agente, da qual ele age de forma indiferente quanto à potencialidade de efetivação da lesão. Essa delimitação do dolo eventual, da extensão da vontade, é feita a partir de elementos tanto externos, através de demonstração probatória, quanto internos, por meio de suas características pessoais e sociais, que poderiam indicar o grau de conhecimento da potencialidade lesiva de sua conduta.

Na doutrina brasileira, conforme leciona PRADO¹⁹², o querer e o saber são requisitos indispensáveis do dolo, mesmo do eventual, ainda que com menor intensidade. FIGUEIREIDO DIAS¹⁹³ acrescenta, ao dizer que, os casos de dolo eventual “*caracterizam-se antes de tudo pela circunstância de a realização do tipo objetivo ser representada pelo agente apenas como consequência possível da conduta*”.

Na verdade, para fundamentar o dolo, o agente deve ter conhecimento da conduta por si realizada, ainda que não tenha conhecimento da ilicitude, pois, a exigência do conhecimento se cumpre quando o agente conhece a situação social objetiva, ainda que não saiba que essa situação social objetiva se encontra prevista dentro de um tipo penal¹⁹⁴. Desse modo, se o agente não conhece com certeza os elementos requeridos pelo tipo objetivo, mas, mesmo na dúvida sobre sua existência, age, aceitando essa possibilidade, estará configurado o dolo eventual¹⁹⁵.

Ainda que se admita o dolo eventual em casos de dúvida acerca de elementos do tipo objetivo, é certo que se exige o efetivo conhecimento acerca de um mínimo de circunstâncias de fato: ou se tem um certo conhecimento de elementos do tipo objetivo, quando se poderá falar em dolo (direto ou eventual), ou não se tem, de modo que só se poderá falar em culpa¹⁹⁶.

¹⁹² PRADO, Luiz Régis; GOMES, Luís Roberto. *Cegueira voluntária: uma engenhoca estranha e perigosa*. Revista dos Tribunais | vol. 1007/2019 | p. 227 - 256 | Set / 2019. DTR\2019\35661. p. 11.

¹⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 368.

¹⁹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: Volume I*. 10.ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 184.

¹⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 137.

¹⁹⁶ GALVÃO, Robson; LAUFER, Christian. *A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro*. Artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Disponível em: <http://www.ibdpe.com.br/index.php?modulo=4&acao=detalhe&cod=1049>. > Acesso em: 26 Mai 2020.

Segundo BECK¹⁹⁷, na cegueira deliberada, como o próprio nome refere, o agente intencionalmente se cega diante da situação em que, se mantivesse “olhos abertos”, teria condições de reconhecer ou suspeitar fundadamente da tipicidade da conduta que pratica. No mesmo sentido é a utilização da representação pelo avestruz, como já colocado, famoso na crença popular por esconder sua cabeça na terra ao primeiro sinal de perigo. Assim, o agente “enterraria sua cabeça” para não ter condições de conhecer detalhes da conduta que realiza, e da qual percebe a grande probabilidade da ocorrência de algo ilícito.

PARDINI¹⁹⁸ define a cegueira deliberada da seguinte forma: é o estado mental formado a partir de uma decisão do sujeito pela não obtenção de conhecimento possível e, assim, pela sua manutenção em ignorância. Pode ser parcial, se adotada após o contato com indícios e a formação de alguma suspeita inicial sobre o fato de que se trate, ou absoluta se inviabilizadora da obtenção de qualquer grau de suspeita em relação à área sobre a qual se estende. Pode, ainda, ser passiva se consistente na mera inércia e ausência de iniciativa de se buscar conhecimento, ou ativa caso inclua, também, a efetiva oposição de barreiras a que o conhecimento chegue ao sujeito.

É imprescindível que o estado de ignorância seja uma decisão consciente e voluntária do agente. É necessário que ele tenha a possibilidade de se informar, mas crie barreiras conscientes e propositais para que não tomar conhecimento da situação. É este o conceito literal de cegueira deliberada, de modo que será possível identificar um comportamento prévio, em que esse conhecimento mínimo estava presente, no qual se tomou decisão em favor da ignorância.

Não se tratam de cegueira deliberada casos de desconhecimento não advindos de uma decisão voluntária: pode-se desconhecer, por exemplo, por esquecimento de se conhecer, como no caso da pessoa que, por estar muito ocupada para ler instantaneamente uma mensagem recebida, reserva-a para ler em seguida e acaba se esquecendo, por lapso, de modo que permaneceu em ignorância de seu conteúdo; ou, ainda, por falta de atenção, como no caso daquele que, por receber uma grande quantidade de documentos de uma só vez, analisa-os rapidamente, sem se dar conta de que passou por duas folhas ao mesmo tempo e,

¹⁹⁷ BECK, Francis. *A doutrina da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro*. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, n. 41, abr/jun, 2011. p. 46.

¹⁹⁸ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 70.

assim, permaneceu em ignorância quanto ao conteúdo daquela folha que passou despercebida¹⁹⁹.

No âmbito dos crimes de lavagem de capitais, agiria com dolo não apenas o sujeito que conhece ou tenha fundada suspeita acerca da origem ilícita das operações financeiras eventualmente realizadas, mas, também, aquele que conscientemente, tal qual um avestruz, se esconde a fim de evitar que informações e detalhes adicionais sobre os ativos financeiros movimentados cheguem ao seu conhecimento²⁰⁰. Tal raciocínio pode ser aplicado aos demais delitos, em especial àqueles cometidos no âmbito da sociedade empresarial, haja vista a existência de suspeita e possibilidade/disponibilidade de obter informações a respeito.

3.4 Controvérsias de aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro:

3.4.1 É necessária a importação da teoria para o ordenamento jurídico brasileiro?

As críticas sobre a teoria da cegueira deliberada são fortes. Uma das principais defende que, se já existe a figura do dolo eventual, a cegueira deliberada mostraria-se desnecessária para complementá-la.

LUCCHESI²⁰¹ afirma que se a cegueira deliberada equivale a dolo eventual, não é necessário construir uma teoria na cegueira deliberada, pois bastaria aplicar o dolo eventual. Ainda, se o conceito de dolo eventual é insuficiente, o que provoca uma lacuna de punibilidade, não bastaria dizer que a cegueira deliberada é dolo eventual, porque seria necessária alteração legislativa para que se permitisse punir como dolo algo que não é dolo. Nesse sentido, SILVEIRA²⁰² enfatiza que o dolo eventual e a cegueira deliberada eventualmente podem coincidir, mas não

¹⁹⁹ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 63.

²⁰⁰ CÂMARA, Isabela Tarquinino Rocha. *O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada*. p. 11.

²⁰¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada cegueira deliberada*. Tese para obtenção de Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017. p. 225.

²⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava-Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 122, 2016. p. 8.

representam um mesmo instituto, “até mesmo porque, se assim o fosse, seria absolutamente supérflua e desnecessária toda a discussão”.

CALLEGARI²⁰³ e WEBER também entendem que, se a teoria da cegueira deliberada se equipara ao comportamento descrito ao dolo eventual, havendo o conhecimento pleno, tem-se necessariamente o dolo exigido pelo tipo. Assim, aquele que conhece não se mantém cego, eis que seus “olhos” já teriam entrado em contato com a informação, logo, seria absolutamente descabida a condenação por cegueira deliberada daquele que tem conhecimento.

Também há quem defenda que não seria razoável punir alguém pelo que deixou de saber ou conhecer, pois a lei não exige esse tipo de investigação exaustiva e completa acerca de todos os elementos da conduta, dada a impossibilidade de aquisição de tal espécie de conhecimento²⁰⁴.

SILVEIRA fortalece a crítica ao afirmar a existência de uma contradição na aplicação indiscriminada da cegueira deliberada em sede brasileira, pois, para o autor, as noções de “saber” (vontade) e de “dever saber” (risco), nem sempre se amoldam ao que seria “fechar os olhos”, muito menos a uma alta probabilidade, porque existem situações em que uma alta probabilidade pode até implicar em dever saber, mas nem sempre. Quando isso se der, seria dispensável o socorro ao instituto. Quando não se der, impensável seu uso²⁰⁵.

3.4.2 Dolo eventual e o erro de tipo

Por outro lado, há juristas que afirmam que a aplicação da teoria não seria possível por esbarrar na ocorrência do erro de tipo, previsto no art. 20 do Código Penal. Isso porque se há ignorância do elemento do tipo, apesar de o agente realiza-

²⁰³ CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. *A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores*. p. 2.

²⁰⁴ CÂMARA, Isabela Tarquinino Rocha. *O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 141/2018 | p. 61 - 91 | Mar / 2018 DTR\2018\8693. p. 12.

²⁰⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava-Jato*. p. 8.

lo de forma objetiva, o dolo resta prejudicado, por haver a exclusão do dolo²⁰⁶. Se a consciência é equivocada, a vontade, conseqüentemente, também seria viciada.

Porém, o grau de conhecimento exigido para a cegueira deliberada afasta o erro de tipo. Conforme CALLEGARI e WEBER²⁰⁷, a cegueira deliberada exige a firme convicção da possibilidade, contudo, há uma ação positiva do agente para evitar chegar ao conhecimento pleno. Por outro lado, no erro de tipo, não há sequer representação do elemento típico do delito, o que exclui o dolo. Assim, a existência de conhecimento mínimo da alta probabilidade do crime afasta a possibilidade de se defender a aplicação do erro de tipo.

3.4.3 Dolo eventual e a culpa consciente

Segundo o Código Penal Brasileiro, a culpa ocorre “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (art. 18, inciso II)²⁰⁸.

Nesse ponto, LUCCHESI afirma que o art. 18 não esgota o conceito de dolo, que deve ser complementado pelo caput do art. 20, que define o erro de tipo ao estabelecer a lei penal que “[o] erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo”²⁰⁹. Conclui, ao final, que a centralidade do dolo é o conhecimento. Na verdade, na culpa consciente, o agente acredita que pode evitar o resultado delituoso ou não acredita que ocorrerá, enquanto no dolo eventual, ele não busca produzir diretamente o resultado, mas se mostra indiferente caso este venha a acontecer.

BOTTINI²¹⁰ diferencia o dolo eventual da culpa consciente, no âmbito dos crimes de lavagem de dinheiro, da seguinte forma: no dolo eventual, o agente suspeita da procedência ilegal dos recursos e assume o risco de colaborar na lavagem. Na culpa consciente, o agente percebe algo estranho, identifica algo atípico em suas características, mas, apesar disto, tem certeza ou segurança de sua

²⁰⁶ SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Lavagem de Capitais e alterações decorrentes da Lei nº 12.683/2012 (parte 02)*. São Paulo, 2013. P. 2. JusBrasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42926/analise-critica-dos-delitos-de-lavagem-de-capitais-em-face-da-lei-n-12-683-2012>. Acesso em 30/09/2020.

²⁰⁷ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

²⁰⁸ Art. 18, inciso II, do Código Penal.

²⁰⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed., São Paulo: Editora Marcial Pons, 2018. p. 193.

²¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. p. 143.

licitude ou procedência de qualquer suspeita, por exemplo, porque confia naquele que lhe entrega valores.

