

José Ourismar Barros de Oliveira

CRIMINALIDADE DE EMPRESA

Análise da situação penal dos superiores empresariais pelo cumprimento de suas ordens e pela omissão do dever de vigilância.

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2015

José Ourismar Barros de Oliveira

CRIMINALIDADE DE EMPRESA

Análise da situação penal dos superiores empresariais pelo cumprimento de suas ordens e pela omissão do dever de vigilância.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt.

Área do conhecimento: Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça.

Linha de pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Projeto coletivo: Limites ao poder punitivo no Estado Democrático de Direito.

Área de estudo: Direito Penal contemporâneo.

Belo Horizonte

Faculdade de Direito da UFMG

2015

Oliveira, José Ourismar Barros de

O48c Criminalidade de empresa: análise da situação penal dos superiores empresariais pelo cumprimento de suas ordens e pela omissão do dever de vigilância. - 2015.

Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses 2. Direito penal econômico 3. Concurso de pessoas (Direito penal) I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 343.53

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – UFMG
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Dissertação intitulada: “CRIMINALIDADE DE EMPRESA: Análise da situação penal dos superiores empresariais pelo cumprimento de suas ordens e pela omissão do dever de vigilância.”, de autoria do mestrando José Ourismar Barros de Oliveira, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores(as):

Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt

Professora Doutora Sheila Jorge Selim de Sales

Profª. Dra. Maria Fernanda Salcedo Repolês

Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG

Às paixões, com afeto...

Ao meu pai e à minha irmã.

*No começo, a passagem do tempo
era esperança do reencontro.
Hoje sinto que isso não é necessário.
Tempo e espaço são pontos inventados.*

Para minha mãe (*in memoriam*)

*Minas é um lugar
Em bordas de montanha
Onde o tempo é pano
E a alma é linha.*

Marcelo Benini

*Eu sou da América do Sul
Eu sei, vocês não vão saber
Mas agora sou cowboy
Sou do ouro, eu sou vocês
Sou do mundo, sou Minas Gerais*

Fernando Brant, Márcio Borges e Lô Borges

*Quem é mestre na arte de
viver distingue pouco entre o
trabalho e o seu tempo livre, entre a
sua mente e o seu corpo,
a sua educação e a sua recreação.
Persegue simplesmente a sua visão de excelência
em qualquer coisa que faça, deixando
aos outros decidir se está trabalhando
ou se divertindo.*

Aos mestres, com carinho...

Todo penso é torto.
Ariano Suassuna

*Tô estudando
prá saber ignorar.*
Tom Zé

*Gente é pra brilhar,
Não para morrer de fome.*
Caetano Veloso

*O que me surpreende, em nossa sociedade,
é que a Arte se relaciona apenas com objetos e não com indivíduos ou a vida;
e que também seja um domínio especializado, um domínio de peritos, que são os artistas.
Mas a vida de todo indivíduo não poderia ser uma obra de arte?*
Michel Foucault

Violentaria a realidade imaginar que o Direito Penal não tem função política
Eugenio Raúl Zaffaroni

*O planeta jaz
e a trombeta do Satanás,
Usain Bolt,
se não correr fica pra trás*
Criolo

RESUMO

Trata-se de pesquisa sobre a situação penal dos superiores empresariais pela prática de injustos penais por seus subordinados. Para a sistematização da análise, o objeto de investigação foi subdividido em três hipóteses fáticas: (a) casos em que o superior empresarial dá uma ordem para que seu subordinado pratique determinada conduta criminosa em benefício da empresa; (b) casos em que o superior empresarial omite-se diante da prática de crimes por seus subordinados, ocasionando infração ao seu dever de vigilância em razão das fontes produtoras de perigo; (c) os casos de delitos especiais, em que as condições especiais exigidas no tipo penal recaem sobre pessoa diversa da que executou a conduta. A investigação confirmou a hipótese, determinando que em todos os casos seja necessária a existência de domínio e norma de extensão para a afirmação da autoria do superior empresarial. Para o caso de conduta comissiva aplicam-se as noções de domínio do fato, desenvolvidas por Claus Roxin. Já com relação aos crimes comissivos e especiais, deve-se aplicar o conteúdo do domínio sobre o fundamento do resultado, tese desenvolvida por Bernd Schünemann, que pretende afastar o Direito Penal dos conceitos puramente normativos com base nas regras do Direito Privado.