Em outras palavras, a culpa consciente vem a ser a representação equivocada do contexto fático pelo agente, o que retira a possibilidade de punição pela lavagem em razão da falta de dolo.

CALLEGARI e WEBER²¹¹ trazem o debate da seguinte forma:

É o retorno ao velho exemplo dos crimes de trânsito: se o agente, sabendo que os freios de seu automóvel estão estragados, assume o risco de um acidente, e tal previsão se concretiza, responde – sem entrar no mérito de cabimento – por dolo eventual. Agora, a situação muda quando o indivíduo, desconfiando que seus freios não funcionam, deixa de testá-los querendo evitar o gasto de substituição, e vai para a rua, causando um acidente. Verifica-se que a diferença dos dois casos está no conhecimento da informação, que, no segundo caso, pode ser equivalente a uma culpa consciente, e, pela teoria da cegueira deliberada, equiparada ao dolo eventual. (CALLEGARI & WEBER, p.7)

Como se vê, trata-se de linha muito tênue, mas o objetivo da cegueira deliberada não é substituir o dolo, o necessário conhecimento exigido por lei, porque sua construção deve ser fundamentada em circunstâncias fáticas e concretas que permitam concluir que o agente, mesmo diante de fortes indícios e suspeita, isto é, de conhecimento mínimo da situação, deliberadamente, se colocou em estado de ignorância.

3.4.4 Posicionamento adotado

Ao final de tudo que foi exposto nesse capítulo, é possível verificar que, de fato, não é viável a equiparação da cegueira deliberada e o dolo eventual, porque isto configuraria criação de um terceiro elemento subjetivo do tipo, ao lado do dolo e da culpa, mas sem previsão legal, o que seria uma afronta ao princípio da legalidade.

Em um segundo momento, não se mostra necessária alteração legislativa para que o ordenamento jurídico preveja expressamente a punição com base na cegueira voluntária, porque não existe lacuna entre o dolo e a culpa, ao contrário de países como o Estados Unidos, do sistema *common law*, que possuem margem

²¹¹ CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. *A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores*. p. 7.

para desenvolver formas de responsabilização com base em precedentes. No Brasil, o elemento subjetivo já está regulamentado no ordenamento jurídico e o dolo eventual já dá resposta suficiente para a questão.

Mas pensa-se que essa diferença entre a teoria importada e a aplicada decorre justamente de uma adequação para tornar compatível a utilização da cegueira.

Se o agente, através de seus atos, seja mediante a colocação proposital em situação de desconhecimento ou de qualquer outra forma, assumiu o risco de praticar determinado resultado delituoso, a princípio, pode ser punido a título de dolo eventual. Porém, os fundamentos da teoria, os requisitos que ela propõe, já estudados ao longo deste capítulo, se fundamentados em elementos concretos, podem ser utilizados para a construção do dolo eventual e nunca, jamais, para sua substituição ou para o alargamento do conceito de dolo.

Na verdade, entende-se que a relação entre a cegueira deliberada e o dolo eventual pode ser de complementariedade. Os elementos necessários para o preenchimento do dolo eventual devem sempre estar presentes, mas não se vê óbice para que a construção do raciocínio seja feita a partir de premissas e requisitos adotados pela teoria da cegueira deliberada.

Se aquele que, ciente da alta possibilidade de determinado resultado típico, a partir de circunstâncias das quais tem conhecimento, deliberadamente fecha os olhos para evitar “saber mais”, pode, em análise superficial, ser responsabilizado a título de dolo eventual, porque de fato tinha consciência da potencialidade lesiva de sua conduta. O exemplo é, de fato, deveras simplista, mas revela que a utilização das balizas da cegueira deliberada de forma concluir, ou não, pela existência do dolo eventual, não encontra óbice no ordenamento jurídico brasileiro.

Da mesma forma que os conceitos tradicionais do Direito Penal não conseguem trazer respostas à criminalidade, em especial no que tange ao que tipicamente se entende por autoria, o que levou a juristas brasileiros a desenvolverem novas terias e paradigmas, a premissa também se aplica ao que se entende sobre dolo eventual.

Também conforme já colocado ao longo do presente trabalho, os conceitos típicos de Direito Penal ganharam novas leituras para se readequar à criminalidade de empresa, que muitas vezes torna dificultosa a identificação e punição do infrator. Se de fato a teoria da cegueira deliberada seria desnecessária, visto que existe o

dolo eventual, não há ilegalidade na utilização de seus fundamentos e requisitos para que se conclua pela existência, no caso concreto, do dolo eventual e, portanto, do requisito subjetivo do tipo.

E é nesse ponto se insiste na inexistência de ilegalidade na utilização dos fundamentos da teoria, pois, com a presença de todos os requisitos já colocados, – os quais permitiriam a punição a título de dolo eventual, não se poderia falar em culpa consciente ou dolo eventual, porque se chegou a conclusão que o agente tinha o grau de conhecimento necessário para o tipo penal, o que de qualquer forma afastaria ambas as excludentes.

Pode-se, portanto, entender pela viabilidade da aplicação da teoria da cegueira deliberada como forma de concluir pela existência do dolo eventual. Certo é que a presença deste último, frisa-se, quando devidamente observados seus requisitos, não configura responsabilidade penal objetiva, nem ilegal, porque se trata de modalidade subjetiva prevista na própria Lei Penal Brasileira.

Como o objeto de estudo deste trabalho é o administrador do negócio, existem peculiaridades que devem ser estudadas, especialmente em razão da função de garante por ele ocupada, que gera deveres diferenciadas e que demandam, portanto, estudo mais aprofundado.

3.5 O expansionismo da cegueira deliberada nos Tribunais Brasileiros

Apesar do posicionamento adotado, pela viabilidade da cegueira deliberada, é certo que a teoria, nos moldes adotados pelos Tribunais Brasileiros, acaba por ser carta branca aos órgãos de persecução penal. Como adverte SILVEIRA²¹², o risco dogmático da ampliação do foco subjetivo através desse novo instituto parece ser temerário, pois tudo, simplesmente tudo, poderia ser enquadrado, de alguma forma, como situação de cegueira, em algum momento, deliberada.

E a aplicação e o reconhecimento do instituto para fundamentar a responsabilidade penal de fato tem se tornado tendência, porque ela parece simplificar, de forma equivocada, o ônus probatório do órgão acusatório. Ao invés de empregar esforços para provar que o agente tinha conhecimento ou evitou saber, simplesmente se constrói raciocínio, sem qualquer fundamento, de que ele tinha

²¹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava-Jato*. p. 8.

ciência da alta probabilidade pela posição que ocupa, mas optou por não tomar conhecimento total da situação típica.

Não é esse o objetivo da teoria.

A situação é tamanha seriedade quando se verifica que a cegueira deliberada já ganhou espaço até mesmo no âmbito do Direito do Trabalho. São diversas as decisões que reconhecem direitos trabalhistas face o empregador com base na cegueira deliberada. Os casos mais frequentes verificados são no caso de terceirização pela empresa da atividade fim.

Extrai-se trecho de julgamento que demonstra com precisão a utilização da teoria naquela seara²¹³:

Não obstante, importante frisar que o que se verifica é típico caso de conduta ilícita, com o escopo de solapar direitos do trabalhador, atraindo a responsabilidade prevista no artigo 942 do Código Civil, visto que o proceder da quarta reclamada, ao contratar prestadora de serviços que sabe não ter condições financeiras de arcar com todas as suas obrigações trabalhistas, precipuamente, agiu com dolo eventual (*"É a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro"* - NUCCI. Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 235), pois assumiu o risco de sua conduta ao delegar parte de sua cadeia produtiva a empreendimento de frágil saúde econômica, caracterizando sua incidência naquela que é conhecida como "teoria da cegueira deliberada", no sentido de que, como ensina Bruno Fontenele Cabral, *"há situações em que o agente finge não enxergar a ilicitude da procedência do bem, direitos e valores com o intuito de auferir vantagens. Comporta-se como um avestruz, que enterra sua cabeça na terra para não tomar conhecimento da natureza ou extensão do seu ilícito praticado"* (<http://jus.com.br/artigos/21395/breves-comentarios-sobre-a-teoria-da-cegueira-deliberada-willful-blindness-doctrine>).

Tal ilação aplica-se com perfeição ao caso dos autos, onde a quarta demandada contratou a primeira com o intuito de diminuir custos, sem se importar com o cumprimento, por parte da contratada, das obrigações trabalhistas, sabendo que a probabilidade de não haver o adimplemento dos direitos trabalhistas era altíssimo, tratando tal fato com total indiferença, ferindo de morte princípios basilares insculpidos na Constituição da República, tais como a dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e função social da propriedade (empresa), os quais, de modo direto, impedem o locupletamento do tomador de serviços em detrimento dos direitos do obreiro terceirizado. A "cegueira deliberada" chega ao extremo de, ao constatar os problemas financeiros da empresa contratada, abster-se de tomar medidas concretas de modo a impedir que os empregados desta, ao se verem no limbo do desemprego, restassem, ainda, sem o recebimento de parcelas trabalhistas elementares.

²¹³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. ROT - 0000958-15.2017.5.12.0039, WANDERLEY GODOY JUNIOR, 1ª Câmara, Data de Assinatura: 29/06/2020).

Evidente que a diferença entre a responsabilização penal e a trabalhista sendo que, nesta última, admite-se a modalidade objetiva torna a discussão totalmente diferenciada, mas o caso acima foi citado justamente para demonstrar como tem sido ramificada a teoria da cegueira deliberada no Direito Brasileiro, alcançando até outras áreas.

Acontece que essa problemática já se verificava com o dolo eventual, de modo que, mais uma vez, parece que a questão já é antiga, mas assumiu uma nova roupagem.

3.6 A cegueira deliberada e os crimes omissivos impróprios segundo a jurisprudência brasileira

Antes de abordar a cegueira deliberada e os administradores de negócio, enquanto garantes, interessante colacionar julgados mais recentes que abordam especificamente a teoria no âmbito dos crimes omissivos impróprios, os quais, como já colocado, impõem ao agente, enquanto garante, dever diferenciado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), julgou a Apelação Criminal nº 0000173-67.2013.8.26.0584, em 17/03/2020, interposta por médico condenado pelo delito de homicídio culposo. Extrai-se da denúncia que o profissional, plantonista de hospital, não compareceu ao plantão determinado dia sem qualquer aviso prévio, por não estar se sentindo bem, o que contrariou diversas normativas do Conselho Regional de Medicina (CRM). A ausência ao plantão provocou o óbito de um paciente que, internado em estado grave, não recebeu atendimento médico, porque o hospital ficou por cerca de duas horas sem qualquer profissional para atendê-lo. A denúncia imputa ao médico o crime de homicídio culposo, na modalidade de negligência.

No julgamento do apelo, a Corte Paulista manteve a condenação. O desembargador relator consignou que tudo indica que o réu de fato não sabia do estado da vítima, porque não compareceu ao plantão sem justificativa apta e, porque, mesmo tendo recebido diversas ligações dos enfermeiros, *“sequer se dignou em atende-las, o que poderia inclusive ensejar sua responsabilização a título*

*de dolo eventual*²¹⁴. Nesse sentido, consigna que se o médico soubesse da situação e nada fizesse, haveria culpa, “*mas se de maneira sintomática se nega a saber, porque não compareceu [ao plantão] e não atendeu às inúmeras ligações efetuadas em contexto de abandono de plantão, descarta-se a responsabilidade por omissão? Referido raciocínio não se mostra razoável*”.

O desembargador, nesse caso, entende que o médico agiu no mínimo de modo negligente, senão a título de dolo eventual. Ato contínuo, aborda a cegueira deliberada, que, segundo ele, pode ser usado em casos tais em que a responsabilidade beira o dolo eventual ou ao menos se assemelha a uma culpa grave ou temeridade. E é com esse fundamento que ele conclui que, se o médico havia sido escalado para um plantão que tem UTI, ocupante de posição de garantidor, é evidente e previsível que a qualquer momento, se deparará com situações de gravidade ímpar e, ao não atender às ligações efetuadas após abandonar o plantão sem justo motivo, demonstra total indiferença em relação às vidas no hospital em que trabalha. O veredicto, ao final, foi pela manutenção da condenação de primeiro grau.

Cita-se, ainda, a Apelação Criminal nº 0003417-25.2015.8.16.0030, oriunda do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), julgada em 13/09/2018. Referido processo foi instaurado para apurar fraude tributária, consistente na ausência de pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em relação à importação de mercadorias, consistente na montagem fraudulenta de guias falsas, ou, ainda, através de pagamento pelo sistema “net empresa”²¹⁵ por meio de invasão em conta bancária de terceiro.

O Ministério Público denunciou o sócio administrador e outros 3 (três) funcionários que teriam participado do esquema, mas apenas o primeiro foi condenado em primeiro grau. A acusação recorreu justamente para condenar os outros funcionários, sob o fundamento de que estes não somente figuravam no contrato social da empresa como efetivamente tinham ingerência na administração da sociedade. Por outro lado, por serem despachantes aduaneiros, não haveria como não terem plena participação do ilícito, de modo que deveria ser aplicada a

²¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal 0000173-67.2013.8.26.0584; Relator (a): Lauro Mens de Mello; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 1ª Vara; Data do Julgamento: 17/03/2020; Data de Registro: 17/03/2020.

²¹⁵ Método de pagamento simplificado para empresas.

teoria da cegueira deliberada, notadamente porque os réus emprestaram seu nome para coisas ilícitas, das quais deveriam saber da ilicitude.

Nesse ponto, interessante transcrever na íntegra o julgamento proferido pela Corte Paranaense, que manteve a condenação do sócio administrador e a absolvição dos funcionários²¹⁶:

Então, portanto, se deduz que os recorridos [...] não tinham como saber a respeito da falsificação, ou até mesmo se soubessem, não teriam como atuar de qualquer maneira para evitar o ilícito, uma vez que como funcionários do corrêu Vanderlei de Souza necessitavam seguir as suas ordens e fazer a apresentação documental perante a fronteira para liberação da mercadoria.

Portanto, deduz-se que os funcionários ou não sabiam ou efetivamente agiram mediante omissão, ou seja, deixaram de comunicar os órgãos competentes que estava ocorrendo a falsificação das guias de recolhimento dos impostos, só que aí, não eram efetivamente garantes nos termos do artigo 13, §2º, do Código Penal, não podendo responder pela omissão imprópria.

Assim sendo a aplicação no caso em tela da teoria da cegueira deliberada, diante das provas amplamente coligidas e robustas no sentido de que os funcionários não tiveram qualquer benefício pecuniário antes as fraudes perpetradas pelo corrêu Vanderlei, não seria de todo aplicável ao presente caso.

E isso porque a intenção prefacial e primeva desta teoria é a situação de quem, deliberadamente (*sic*), se coloca em situação de cegueira. Ou seja, atua no sentido de não enxergar a ilicitude com o intuito de auferir vantagens. No caso em tela, os funcionários do corrêu Vanderlei não lograram nenhuma vantagem com as fraudes, porquanto atestadamente o único beneficiado financeiramente com as fraudes – e isto em todos os documentos ficou incontestado foi o corrêu [sócio administrador].

Os julgados acima colacionados revelam a forma com que os Tribunais Brasileiros têm lidado com a utilização dos conceitos típicos da cegueira deliberada e da omissão imprópria, paralelo que tem se tornado mais frequente, à medida que a teoria se solidifica no país.

²¹⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 0003417-25.2015.8.16.0030. Foz do Iguaçu. Rel.: Desembargador Laertes Ferreira Gomes. J. 13.09.2018. fls. 15/16.

4 A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

4.1 A teoria da cegueira deliberada aplicada ao administrador do negócio

Conforme sintetizado nos tópicos anteriores, a cegueira deliberada é um estado subjetivo que resulta de uma decisão consciente e voluntária do agente, que, naquele cenário específico, opta por não obter conhecimento aprofundado ou se blindar de receber informações sobre determinada situação.

A situação almeja ser analisada sob a perspectiva do administrador, o qual, conforme estudado anteriormente, encontra-se na posição de garante penal, materialmente fundado no dever de vigilância da empresa como fonte de perigo, com vistas a impedir que dela advenham danos ou perigos a quaisquer bens jurídicos. Aquele que ocupa a posição de garantidor possui deveres especiais, que não são dirigidos a todos e que variam de acordo com a modalidade de garante que ocupam.

Ponto polêmico é a compreensão de até onde exatamente envolve esse dever de garantia, sob pena de, a depender da extensão desse dever, incorrer em responsabilidade penal objetiva. Porém, é certo que o administrador possui um dever especial de informação, justamente em razão da posição de garantidor que ocupa²¹⁷, isto é, possui um dever que o diferencia dos parâmetros tradicionais.

Nesse momento, traz-se novamente os requisitos propostos para o reconhecimento da aplicação da teoria propostos por RAGUÉS I VALLÈS²¹⁸, especificamente o segundo, que trata da disponibilidade de informação que possa ser levada ao conhecimento do agente. O autor propõe que tais documentos, provas ou indícios estejam ao alcance do indivíduo sem maiores obstáculos, porque, do contrário, estaria colocando-o numa situação de garante, posição esta que o administrador, objeto deste estudo, ocupa.

O ponto central da questão que se pretende chamar a atenção é: a disponibilidade da informação e o dever de averiguá-la.

²¹⁷ Nesse ponto, faz-se a observação de que a responsabilização penal não se funda, a priori, na simples posição de administrador, mas no dever de garantia que ocupar tal função lhe traz.

²¹⁸ Citado por CALLEGARI, André Luís. Ariel Barazzetti Weber. *Lavagem de dinheiro*. p. 95.

ESTELLITA²¹⁹ resume as bases da imputação individual na criminalidade de empresa da seguinte forma:

A estrutura da responsabilidade penal tem por referência um indivíduo que pratica um comportamento proibido e cuja prática poderia evitar. Portanto, um agente individual, autorresponsável, que executa diretamente o comportamento proibido, estando em posse das informações sobre os elementos da figura típica e tem, portanto, conhecimento dos riscos por ele criados. Em suma, da reunião, na pessoa individual, da informação, do poder de decisão e de um comportamento executivo. Esse agente tem, ademais, a capacidade de compreender e se motivar em conformidade com a norma penal, sendo dele exigível, no caso concreto, que atue de outra forma. Além disso, no âmbito de uma organização mais ou menos formalizada (como, justamente, a empresa), os pressupostos da imputação individual omissiva (...) exigem que o autor seja o destinatário da norma, que esteja em posição de objetivamente atender a esse dever e que disponha do conjunto de informações necessárias que lhe permitam reconhecer a ameaça de lesão a bens jurídicos e, assim, colocar em prática medidas adequadas para evitar essa violação. (ESTELLITA, Heloisa, p.38/39)

Observa-se que a posse das informações é ponto extremamente relevante para justificar – ou não – a responsabilização penal do agente garantidor. No caso da cegueira deliberada, o agente possui acesso a tais informações, mas opta, de forma consciente, por não tomar conhecimento de seu conteúdo, ou cria barreiras para que isto não aconteça.

Alguns dos críticos da teoria se fundamentam justamente na ausência de obrigatoriedade que o agente faça uma investigação exhaustiva e completa acerca de todos os elementos da conduta, dada impossibilidade de aquisição de tal espécie de conhecimento, porque se contentou o legislador com a investigação realizada pelo homem médio²²⁰, parâmetro que difere para aquele que ocupa posição de garantidor. O administrador, via de regra, possui a acesso à informação e também tem o dever de tomar decisões informadas e baseadas nos riscos do negócio. Não se trata de conhecimento que lhe é impossível ou inacessível.

Porém, quando o administrador opta por não ter conhecimento aprofundado ou de se blindar de receber informações, é certo que descumpriu deveres administrativos, que são o de diligenciar e de o de se informar, os quais isoladamente, não possuem relevância no âmbito criminal, mas que podem servir como parâmetros para construir a responsabilidade penal, sob a modalidade de

²¹⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 38/39.

²²⁰ Nesse sentido: CÂMARA, Isabela Tarquinino Rocha. *O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada*. p. 12.

omissão imprópria e com a perspectiva da cegueira deliberada. Adiante, o administrador possui esses deveres como corolário da função de garante que ocupa.

Importante destacar existe a possibilidade de que a informação seja viciada no caminho que percorre até que chegue ao administrador, porque esse processo de filtragem da informação pode ser influenciado por fatores marcadamente pessoais quanto ao conteúdo transmitido. Os responsáveis por determinados setores ou departamentos, especialmente em contexto de estabelecimento de metas, poderão reter ou minimizar o impacto das informações que são desfavoráveis à avaliação de seu desempenho e de seu setor/departamento, o que pode ocorrer mesmo com empresas que tenham regras para o compartilhamento e transmissão de informações, como conferências e reuniões setoriais, circunstância que tem o condão de impedir a formação do dolo do agente garantidor²²¹.

4.2 Da necessidade de investigação prévia das peculiaridades da estrutura empresarial: funções internas

Embora inicialmente estabelecido o parâmetro acima, é imprescindível, para a construção da responsabilização penal, que haja investigação pormenorizada e detalhada a fim de entender a organização empresarial, por mais complexa que tal tarefa possa parecer.

A ausência de investigação prévia viciará de forma irreversível a pretensão punitiva, porque invariavelmente acarretará responsabilidade objetiva. É necessária a compreensão da estrutura da empresa, com a identificação, por exemplo: i) da função de fato ocupada pelos envolvidos; ii) da realidade empresarial e de seu modelo de negócio; iii) do método de trabalho adotado na estrutura tanto verticalizada quanto horizontalizada, com a identificação de todos os participantes; iv) nas diretrizes repassada pelo administrador aos funcionários, inserindo, neste ponto, a margem de liberdade de atuação repassada nos casos de delegação, entre outros.