Palavras chaves: Autoria e participação. Crimes de empresa. Omissão imprópria. Domínio do fato. Domínio sobre o fundamento do resultado. Delitos especiais.

RESUMEN

La investigación trata sobre la situación penal de los directores de las empresas en relación a la práctica de delitos realizados por sus subordinados. Con el objetivo de sistematizar el análisis, el objeto de investigación fue dividido en tres supuestos fácticos: (a) cuando el superior de la empresa ordena a su subordinado la práctica de cierta conducta criminosa en beneficio de la sociedad; (b) cuando el superior se omite en relación a la comisión de delitos por sus subordinados lo cual representa una fuente de peligro, debido a la falta de cumplimiento de su deber de vigilancia; (c) cuando existen delitos especiales, en que las condiciones especiales que se requieren en el tipo penal caen en diferente persona de la que realizó la conducta. El resultado de la investigación confirma la hipótesis, determinando que en todos los casos debe existir el dominio y la norma de extensión para la declaración de autoría del director de la empresa. Para los casos de conducta comisiva se aplican los conceptos del dominio de hecho, desarrollados por Claus Roxin. En relación a los crímenes de omisión y los delitos especiales, debe aplicarse la teoría de dominio sobre el fundamento del resultado, tesis desarrollada por Bernd Schünemann, que pretende alejar el Derecho Penal de los conceptos puramente normativos basados en las normas del Derecho Privado.

Palabras clave: Autoría y participación. Crímenes de empresa. Omisión impropia. Dominio de hecho. Dominio sobre la base del resultado. Delitos especiales.

Lista de abreviaturas e siglas

Art. – Artigo.

Arts. – Artigos.

BGHSt – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (Decisões do Tribunal Federal em matéria penal)

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional alemão)

CC – Código Civil.

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CMN – Conselho Monetário Nacional.

CPB – Código Penal brasileiro.

CSJN – Suprema de Justiça da Nação Argentina.

CTB – Código de Trânsito Brasileiro.

CVM – Comissão de Valores Mobiliários.

DDR – *Deutsche Demokratische Republik* (República Democrática Alemã – RDA).

ETPI – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

LSA – Leis das Sociedades Anônimas.

p. ex. – por exemplo.

p. ún. – parágrafo único.

StGB – *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemão).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.	11
CAPÍTULO 1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS DE DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO PENAL ECONÔMICO.	15
1.1. Empresa, empresário e sociedade empresária.	15
1.1.1. Tipos societários.....	17
1.1.2. Instrumentos de constituição das sociedades empresárias: contrato e estatuto sociais.....	18
1.1.3. Administrador.....	21
1.1.3.1. Prepostos.	25
1.1.4. Conselho fiscal.	30
1.1.5. Assembleia.	32
1.1.6. Órgãos técnicos.	36
1.1.7. Conclusões.	36
1.2. Direito Penal econômico e Direito Penal empresarial.	37
CAPÍTULO 2. DO CONCURSO DE PESSOAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.	44
2.1. Disciplina legal.	46
2.2. Critérios de definição da autoria.	49
2.2.1 Critério formal-objetivo.	50
2.2.2. Critério material-objetivo.....	52
2.2.3 Critério subjetivo.....	53
2.2.4. Teoria do domínio final do fato.....	54
2.3. Posição sistemática do concurso de pessoas: autoria como realização pessoal de ilícito típico.....	56
CAPÍTULO 3. ANÁLISE DA SITUAÇÃO PENAL DO SUPERIOR EMPRESARIAL PELO CUMPRIMENTO DE SUAS ORDENS.	59

3.1. Coautoria.....	59
3.2. Autoria mediata.....	65
3.3. Participação.....	76
3.4. Punição do superior empresarial com pena de autor.....	84
CAPÍTULO 4. ANÁLISE DA SITUAÇÃO PENAL DO SUPERIOR EMPRESARIAL PELA OMISSÃO DO DEVER DE VIGILÂNCIA.	89
4.1. Caracterização da conduta omissiva e do tipo omissivo.....	90
4.2. Poder atuar.	94
4.3. Causalidade e Resultado.	96
4.4. Os delitos de omissão imprópria como técnica adequada.....	100
4.5. Posição de garante (dever).	103
4.5.1. Critérios formais à posição de garantidor: art. 13, § 2º, CPB.	105
4.5.2. Critérios materiais de garante nos crimes de empresa.	112
4.6. Posições doutrinárias: autoria, coautoria e participação.	118
4.7. O superior empresarial como autor de injusto próprio.	122
CAPÍTULO 5. ANÁLISE DA SITUAÇÃO PENAL DO SUPERIOR EMPRESARIAL NOS CASOS DOS DELITOS ESPECIAIS.	126
5.1. As qualidades especiais recaem sobre outra pessoa física da sociedade empresarial..	127
5.2. As qualidades especiais recaem sobre a sociedade empresária.	128
5.3. Hipóteses na legislação brasileira (dever formal).	133
5.3. Conteúdo, fundamento e limites dogmáticos do “atuar em nome de outrem”.	139
CONCLUSÃO.....	144
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	150