Inegável que se trata de tarefa complexa, mas que é imprescindível para a correta identificação dos responsáveis, pois apenas dessa forma se compreenderá a

²²¹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 50.

disponibilidade de informação ao administrador e até que ponto ele pode ter agido para evitar dela tomar conhecimento, agindo em cegueira deliberada.

É aqui que se reforça a crítica de que o oferecimento de denúncias com base no contrato social da empresa, por meio da responsabilização do sócio nomeado administrador, ou até mesmo de minoritários, são ineptas. É infundada a mera presunção de responsabilidade criminal por meio de um documento, pelo simples fato de que, muitas vezes, tal documento não corresponde à realidade fática vivenciada na empresa. Não é raro verificar empresas constituídas em nome de terceiros, de laranjas ou os chamados “testa de ferro”, com os mais variados objetivos, até mesmo para evitar a caracterização de grupo econômico, sem que isto esteja ligado a uma atividade penalmente ilícita em si.

A probabilidade de que uma imputação que tome apenas por base o papel societário dentro de uma empresa desconsidere os pressupostos para a punição penal é elevada, em especial no que tange ao nexos causal e o elemento subjetivo do tipo.

Se o objetivo dos órgãos de persecução penal é identificar os responsáveis e puni-los, tal múnus não é alcançado sem investigação prévia, pelo contrário. E, assim, aquele que seria o real infrator permaneceria intocado, sem fundamento plausível, como o reconhecimento da atipicidade da conduta, erro de tipo ou outro. A bem da verdade, *“a renúncia à apuração penal nestes casos evidencia o uso seletivo e arbitrário da resposta penal, que se contrapõe ao princípio da legalidade”*²²².

4.3 Estrutura empresarial verticalizada: da problemática da delegação

A estrutura empresarial pode ser constituída de forma simples ou complexa, sendo a primeira a mais elementar, ao adotar modelo de gestão centralizada, onde um administrador individual dirige e coordena os negócios empresariais e seus subordinados²²³.

As empresas, em especial as de médio a grande porte, estruturam suas atividades a partir da divisão de tarefas e de funções dentro da própria realidade

²²² ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 59.

²²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 53.

empresarial, o que é fortemente marcado pela diluição da carga decisória e do poder de gestão. Pode haver delegação tanto da execução de tarefas e funções ligadas ao objeto social da empresa (produção, prestação de serviços e etc.) como ligadas à sua manutenção administrativa (contabilidade, auditoria, recursos humanos e etc.), como podem, igualmente, delegar atividades de controle sobre a fonte de perigo, já que não precisam ser cumpridas pessoalmente e podem ser delegados a terceiras pessoas. O que não se pode delegar é a função em si de gestão da sociedade e nem a responsabilidade pela tomada de decisão²²⁴.

Especificamente no âmbito das sociedades limitadas, apesar de não possuírem estrutura empresarial tão complexa e diluída como as sociedades anônimas, observa-se que são fortemente marcadas pela figura da delegação, mas com a centralização do poder decisório e de definição de estratégia no administrador ou nos administradores, em especial nas empresas familiares.

Na verdade, os próprios princípios da hierarquia e de divisão de trabalho, inerentes à empresa, supõem intrinsecamente a delegação, não só por parte do administrador, mas também por outros sujeitos e unidades integrantes da organização, que se procede na linha da estrutural vertical da empresa, orientada pela necessidade de distribuição de competências no plano hierárquico²²⁵.

Nessa linha, o que se observa na realidade empresarial é que o responsável originário (o administrador) acaba por se distanciar das atividades desenvolvidas na base, em decorrência da própria estrutura organizacional, cuja vigilância fica a cargo de agentes intermediários no organograma²²⁶, como chefes, diretores, encarregados ou similares. Assim, mesmo empresário individual ou a pequena empresa, contrata contador ou assessoria jurídica externa, ao invés de implementar tais funções internamente, que nada mais é do que uma delegação de tarefas que decorre de uma relação de confiança mantida entre o profissional e o administrador.

Assim, o poder de gestão e decisório deixa de ser exclusivo do administrador da empresa e é diluído para outros integrantes da estrutura empresarial – mesmo as de pequeno porte, como colocado, mas tal circunstância, por si só, não é válida para afastar o dever de garantidor. Até porque tal procedimento não desincumbe

²²⁴ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 147.

²²⁵ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 143/2018 | p. 45 - 86 | Maio / 2018 DTR\2018\12743. p. 2.

²²⁶ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. P. 99.

totalmente o delegante (originalmente responsável) do seu ônus, remanescendo a seu cargo a seleção do delegado, sua formação, informação, dotação material para o adequado cumprimento das obrigações e, com especial destaque, o acompanhamento do trabalho desempenhado pelo delegado, de modo que será sempre possível a revogação²²⁷.

O empresário detém a posição de garantidor originário em relação às atividades desenvolvidas pela companhia, mas, com a delegação, transforma sua posição de garante, pois surge uma nova posição de garante, na figura do delegado. O termo “transformação” é utilizado porque a posição de garante originária do delegante não desaparece, afinal, não caberá a ele o dever de controle direto dos focos de riscos, mas incumbe a ele outros deveres indiretos, como por exemplo a adoção dos meios necessários para que o delegado cumpra suas funções²²⁸.

A delegação, portanto, supõe a transferência dos deveres primários de garantia, consistentes na vigilância e no controle direto das fontes de riscos, mantendo-se no delegante, porém, os deveres secundários, relativos à supervisão, vigilância e controle do delegado ²²⁹. Na verdade, a desconfiança é o que essencialmente justifica a subsistência desse dever.

Justamente por este motivo, neste tópico do trabalho, dentro da figura da delegação, também serão levados em consideração terceiros contratados. O conhecimento detido por esses *experts*, tanto os que trabalham interna quanto externamente, que fundamentam a própria razão de sua contratação, não podem ser exigidos daquele responsável pela tomada de decisão²³⁰.

4.3.1 Limites da delegação

No âmbito da empresa, o dever de controle do administrador relativamente a pessoas, tanto subordinados quanto delegados, diz respeito à eleição, treinamento, acompanhamento, informação, supervisão e intervenção diante da constatação de

²²⁷ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 97/98.

²²⁸ NAKAHARA, Eric Felipe Sabadini. *A responsabilidade penal do conselho de administração diante dos deveres de compliance no pós Lava-Jato*. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance | vol. 1/2020 | p. 13 - 30 | Jan - Mar / 2020 | DTR\2020\3880. P. 5.

²²⁹ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*. p. 6.

²³⁰ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 49.

que aqueles que manejam alguma fonte de perigo deixaram de observar as normas de cuidado a ele impostas²³¹. Ainda com base no conceito de crime omissivo impróprio, no caso do administrador, a situação atípica, ativadora de seu dever de intervenção para evitar um resultado penalmente relevante, consiste, muitas vezes, nessa atuação pessoal de empregados e de seus subordinados dos mais diversos níveis dentro da sociedade, que gera resultados típicos classificados como risco da atividade empresarial em si, acobertados, portanto, pelo dever de garantia originário²³².

Os deveres de cuidado são distintos, a depender da seara na qual o administrador atue, até porque há âmbitos mais sensíveis como a produção de energia, de medicamentos – em que o grau de vigilância e controle exigido é mais rígido, enquanto existem aqueles menos regulados. Porém, o descumprimento de tais deveres pode significar uma má gestão do âmbito organizacional do administrador, tornando imputáveis os resultados advindos por meio da omissão²³³.

É por este motivo que não existe uma “cartilha” com deveres definidos, muito menos o limite de extensão de cada um deles, porque isto varia de acordo tanto da área de atuação da empresa quanto do modelo de negócio de negócio adotado. Existem administradores que são mais centralizadores, enquanto há outros que delegam mais a subordinados. São variáveis que devem ser levadas em consideração no momento em que se atribui a responsabilidade penal, em especial sob a perspectiva da cegueira deliberada, a qual exige ainda mais a compreensão da estrutura empresarial para que possa ser aplicada.

Faz-se essencial para a viabilidade jurídica da delegação e dos efeitos próprios da delegação que o órgão delegante tenha poderes para transferir determinados âmbitos de competência ao delegado, de modo que não só o administrador pode delegar funções empresariais, mas também pessoas em níveis inferiores ao centro dirigente, como os sujeitos que integram as direções técnicas ou operativas da organização empresarial²³⁴.

Merece destaque, ainda, um elemento que não pode ser esquecido: o ato criminoso foi cometido por uma pessoa plenamente responsável. A grande questão

²³¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 2018. p. 191.

²³² PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. P. 99.

²³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 2018. p. 192.

²³⁴ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*. p. 3.

é saber se existe responsabilidade criminal pelo ato ilícito de terceiro, no sentido de que quando os subordinados (delegados) atuam normalmente sob sua própria conta, não se poderia falar em um verdadeiro poder de vigilância e mandato, quando os superiores podem direcionar o comportamento eficaz de subordinados²³⁵.

Outro ponto é que a delegação não pode ser meramente formal, sem que na prática haja a assunção material da função pelo delegado, através da confiança depositada e certa autonomia de atuação. No âmbito do *compliance*, que, em termos genéricos, ao estabelecer deveres de vigilância, prevê também um efeito preventivo em relação às responsabilizações individuais, teria um papel de restrição de responsabilidades, ao abranger apenas aquele ou aqueles que assumam o papel de garante²³⁶. Mas essa assunção deve ser fática, sob pena de se tornar inócua.

A existência de um programa de *compliance* que delimita funções e responsabilidades específicas para terceiros que não o administrador não afasta o dever de garante que ele ocupa, ainda mais quando for constatado que o programa não é seguido no dia a dia da empresa ou que ao delegado não for conferido os poderes necessários para atuação.

Apesar da delegação ser figura frequente no meio empresarial, não se admite que sirva de “escudo” para o administrador do negócio terceirizar a responsabilidade para seu subordinado por um ilícito cometido em decorrência das atividades da empresa. Conforme trabalhado, a posição que ocupa lhe encarrega uma série de deveres relativo ao controle da atividade empresarial como fonte de perigo.

Sob outro vértice, também não se pode responsabilizar de forma automática o administrador por todo e qualquer ilícito que advenha de conduta praticada por seus subordinados, visto que, como colocado, inviável exigir que ele controle todos os atos por eles praticados. A título de exemplo, no âmbito trabalhista, onde vigora a responsabilidade objetiva, conforme Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal (STF), “*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*”²³⁷.

²³⁵ CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. VI, Julho 2011. Capítulo 1. p. 8

²³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. p. 131.

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 341. *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno*. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 149.

Porém, é inerente à própria relação empregado e empregador a confiança, ainda mais quando se está diante de funções hierárquicas mais elevadas, como gerentes e coordenadores. Nestes últimos casos, especialmente, a confiança no trabalho do delegante – administrador – ao delegado é pressuposta para a própria atividade empresarial. Imagine-se a situação de que o administrador fosse obrigado a fiscalizar e endossar o trabalho de todos os seus subordinados. Ou de participar integralmente de qualquer tomada de decisão dentro da empresa, até mesmo da contratação de funcionários. Seria impraticável.