INTRODUÇÃO.

A estrutura empresarial está configurada, no plano horizontal, pela divisão do trabalho e, no plano vertical, pelo princípio da hierarquia, conformando uma cadeia de atribuições diferenciadas, que abarcam atuações de sujeitos de diferentes níveis.

Por outro lado, a técnica legislativa para a construção de tipos penais, por meio de descrições de ações concretas, faz com que os crimes típicos de empresa sejam realizados diretamente pelas escalas inferiores da estrutura organizada, onde estão os níveis de execução da atividade empresarial.

Ocorre que, por vezes, estas pessoas não estão no centro decisório do acontecer delitivo. São, sim, cargos de execução caracterizados pelo déficit informacional do plano global da sociedade empresária, que atuam mediante procedimentos pré-estabelecidos e automatizados.

Ademais, sói ocorrer que a decisão pela prática de uma conduta criminosa dê-se nos altos escalões da sociedade, nos órgãos típicos de gestão e tomada de decisões para o exercício da atividade empresarial.

Em razão dessa configuração, pode ocorrer de o executor direto de injusto – o subordinado de último nível – não ter conhecimento que seus atos fazem parte de um conjunto maior estrategicamente planejado com finalidade criminosa, pois não detém a posse de informações relevantes nem a capacidade de decisão, que recaem sobre sujeitos distintos do interior do grupo estruturalmente organizado.

Daí ser certa a observação feita por Bernd Schünemann e que corresponde à técnica legal de construção dos tipos penais que discrimina condutas de atividade própria dos baixos escalões das empresas.¹

Toda essa forma de realização da empresa pode gerar uma verdadeira “irresponsabilidade organizada” dos sujeitos que ocupam o centro decisório para a prática de crimes, seja em razão de uma incapacidade de se produzir provas dessas decisões, seja em razão da incapacidade técnica-jurídica de verificar a relevância penal destas condutas.

Por outro lado, verifica-se na prática a possibilidade de os superiores empresariais emitirem ordens para que seus subordinados pratiquem crimes em benefício da empresa. Os subordinados, por sua vez, podem ter ou não conhecimento da ilicitude da ordem, fazendo com que haja diversas repercussões dogmáticas de alta indagação, por exemplo, em saber se se trata de autoria, coautoria, autoria mediata, participação etc.

¹ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 533.

Disso tudo é possível verificar que o problema surge da constatação de que a figura central de decisão não coincide com o personagem principal de execução do delito. Os superiores decidem, enquanto que os subordinados executam.

Ademais, o avanço tecnológico e a existência de nichos de funções altamente especializados em práticas que se materializam apenas pelo mundo virtual da informática fazem com que a prática delitiva seja suavizada diante da capacidade sensorial humana. São crimes que se materializam numa larga escala de tempo e espaço, contando com inúmeros aportes por diversas pessoas da estrutura empresarial.

Isso faz com que a pretensão de atribuir responsabilidades a sujeitos de cúpula das sociedades empresárias exija a construção de novas categorias ou o detalhamento das categorias já existentes no interior da dogmática penal.

Enfim, o refinamento dos institutos da teoria do delito torna-se inadiável, sob pena de o Direito Penal perpetuar-se como – parafraseando Solón – teias de aranha que são apenas capazes de apanhar pequenos insetos, sendo rasgadas pelos grandes.

Contudo, o afã de responsabilizar os altos escalões de poder tem levado a decisões judiciais incompatíveis com a dogmática penal brasileira. Tais decisões, por vezes, tentam contornar as dificuldades técnicas e processuais por meio de arremedos jurídicos sem substância científica, contaminadas por sentimento de justiça descontínuo e episódico, valendo-se de signos linguístico-retóricos – por exemplo as expressões: “domínio do fato” ou “domínio da organização” – para legitimar esses sentimentos pessoais de justiça em determinados casos de repercussão.