4.3.2 Do poder de ingerência versus a confiança na delegação para funções

Surge a necessidade de se delimitar a responsabilidade penal individual, diante da produção de um resultado delitivo, daquele que atua em conjunto com outros atores, mediante divisão de funções e tarefas. O dever de agir há que ser definido em cada situação concreta e o princípio da confiança surge na discussão de delegação do cumprimento de funções na atividade empresarial.

A título de exemplo, até mesmo as funções de vigilância (a exemplo do *compliance officer*) e controle ou as atividades propriamente econômicas (relacionadas ao processo de produção ou de prestação de serviços que forma o objeto social da sociedade) e as administrativas, podem ser delegadas²³⁸. Não se pode exigir que um agente controle permanentemente a atuação dos demais.

Porém, a delegação não exime a responsabilidade do delegante. Ainda, sendo objeto da delegação funções integrantes do papel de garantidor, como nos exemplos citados, há uma repartição dessa figura e uma multiplicação dos agentes garantidores, de forma que cada um responde pela parcela da responsabilidade que lhe tiver sido materialmente delegada²³⁹.

No âmbito desse relacionamento mantido entre os integrantes dessa estrutura, o princípio da confiança surge como uma autorização para que o agente confie no comportamento de terceiros quando, em autêntica divisão de tarefas, desempenha suas funções, realizando condutas interligadas. É uma especificação do risco permitido para a coordenação do trabalho. E é dessa delimitação mútua que

²³⁸ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 151/152.

²³⁹ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 98.

surge a confiança. Por este motivo que se discute até que ponto deve haver o poder de ingerência face a confiança no delegado.

O postulado permite a delegação de funções em atividades típicas de grupo sem que se fale, justamente por força da confiança do agente delegante no escorrito proceder dos agentes delegados, na criação ou incrementação de um risco não permitido, obstando a imputação objetiva da conduta ao tipo²⁴⁰. A princípio, o superior pode confiar em que o subordinado seguirá suas instruções corretamente e, da mesma forma, pode o subordinado confiar na correção das instruções recebidas, até porque, como regra, é possível confiar no comportamento correto de terceiro com o qual se desenvolve uma atividade em conjunto.

Ainda, dentro da realidade empresarial, observa-se que a seleção e formação dos empregados são confiadas a um setor de recursos humanos; o cumprimento às exigências técnicas de segurança laboral é confiado ao setor de segurança do trabalho; a observância das normas administrativas de cunho ambiental à diretoria ambiental (ou algo análogo) e assim por diante²⁴¹.

Nas palavras de Jakobs²⁴², o princípio da confiança é a autorização para confiar no comportamento correto das outras pessoas numa medida a ser ainda determinada – não obstante a experiência de que elas cometem erros, não sendo apenas um subcaso do risco permitido, mas também da proibição de regresso. Para BOTTINI²⁴³, o princípio da confiança é um instrumento relevante para a delimitação dos âmbitos de responsabilidade, incidindo de forma mais nítida quanto maior for a autonomia, a informação, a competência e a estrutura material transferida ao delegado. Em contrapartida, quanto maior a subordinação e dependência do funcionário em relação ao seu superior, menor será o espaço de confiança, devendo o último acompanhar de maneira mais cautelosa a atividade realizada sob seu comando.

²⁴⁰ TURESSI, Flávio Eduardo. *A conformação do princípio da confiança no direito penal das licitações: reflexões sobre a responsabilidade penal do gestor público diante dos crimes licitatórios*. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC. 9 ed. 2018. p. 10.

²⁴¹ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 99.

²⁴² JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 271

²⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 2018. p. 191.

Na verdade, quanto menor seja a preparação e a experiência do subordinado, maior será o dever de supervisão do superior e menor alcance do princípio da confiança²⁴⁴.

Esse raciocínio decorre do exemplo clássico no contexto do trânsito, onde os âmbitos de cuidado de cada agente (motoristas, pedestres) são delimitados pela confiança que nutrem reciprocamente de que cada um observará seu campo de cuidado. Nestes termos, o princípio da confiança pode ser bem compreendido a partir da resposta a uma questão simples e didática: por que o motorista não para no sinal verde? Porque confia que o motorista da transversal irá parar no sinal vermelho, de modo a não assumir qualquer dever de checagem da efetiva adoção do cuidado por parte deste terceiro interveniente²⁴⁵.

Evidente que no âmbito empresarial, o princípio da confiança possui limitação maior, em especial quanto à ausência do dever de checagem, decorrente da inexistência de hierarquia entre os condutores. Além do mais, o anonimato caracteriza o exemplo de trânsito citado, bem com a falta de conhecimento do outro e a necessidade de tomar decisões rapidamente²⁴⁶, circunstâncias que diferem da delegação na esfera empresarial.

Para YAKOBS²⁴⁷, o princípio da confiança está destinado a tornar possível a divisão do trabalho; por conseguinte, termina quando a divisão de trabalho perde seu sentido, especialmente quando se pode ver que a outra parte não faz, ou não fez, justiça à confiança de que cumpriria as exigências de seu papel. Outro ponto é que o indivíduo, devido à divisão do trabalho, pode perder a sensibilidade de perceber os riscos que ela gera objetivamente de sua atuação²⁴⁸.

²⁴⁴ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo apud ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O princípio da confiança no direito penal*. Rio de Janeiro: Limen Juris, 2006. p. 154.

²⁴⁵ GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. *Compliance e direito penal*. São Paulo/SP : Atlas, 2015. Capítulo 4. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades. p. 76.

²⁴⁶ MANSDORFER, Marco. *Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo*. Barcelona. InDret, 2, 2007, pp. 11/12.

²⁴⁷ YAKOBS, Gunther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

²⁴⁸ MANSDORFER, Marco. *Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo*. Barcelona. InDret, 2, 2007, p. 8. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf. > Acesso em: 10 Set. 2015.

A confiança, porém, jamais pode ser absoluta a ponto de gerar uma postura de abandono por parte do delegante, por mais experiente e qualificado que seja o delegado²⁴⁹.

Existem limites costumeiramente reconhecidos do princípio da confiança, que são: a) não pode haver confiança se a outra pessoa não tem capacidade para ser responsável ou está dispensada de sua responsabilidade; b) não está permitida a confiança se a missão de um dos intervenientes consiste precisamente em compensar os erros eventualmente praticados por outrem; c) o princípio da confiança cessa quando concorre a conduta que defrauda as expectativas, e o primeiramente competente – delegante – tem que assumir a tarefa delegada, como sucederia quando o copiloto de um avião estar embriagado e o piloto tem de retomar as atividades delegadas²⁵⁰. São sinais de atenção para o administrador, que exigem atenção e intervenção.

Nessa linha, a delegação de função para pessoa, seja funcionária ou terceirizada, que não possua a expertise necessária para exercer a função delegada, ultrapassa o limite da confiança. O mesmo ocorre quando, por exemplo, o administrador constata que a pessoa responsável pelo seu financeiro não executa sua função corretamente e passa a fechar o balanço por conta, reassumindo a função antes delegada. Ainda, situações pretéritas de rotinas que, conquanto aplicadas, não preveniram eventos, são indícios de que as circunstâncias concretas não permitem ao empresário confiar e se exonerar dos deveres de vigilância dos quais está encarregado. Neste ponto, opera um limite ao princípio da confiança, consistente na ausência de motivos para confiar dentro de dadas situações concretas em que a autorresponsabilidade do confiado dá mostras de fragilidade²⁵¹.

Assim, no âmbito das estruturas verticais, o princípio da confiança tem dois efeitos particularmente relevantes: a desoneração parcial da vigilância e a manutenção do dever de ingerência quando há claros sinais de que não há mais fundamento para confiar²⁵².

Nesse contexto, o administrador, antes de delegar tarefas, deve se certificar da capacidade técnica e da aptidão da pessoa a quem pretende delegá-las, bem

²⁴⁹ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*. p. 8.

²⁵⁰ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 152.

²⁵¹ Nesse sentido, voltado a implementação de programa de compliance, leciona GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. *Compliance e direito penal*. p. 76.

²⁵² ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 153g.

como se se manter atento ao enquadramento dos atos praticados por meio da delegação aos limites estabelecidos. Como colocado, o administrador não é obrigado a ter conhecimento de tudo que ocorre dentro da empresa, mas deve ser capaz de provar que adotou todas as cautelas, com o objetivo de ter o controle sobre os atos dos subordinados²⁵³.

Em síntese, o resultado deve ser capaz de ser explicado precisamente como realização do risco criado pelo perpetrador e deve ser possível excluir a hipótese de que o dano também teria sido produzido caso tivesse sido realizado comportamento alternativo cuidado (e, portanto, de acordo com a lei). A partir do momento em que esses links podem ser verificados, dificilmente há espaço para negar a responsabilidade criminal em termos gerais. Porém, se a punição decorre de um comportamento errado, mas insignificante ou compreensível como decorrente do princípio da confiança, será necessária maior atenção para o caso concreto²⁵⁴.

Em especial no caso da delegação, o poder de direção do administrador depende do fluxo de informação que lhe é repassada. Quando a informação não desemboca propriamente a uma decisão, mas em outro lugar, o titular da decisão (administrador) depende da confiabilidade das informações, que podem sofrer variações decorrentes até mesmo de fatores psicológicos do indivíduo (delegado), como o desinteresse do delegado ou “encerrar o expediente”²⁵⁵.

4.3.3 Delegação de execução de tarefas concretas

Inicialmente, deve-se enfatizar a diferença entre a delegação típica e o encargo de execução de uma tarefa concreta. Enquanto o primeiro transpassa certos âmbitos de competência ao delegado, que passa, com isso, a ser o responsável principal pelo controle direto dos riscos, o segundo se trata do simples cumprimento de uma ordem, de sorte que quem ordena continua sendo o

²⁵³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia de Orientação Jurídica de Conselheiros de Administração e Diretores*. São Paulo, SP: IBGC, 2012. (Série Cadernos de Governança Corporativa, 11). pp. 53/54.

²⁵⁴ MANSDORFER, Marco. *Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo*. Barcelona. InDret, 2, 2007, p. 16.

²⁵⁵ *Ibidem*. p. 13.

responsável direto pelas consequências dos atos de quem cumpre a atividade ordenada²⁵⁶.

Como já colocado, o simples processo de divisão de tarefas, em princípio, não afeta o nível de segurança do trabalho que o indivíduo deverá realizar. Também quando um serviço, por exemplo, a construção de um edifício é realizado com divisão de trabalho para execuções de tarefas concretas, cada participante deve realizar seu serviço de acordo com as regras e os cuidados necessários nesse setor: o trabalhador que cuida da betoneira deve garantir que as proporções dos elementos esteja correta; quem constrói a parede deve colocar os tijolos de forma adequada; quem realiza a instalação da água deve instalar os tubos com parafusos adequados e etc²⁵⁷.

Nesse ponto, REBOUÇAS faz a seguinte observação:

A responsabilidade penal de quem emite a ordem, nesse último caso, se estabelece segundo as formas *in vigilando* e *in eligendo*: por vigilância direta e por eleição. Com efeito, quem transmite a execução de tarefas concretas e pontuais é responsável pela vigilância direta dos atos do executor eleito. Trata-se de algo derivado diretamente da relação de subordinação, sem que isso represente uma delegação de âmbitos de competência. O encarregado da tarefa é um mero executor da ordem, sem qualquer autonomia. (REBOUÇAS, Sérgio)

Observa-se, dessa forma, que os deveres de garantidor originário do administrador permanecem mesmo com a delegação para a execução de tarefas concretas, que possuem grau de autonomia menor em relação ao trabalho a ser entregue, não necessariamente ao método de trabalho a ser adotado pelo profissional.

Cite-se caso hipotético. X é profissional do mercado financeiro que decide abrir construtora e construir um empreendimento em área rural da cidade Y, apesar de não possuir experiência prévia na área. Assim, ciente de que o órgão ambiental da cidade Y costumeiramente impõe uma série de entraves para a instalação de novos empreendimentos, recebe indicação de equipe de engenharia liderada por Z, pois Z seria pessoa bem relacionada na cidade e conseguiria obter as licenças com maior rapidez.

²⁵⁶ REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*. p. 4.

²⁵⁷ MANSDORFER, Marco. *Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo*. p. 10.

Então, X contrata Z para elaborar tarefa concreta de executar o projeto do empreendimento, bem como para obter os documentos ambientais necessários. Por desconhecer dos trâmites necessários, X delega tal função à Z e confia que o trabalho será regularmente realizado. Obtida a licença inicial, a obra é iniciada. Em vias de ser finalizada, o órgão ambiental da cidade Y passa por auditoria, ocasião na qual é constatada uma série de irregularidades no empreendimento da construtora de X, executado por Z. A licença é revogada e X recebe a informação de que é investigado o pagamento de propina para fiscais ambientais para a obtenção da licença com maior rapidez.

Nesse cenário: poderia X ser responsabilizado pelo crime ambiental sob a perspectiva da cegueira deliberada?

Num primeiro momento, a resposta é não, pois, neste caso, não havia informação acessível a X que lhe permitisse ao menos desconfiar que havia indícios de ilicitude no empreendimento.

Agora, acrescentem-se alguns elementos neste enredo.

Imagine-se que X, antes da contratação, havia sido alertado por conhecidos e funcionários de sua construtora que Z era conhecido na cidade por estar envolvido em falcatruas em conluio com o órgão ambiental. Inclusive, havia recentemente sido responsabilizado criminalmente, em matéria amplamente divulgada na mídia. Essa circunstância pode indicar sinal de atenção para o administrador, que não se exime da responsabilização criminal apenas por optar por não tomar conhecimento da (i)licitude do método de trabalho do engenheiro contratado.

Ainda, após investigações realizadas pelo órgão de persecução penal, foram constatadas troca de mensagens entre X e Y, no qual X cobra Y pela rapidez na obtenção da licença ambiental, e solicita que o faça dentro do prazo, “custe o que custar, sem querer saber como conseguiu isto”. Ambas as circunstâncias caracterizam sinal de atenção para o administrador, que não pode alegar desconhecimento se, eventualmente, a informação lhe era acessível, mas ele optou por criar barreiras ou por dela não tomar conhecimento. Existe a assunção do risco do resultado, o que permitiria que houvesse o dolo eventual sob a perspectiva da cegueira deliberada.

Em relação à utilização de terceiros ou intermediários, para que ocorra a responsabilização indireta, o *U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), que se trata de uma lei norte-americana de anticorrupção para atos cometidos no anterior, exige

que a pessoa tenha conhecimento de que o pagamento à funcionário estrangeiro irá ou terá a probabilidade substancial de ocorrer, o que configura o requisito da *person's state of mind is "knowing"*. Para FCPA, considera-se uma pessoa "ciente" quanto a uma conduta, circunstância ou resultado, se (i) ela tem conhecimento de que tal conduta ou circunstância existe ou que tal resultado tem uma probabilidade substancial de acontecer; ou (ii) ela tem firme crença de que tal circunstância existe ou que tal resultado tem probabilidade substancial de acontecer. Desse modo, cumpre-se o requisito de *person's state of mind is "knowing"* nas hipóteses de responsabilização indireta, quando se tem conhecimento ou firme crença na alta probabilidade da existência de suborno, a menos que a pessoa realmente acredite que tal circunstância não existe. Assim, responsabiliza-se não apenas aquele que possui real conhecimento da prática de suborno, mas também aqueles que intencionalmente evitam tomar conhecimento do fato, o que se denomina de cegueira deliberada no Brasil²⁵⁸.

4.4 A delegação e a omissão imprópria em cegueira deliberada

Para se falar em omissão imprópria nas situações acima colocadas, é necessário que a distância (ou diluição de poderes) dentro da estrutura empresarial não impeça objetivamente o garante de agir no sentido de evitação do resultado, pois, caso essa atuação não lhe seja factível por algum motivo, o crime omissivo não estará caracterizado pela ausência de capacidade de agir, requisito já trazido neste trabalho²⁵⁹.

Se for constatado que o administrador, no espectro do poder diretivo e decisório que possui dentro da empresa, poderia ter agido para evitar (preventivamente) ou neutralizar (repressivamente, desde que constatada a tempo) o resultado delitivo oriundo da fonte de perigo, a conduta omissiva imprópria passa a ser punível.

Outro ponto é, retomando o já colocado anteriormente, o fluxo de informações à disposição do administrador mesmo nos casos de delegação.

²⁵⁸ VENTURINI, Otavio; CARVALHO, André Castro; MORELAND Allen. Aspectos gerais do U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). In CARVALHO, André Castro et al. (Coord.). *Manual de Compliance*. São Paulo : Editora Forense, 2018. pp. 320/336.

²⁵⁹ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 100.

Também, se a delegação teve os limites ultrapassados pelo delegado e o administrador, ciente da situação, opta, por conveniência ou qualquer outro motivo que não seja legítimo, mantê-lo na função, numa clara assunção do risco do resultado delituoso, a cegueira deliberada ganha contornos e passa a ser aplicável.

Nesse cenário, indicativos de que o delegado rompeu a relação de confiança prévia, seja porque ultrapassou dos limites da função que lhe foi delegada ou porque não possuía a expertise necessária, podem demonstrar a responsabilidade do administrador sob a perspectiva da cegueira deliberada no caso de ilícito. Aqui, mais uma vez, o fluxo de informações é ponto crucial, para averiguar se existe a disponibilidade de informação ao agente, que ou opta por nada fazer a respeito, ou prefere não saber de mais detalhes para evitar ter que tomar uma conduta comissiva, que poderia ter evitado ou neutralizado o resultado delituoso.

Em contrapartida, se inexistiu situação prévia que justificasse um alerta para a confiança depositada no delegado, que acionaria o dever de intervenção do administrador, pode-se falar que não houve atuação deste fora do risco permitido porque, como colocado, a delegação não é ilegal e não caracteriza risco proibido, o que poderia afastar a responsabilidade penal pelo resultado delitivo.

Outra hipótese seria a correta atuação do delegado e a regular disponibilização do fluxo de informações ao delegante (administrador), que, por um lapso, delas não toma conhecimento. Exemplo: auditoria na Estação de Tratamento de Efluentes da empresa, que indicam a possibilidade de poluição em razão do produto utilizado, deixados na mesa do administrador ou a ele enviados por e-mail, mas que não são lidos, por falta de tempo ou até mesmo de esquecimento. Logo após, constata-se que de fato havia poluição. Neste caso, se o administrador não tinha conhecimento da situação, não pode ser penalmente responsabilizado com base no dolo, no máximo em culpa. De fato, ele deveria ter conhecimento em razão da posição que ocupa, mas o Direito Penal exige o elemento subjetivo do tipo e não permite a responsabilidade objetiva. Assim, é possível falar-se em descumprimento de deveres extrapenais inerentes ao cargo de administrador, como o de diligência, mas não há como assumir um resultado delituoso se não havia conhecimento prévio de sua ocorrência.

Os cenários não se esgotam, dada a dinâmica da atividade empresarial, que possui inúmeros desdobramentos, mas é necessário observar os elementos acima

trabalhados para fundamentar a responsabilidade do administrador por crime omissivo impróprio sob a perspectiva da cegueira deliberada.

4.5 Estrutura horizontalizada: problemática das decisões colegiadas

Enquanto a delegação de tarefas e funções configura a repartição destas em nível vertical, a divisão de funções entre sujeitos hierarquicamente equivalentes caracteriza a repartição em nível horizontal.²⁶⁰

Normalmente, todos os administradores são titulares, em pé de igualdade, de todas as incumbências oriundas das atividades exercidas pela empresa, mas é comum que as diversas funções relativas ao exercício da atividade empresarial sejam distribuídas na forma de departamentos, diretorias, unidades encarregadas de tarefas financeiras, comerciais, jurídicas, ambientais, entre outros, dentro do mesmo nível hierárquico ou do mesmo órgão da empresa²⁶¹.

A distribuição de tarefas de gestão dentro da empresa, dentro de um mesmo grau hierárquico, via de regra tem o condão de aperfeiçoar o resultado do trabalho, porque aloca cada responsabilidade de acordo com a habilidade dos integrantes. Neste ponto, especialmente no âmbito de empresas de sociedade limitada familiares, é comum a figura de mais de um administrador, no qual cada um possui uma função específica dentro da empresa, coordenando sua área de acordo com sua expertise, mas as decisões sobre a gestão e a estratégia da empresa permanecem entre eles, de forma colegiada, nos moldes de um conselho de administração.

A “repartição” dos deveres de garantia é questão controversa. Tratando-se de administradores em sentido estrito, a departamentalização não eliminaria a responsabilidade dos administradores pela empresa como um todo, de modo que remanesceria sempre um dever de intervir em casos de sinais claros de que não se pode confiar no desempenho adequado das funções dos demais administradores do mesmo nível, em contrapartida, há quem defenda que a desoneração dos demais dirigentes só poderá existir onde as atribuições de cada setor forem claramente

²⁶⁰ PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. p. 97.

²⁶¹ ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. p. 161.

estabelecidas e essa distribuição não tenha sido realizada em prejuízo da proteção de bens jurídicos que podem ser afetados pelas atividades do setor²⁶².

A bem da verdade, no âmbito das estruturas horizontalizadas, mais do que nunca se torna necessária a compreensão da atividade empresarial. O grau de autonomia de cada um dos administradores, o limite do poder de intervenção e o princípio da confiança são fatores fundamentais para que se defina se a divisão de tarefas dentro do mesmo nível hierárquico “dividiria” os deveres de garantidor para cada administrador dentro de seu espectro de atuação, ou se todos seriam “solidariamente” garantidores.

O grau de autonomia de atuação de cada administrador e o limite do poder de intervenção dos demais são pontos cruciais para que se possa compreender até que ponto o administrador podia e devia agir, circunstâncias fundamentais para que eventual omissão se torne penalmente relevante.

Lado outro, o princípio da confiança surge da mesma forma que na figura da delegação já estudada, em especial no que tange aos limites que são ultrapassados, o que aciona a atuação do administrador e torna necessária sua atuação, dentro do limite que lhe é possível, para restabelecer ou neutralizar determinado comportamento ou risco.

TURESSI, ao abordar a responsabilidade penal por omissão entre os membros de comissão de licitação, entende que descabe falar em confiança como forma de afastar a imputação do resultado lesivo se não houve, por parte do membro divergente, sua expressa discordância diante do ato praticado. Por exemplo, se o agente público integrante da comissão não se insurgiu no momento apropriado, contra determinada decisão operada fraudulentamente por outro membro da comissão, descabe invocar o postulado da confiança como forma de afastar sua responsabilidade²⁶³.

Mais uma vez, o fluxo de informações é elemento essencial para que se afira a responsabilidade do administrador em omissão. Como destacado, se ele tinha conhecimento de que um dos administradores não estava cumprindo corretamente seu papel, é seu dever intervir ou, se for o caso, registrar sua discordância com os atos praticados. Porém, caso ele opte por nada fazer, ou não tomar correto

²⁶² *Ibidem*. p. 163.

²⁶³ TURESSI, Flávio Eduardo. *A conformação do princípio da confiança no direito penal das licitações: reflexões sobre a responsabilidade penal do gestor público diante dos crimes licitatórios*. p. 15.

conhecimento, ou cria barreiras para que isso não aconteça, a conduta omissiva pode ser punida sob a perspectiva da cegueira deliberada.

CONCLUSÃO

Conforme estudado ao longo do presente trabalho, existem duas modalidades de garantidores, os de proteção e os de vigilância. Os primeiros devem defender um bem jurídico contra todos os perigos que o ameacem, independentemente de uma conduta própria anterior na esfera desse bem. Os segundos, em virtude da responsabilidade por uma fonte de perigo, têm o dever de assegurar que esta fonte se mantenha dentro dos patamares permitidos e, se extrapolados, agir no sentido de evitar o resultado danoso aos bens jurídicos de terceiros expostos ao perigo, o que compreende o dever de segurança, controle, fiscalização e supervisão da fonte de perigo.

O administrador, como garantidor de vigilância, possui o dever de manter a fonte de perigo sob controle e também cuidar do desenrolar regular e ordenado de sua empresa, de modo a impedir que a atividade empresarial acarreta danos jurídicos penalmente relevantes para terceiros, o que é frequentemente associado à ingerência, isto é, a responsabilidade pela própria criação de risco anterior. A correta noção e gestão de risco são estratégicas para o regular exercício da função de garantidor da empresa, o que evidencia que o fluxo de informações trocado entre o administrador e seus subordinados deve ser contínuo e confiável.

Os deveres do administrador enquanto garante de vigilância não envolvem somente os delitos tipicamente empresariais, mas todos aqueles provocados pela empresa e na empresa. Corresponde, também, a condutas praticadas por subordinados (contratados ou não) e também a todas as coisas e objetos que representem risco e estejam diretamente ligados a atividade empresarial. Ambas as hipóteses se fundam em virtude do controle que o administrador exerce, já que é ele quem tem o poder de instruir, dar ordens e organizar o trabalho alheio.

O dever de controle em relação aos subordinados diz respeito à eleição, treinamento, acompanhamento, informação, supervisão e intervenção diante da constatação de que aqueles que manejam o foco de perigo deixam de observar as normas de cuidado a eles impostos, o que lhe impõe o dever de intervenção de modo que tais deveres são mais intensos quanto menor for a autonomia daquele com quem o trabalho é dividido. A legislação extrapenal também impõe ao

administrador o dever de tomar decisões informadas e de fiscalizar prepostos e subordinados.

Ressalta-se que não se espera que o administrador saiba com detalhes toda a extensão da atividade empresarial, porque seria impraticável, mas é certo que tem o dever de controlar a atividade empresarial como fonte de perigo, empregando seus esforços para mantê-la dentro da tênue linha existente entre os riscos permitidos e os riscos proibidos.

Quando o ilícito resultou de um contexto que estivesse fora da linha de alcance e radar do administrador, isto é, a informação não lhe estava disponível, não haveria como exigir do administrador que ele buscasse conhecer ou obter informações da situação, porque seria impraticável antever todas as possibilidades que decorem da atividade empresarial. Ele possui, como já colocado, o dever de se informar do que acontece nas dependências da empresa.

No que tange à cegueira deliberada, teoria que exige a suspeita justificada, com base em indícios, do sujeito sobre a participação de sua conduta ao resultado ilícito, onde não há a representação plena do agente acerca do fato, mas ele deixa de obter essa consciência voluntariamente, porque está a informação disponível ao agente, entende-se que inexistente óbice para sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro com base no dolo eventual.

De fato, se concorda com a afirmativa de que não seria possível equipará-la ao dolo eventual, porque isto configuraria criação de um terceiro elemento subjetivo do tipo, ao lado do dolo e da culpa, mas sem previsão legal, o que seria uma afronta ao princípio da legalidade. Ademais, não se mostra necessária alteração legislativa para que o ordenamento jurídico preveja expressamente a punição com base na cegueira voluntária, porque não existe lacuna entre o dolo e a culpa.

Na verdade, a cegueira deliberada em si não é necessária, pois o dolo eventual já confere resposta suficiente para a problemática. O que se torna possível é a utilização das premissas da cegueira deliberada para a construção do dolo eventual e, em consequência, para a responsabilização penal.

Se o agente, através de seus atos, seja mediante a colocação proposital em situação de desconhecimento ou de qualquer outra forma, assumiu o risco de praticar determinado resultado delituoso, a princípio, pode ser punido a título de dolo eventual. Os elementos necessários para o preenchimento do dolo eventual devem sempre estar presentes, mas não se vê óbice para que a construção do raciocínio

seja feita a partir de premissas e requisitos adotados pela teoria da cegueira deliberada.

No âmbito do administrador, enquanto garantidor, é certo que possui um dever de informação que o diferencia dos parâmetros tradicionais. A posse das informações é ponto extremamente relevante para justificar – ou não – a responsabilização penal do agente garantidor. O administrador, via de regra, possui acesso à informação e também tem o dever de tomar decisões informadas e baseadas nos riscos do negócio. Não se trata de conhecimento que lhe é impossível ou inacessível.

Porém, quando opta por não ter conhecimento aprofundado ou de se blindar de receber informações, é certo que descumpriu deveres administrativos, que são o de diligenciar e o de se informar, os quais isoladamente, não possuem relevância no âmbito criminal, mas que podem servir como parâmetros para construir a responsabilidade penal, sob a modalidade de omissão imprópria e com a perspectiva da cegueira deliberada.

Nesse ponto, para que se possa fundamentar uma acusação, é imprescindível que os órgãos de persecução penal realizem investigação prévia para compreender a realidade fática da empresa, com a identificação, por exemplo: i) da função de fato ocupada pelos envolvidos; ii) da realidade empresarial e de seu modelo de negócio; iii) do método de trabalho adotado na estrutura tanto verticalizada quanto horizontalizada, com a identificação de todos os participantes; iv) nas diretrizes repassada pelo administrador aos funcionários, inserindo, neste ponto, a margem de liberdade de atuação repassada nos casos de delegação, entre outros.

Isso se justifica porque se observa na realidade empresarial a existência de estruturas empresariais verticalizadas, marcadas pela figura da delegação, e de horizontalizadas, onde ocorrem, com frequência, decisões colegiadas.

Assim, o poder de gestão e decisório deixa de ser exclusivo do administrador da empresa e é diluído para outros integrantes da estrutura empresarial, mas tal circunstância, por si só, não é válida para afastar o dever de garantidor.

No que se refere à estrutura verticalizada, o empresário detém a posição de garantidor originário em relação às atividades desenvolvidas pela companhia, mas, com a delegação, transforma sua posição de garante, pois surge uma nova posição de garante, na figura do delegado. A ele ainda permanece a posição de garante

originário, mas não mais cabe a ele o dever de controle direto dos focos de risco, mas a deveres indiretos, como assegurar que o delegado cumpra adequadamente sua função e de intervir caso isso não ocorra.

Na verdade, não existe uma “cartilha” com deveres definidos, muito menos o limite de extensão de cada um deles, porque isto varia de acordo tanto da área de atuação da empresa quanto do modelo de negócio de negócio adotado. Existem administradores que são mais centralizadores, enquanto há outros que delegam mais a subordinados. São variáveis que devem ser levadas em consideração no momento em que se atribui a responsabilidade penal.

Sob outro vértice, apesar da delegação ser figura frequente no meio empresarial, não se admite que sirva de “escudo” para o administrador do negócio terceirizar a responsabilidade para seu subordinado por um ilícito cometido em decorrência das atividades da empresa.

No âmbito desse relacionamento mantido entre os integrantes dessa estrutura, o princípio da confiança surge como uma autorização para que o agente confie no comportamento de terceiros quando, em autêntica divisão de tarefas, desempenha suas funções, realizando condutas interligadas. É uma especificação do risco permitido para a coordenação do trabalho. E é dessa delimitação mútua que surge a confiança. Por este motivo que se discute até que ponto deve haver o poder de ingerência face a confiança no delegado.

A delegação deve ter limites e o administrador deve intervir quando esses limites forem ultrapassados. Situações prévias nas quais o delegado agiu sem a expertise, diligência ou responsabilidade necessária, exigem a atenção e, em casos mais extremos, intervenção do administrador.

Para a caracterização da omissão imprópria na delegação, que pode ser tanto de funções quanto de execuções de tarefas concretas, é necessária a constatação que o administrador, no espectro do poder diretivo e decisório que possui dentro da empresa, poderia ter agido para evitar (preventivamente) ou neutralizar (repressivamente, desde que constatada a tempo) o resultado delitivo oriundo da fonte de perigo (conduta do delegado).

Ademais, se a delegação teve os limites ultrapassados pelo delegado e o administrador, ciente da situação, opta, por conveniência ou qualquer outro motivo que não seja legítimo, mantê-lo na função, numa clara assunção do risco do resultado delituoso, a cegueira deliberada ganha contornos e passa a ser aplicável.

Aqui, mais uma vez, o fluxo de informações é ponto crucial, para averiguar se existe a disponibilidade de informação ao agente, que ou opta por nada fazer a respeito, ou prefere não saber de mais detalhes para evitar ter que tomar uma conduta comissiva, que poderia ter evitado ou neutralizado o resultado delituoso.

Idêntico raciocínio se aplica às estruturas horizontalizadas, caracterizadas por sujeitos hierarquicamente equivalentes.

O grau de autonomia de cada um dos administradores, o limite do poder de intervenção e o princípio da confiança são fatores fundamentais para que se defina se a divisão de tarefas dentro do mesmo nível hierárquico “dividiria” os deveres de garantidor para cada administrador dentro de seu espectro de atuação, ou se todos seriam “solidariamente” garantidores.

O grau de autonomia de atuação de cada administrador e o limite do poder de intervenção dos demais são pontos cruciais para que se possa compreender até que ponto o administrador podia e devia agir. Lado outro, o princípio da confiança surge da mesma forma que na figura da delegação já estudada, em especial no que tange aos limites que são ultrapassados, o que aciona a atuação do administrador e torna necessária sua atuação, dentro do limite que lhe é possível, para restabelecer ou neutralizar determinado comportamento ou risco.

Mais uma vez, o fluxo de informações é elemento essencial para que se afira a responsabilidade do administrador em omissão. Como destacado, se ele tinha conhecimento de que um dos administradores não estava cumprindo corretamente seu papel, é seu dever intervir ou, se for o caso, registrar sua discordância com os atos praticados. Porém, caso ele opte por nada fazer, ou não tomar correto conhecimento, ou cria barreiras para que isso não aconteça, a conduta omissiva pode ser punida sob a perspectiva da cegueira deliberada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato*. São Paulo : Saraiva, 2014. p.
- AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. Filadelfia: American Law Institute. 1962.
- ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho; DE SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal econômico [livro eletrônico]: Leis Penais Especiais*. Vol. 1. Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*.
- BARRILARI, Cláudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance* [livro eletrônico] São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018.
- BECK, Francis. *A doutrina da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro*. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, n. 41, abr/jun, 2011.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo, ALTOÉ, Marcelo Martins. Investigações empresariais internas e proteção de dados: uma análise da constitucionalidade das restrições impostas pelo artigo 4º, §§ 2º e 4º, da Lei 13.709/2018 (LGPD).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. vol.1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações trazida pela Lei 12.683/2012*. 3. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 198.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Da omissão imprópria por ingerência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 171/2020 | p. 131 - 151 | Set / 2020 | DTR\2020\11586.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 65.824/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Brasília, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016.
- BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 0905807-23.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 11-10-2018. Disponível em

http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAPmP6AAQ&categoria=acordao_5. Acessado em 25/09/2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Segunda Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 0003417-25.2015.8.16.0030. Foz do Iguaçu. Rel.: Desembargador Laertes Ferreira Gomes. J. 13.09.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 527.398/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 13/04/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 119.348/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Brasília, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 548181, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, Brasília, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213 divulgado 29/10/2014, publicado 30/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 341. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal 0000173-67.2013.8.26.0584; Relator (a): Lauro Mens de Mello; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 1ª Vara; Data do Julgamento: 17/03/2020; Data de Registro: 17/03/2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. ROT - 0000958-15.2017.5.12.0039 , WANDERLEY GODOY JUNIOR , 1ª Câmara , Data de Assinatura: 29/06/2020).

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 2ª Turma. ACR nº 5520-CE Ementa [...] Relator Rogério Fialho Moreira. Recife, PE, 09.set.08. DJU de 22.10.08.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral: volume 1*. 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

CALLEGARI, André Luis. *Teoria geral do delito e da imputação objetiva*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. Capítulo 4. Classificação das infrações penais.

CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazzetti. *A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência de valores*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 133/2017 | p. 17 - 35 | Jul / 2017 DTR\2017\1841.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Isabela Tarquinino Rocha. *O tipo subjetivo do injusto econômico: breve ensaio sobre o equívoco da integração hermenêutica do dolo eventual a partir da*

teoria do domínio do fato e da cegueira deliberada. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 141/2018 | p. 61 - 91 | Mar / 2018 DTR\2018\8693.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. *Responsabilidade penal do administrador por omissão imprópria nas estruturas empresariais*. In Congresso Internacional de Ciências Criminais (9. : 2018 : Porto Alegre, RS). Anais [recurso eletrônico] : sistema penal e violência / organizadores Aury Lopes Jr ... [et al.]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018.

CARVALHO, André Castro; PANOCHIA, Patrícia; CAPP, Ricardo T. *Gestão de Risco e Compliance*. São Paulo : Editora Senac, 2020. p. 10.

CARVALHO, Cláudia da Costa Bonard de. *O crime de apropriação indébita digital e a conservação ilícita de dados, de acordo com as normas da LGPD*. Revista de Direito e as Novas Tecnologias | vol. 6/2020 | p. 127 - 139 | Jan - Mar / 2020 | DTR\2020\361. p. 1.

CHARLOW, Robin. *Willful ignorance and criminal culpability*. Texas Law Review, vol. 70, n. 06, pp. 1.351/1429, 1992.

COSTA, Danilo Miranda. *Criminalidade de empresa - sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresária*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 114/2015. p. 243 – 276. Maio - Jun / 2015. DTR\2015\9151.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. Revista dos Tribunais – Doutrinas Essenciais Direito Penal Econômico e da Empresa. Organizadores Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti. Ano 1, Vol. VI, Julho 2011. Capítulo 1.

DA SILVA, Fernanda Miquelussi. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 201. Capítulo IV. O direito penal e as posições de garante: tragédia do Rio doce.

DAL BELO, Felipe. *Ciência dos dados e analytics como recurso estratégico para prevenção de riscos corporativos*. p. 178. in Compliance : essência e efetividade / organizador: Claudio Lamachia, Carolina Petrarca ; coordenador: Izabela Frota Melo, Roberta Codignoto. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro eletrônico] .

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloísa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FARIA COSTA, José de. *Omissão (reflexões em redor da omissão imprópria)*. Boletim da Faculdade de Direito. v. LXXII, 1996.

FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. *O seguro D&O e a proteção do patrimônio dos administradores*. 2. ed., São Paulo/SP : Almedina, 2015 (Coleção Insper).

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo apud ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O princípio da confiança no direito penal*. Rio de Janeiro: Limen Juris, 2006.

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

GALVÃO, Robson; LAUFER, Christian. *A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro*. Artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Disponível em: <http://www.ibdpe.com.br/index.php?modulo=4&acao=detalhe&cod=1049>. > Acesso em: 26 Mai 2020.

GOMES, Luiz Flavio. *Direito penal: parte geral*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 428, entre outros.

GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramón Ragués*. Revista Discusiones XIII, no 13, p. 67-77, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 19 ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2017

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: Volume I*. 10.ed. Niterói: Impetus, 2008.

GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. *Compliance e direito penal*. São Paulo/SP : Atlas, 2015. Capítulo 4. Princípio da confiança no direito penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades.

IIA - THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (org.). *Declaração de posicionamento do IIA: as três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles*. São Paulo: Instituto dos Auditores Internos do Brasil, 2013. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/41842>. > Acesso em: 31 Ago 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia*, São Paulo, SP: IBGC, 2017. (Série Cadernos de Governança Corporativa, 19).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia de Orientação Jurídica de Conselheiros de Administração e Diretores*. São Paulo, SP: IBGC, 2012. (Série Cadernos de Governança Corporativa, 11).

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. da 2ª edição alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LEITE, Alaor. *Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 112/2015 | p. 33 - 39 | Jan - Fev / 2015. DTR\2015\1986.

LEITE, Alaor. *Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 112/2015 | p. 61 - 76 | Jan - Fev / 2015. Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 2/2019 | Jan / 2019. DTR\2015\1989.

LOPES, Fábio Motta. *Aspectos polêmicos dos crimes omissivos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 75/2008 | p. 9 - 38 | Nov - Dez / 2008 DTR\2008\662.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada cegueira deliberada*. Tese para obtenção de Doutorado em Direito – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Acertando por acaso: uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da Ministra Rosa Weber na APN 170*. Jornal de Ciências Criminais. Vol. 1, n. 1, p. 93-106. jul. – dez.2018. São Paulo/SP.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. 1. ed., São Paulo : Editora Marcial Pons, 2018.

MAMEDE, Gladston. *Direito Societário – Sociedades Simples e Empresárias* [livro eletrônico] 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

MANSDORFER, Marco. *Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo*. Barcelona. InDret, 2, 2007, p. 8. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf. > Acesso em: 10 Set. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>. > Acesso em 29 Abr 2020.

MOURA, Evânio. *Culpabilidade, pessoa jurídica criminosa e delitos empresariais*. Revista dos Tribunais, vol. 987/2018, p. 217 – 240, Jan/2018. DTR\2017\7132.

NAKAHARA, Eric Felipe Sabadini. *A responsabilidade penal do conselho de administração diante dos deveres de compliance no pós Lava-Jato*. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance | vol. 1/2020 | p. 13 - 30 | Jan - Mar / 2020 | DTR\2020\3880. P. 5.

PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

PLANAS, Ricardo Robles. *El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal*. In SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria; FERNANDEZ, Raquel Montner (org). *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

PRADO, Luiz Régis. *Algumas notas sobre a omissão punível*. Revista dos Tribunais. Vol. 872/2008. p. 433 – 455. Jun / 2008 Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa | vol. 1 | p. 195 - 225 | Jul / 2011. DTR\2008\760.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1 [livro eletrônico] 6.ed. em e-book baseada na 16.ed impressa. ISBN 978-85-5321-032-9. III. Ação e omissão.

PRADO, Luiz Régis; GOMES, Luís Roberto. *Cegueira voluntária: uma engenhoca estranha e perigosa*. Revista dos Tribunais | vol. 1007/2019 | p. 227 - 256 | Set / 2019. DTR\2019\35661.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramoni. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada em Derecho Penal*. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, 2013.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. *Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 143/2018 | p. 45 - 86 | Maio / 2018 DTR\2018\12743.

ROBBINS, Ira P. *The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea*. The Journal of Criminal Law Criminology. Northwestern University School of Law, USA, v. 81, Summer 1990, p. 191- 234, tradução livre.

SCHUNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: custiones dogmáticas y de política criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2004.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2013.

SILVA, Fernanda Miquelussi da. *Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Coordenação Fábio André Guaragni, Marion Bach ; organização Fernando Martins Maria Sobrinho. – Londrina, PR: Thoth, 201. Capítulo IV. O direito penal e as posições de garante: tragédia do Rio doce.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Lavagem de Capitais e alterações decorrentes da Lei nº 12.683/2012 (parte 02)*. São Paulo, 2013. JusBrasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42926/analise-critica-dos-delitos-de-lavagem-de-capitais-em-face-da-lei-n-12-683-2012>.

SILVA; Jesus Maria Sanchez. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006. pag. 465.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava-Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 122, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo : Saraiva, 2015.

SPANGENBERG BOLÍVAR, Mario. *La ignorância responsable em Atistóteles. Una solución al atolladero dogmático penal em los casos de ignorancia deliberada*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, vol. 11, p. 59-76, 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: Versão sem cortes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 15/1996 | p. 125 - 157 | Jul - Set / 1996 Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa | vol. 1 | p. 141 - 184 | Jul / 2011 DTR\1996\255.

TURESSI, Flávio Eduardo. *A conformação do princípio da confiança no direito penal das licitações: reflexões sobre a responsabilidade penal do gestor público diante dos crimes licitatórios*. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC. 9 ed. 2018.

VALLÈS, Ramon Ragués I. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada em Derecho penal*. Universitat Pompeu Fabra – Barcelona. ISSN 1515-7326, no 13, 2, 2013.

VENTURINI, Otavio; CARVALHO, André Castro; MORELAND Allen. Aspectos gerais do U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). In CARVALHO, André Castro Carvalho et al. (Coord.). *Manual de Compliance*. São Paulo : Editora Forense, 2018.

YAKOBS, Gunther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luis Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro eletrônico].

ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral: Volume I*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.