Essa situação é lembrada por Luís Greco na apresentação de obra coletiva sobre o tema, recentemente lançada no Brasil, em que um dos artigos da obra visa exatamente:

[...] examina[r] – e refuta[r] – aquele que talvez seja o motivo do recente interesse pela ideia de domínio do fato: a esperança de que, com base nela, seria finalmente possível responsabilizar pessoas que ocupam posições de comando, que, supostamente, permaneciam impunes segundo a leitura tradicional de nosso art. 29 do CP.²

Notável é também a manifestação do Ministro durante o julgamento da Ação Penal 470 (“mensalão”) pelo Supremo Tribunal Federal:

O que me preocupa, Senhor Presidente, eminente Decano, é exatamente a banalização dessa teoria. Como é que os quatorze mil juízes brasileiros vão aplicar essa teoria, se esta Suprema Corte não fixar parâmetros bem precisos? É um pouco como disse Pedro Aleixo naquele episódio famoso, quando Costa e Silva baixou o Ato Institucional 5. Ele disse: eu não estou preocupado com o uso que Vossa Excelên-

² Apresentação de autoria de Luís Greco para a obra: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

cia fará dele com suas horadas mãos, mas estou preocupado com o guarda da es-
quina. É isto que nós precisamos assentar com muita clareza: quando é que essa te-
oria pode e deve ser utilizada?

Tendo estas situações como pressuposto, para o empreendimento de uma resposta coe-
rente, foi importante determinar o objeto da pesquisa restrito ao tema da autoria e participação
na relação entre os superiores e os seus subordinados na empresa, estabelecendo como pre-
missa a condição de executor direto pelo subordinado.

Assim, a partir da observação de como ordinariamente se manifestam os injustos pe-
nais na empresa e suas tensões na teoria do delito, a investigação abriu-se em três frentes.

Primeiro para analisar os casos em que o superior empresarial emite uma ordem para
que um subordinado seu realize crime em benefício da empresa. Segundo para analisar a situ-
ação penal superior empresarial em razão do seu dever de vigilância sobre os procedimentos e
subordinados. E, por fim, para analisar a situação do superior empresarial nos casos de delitos
especiais, que ganha relevância ao considerar a complexidade organizacional da empresa
permitindo que a pessoa que executa ação típica não coincida com a pessoa que possui as qua-
lidades especiais exigidas pelo tipo. Desse modo, nas duas primeiras hipóteses tratar-se-ão
exclusivamente de crimes comuns (não especiais).

Antes, porém, foi necessário para o sucesso da pesquisa, estabelecer logo no primeiro
capítulo os conceitos básicos para o desenvolvimento e a exposição do trabalho.

Assim, no capítulo 01 do trabalho foram estudadas as relações intraempresariais com a
finalidade de determinar, a partir do Direito positivo brasileiro, aquelas funções que podem
ser consideradas como superiores da empresa. Além disso, foram estudadas as regras básicas
do Direito Empresarial, no que diz respeito à formação das sociedades empresariais.

Ademais, fixou-se os conceitos, funções e limites dos denominados Direito Penal eco-
nômico e Direito Penal empresarial.

No capítulo seguinte, passou-se para os estudos do instituto do concurso de pessoas, a
partir do Direito Penal brasileiro. O objetivo foi investigar o regime jurídico deste instituto, de
acordo com a legislação vigente, e suas repercussões práticas e dogmáticas.

Já no terceiro capítulo foi analisada, especificamente, a situação penal do superior em-
presarial nos casos em que ele emite uma ordem para que o seu subordinado pratique delito
em benefício da sociedade empresária.

Firmou-se o entendimento de que se trata de participação por indução do superior em-
presarial, afastando-se, assim, da autoria mediata e das teorias que consideram haver coautoria
entre o superior e o subordinado.

Este capítulo possui um ponto de extrema importância para a Direito Penal econômico na atualidade, que é a (in)aplicabilidade da teoria do domínio da organização aos crimes de empresa.

Ademais, foram estudadas as repercussões em considerar partícipe o superior empresarial nestas hipóteses.

No capítulo 04, por sua vez, foi estudada a situação penal do superior empresarial nos casos de omissão em razão do seu dever de vigilância.

No capítulo 05 o objetivo foi investigar a situação penal do superior empresarial nos casos de delitos especiais, cujas qualidades exigidas no tipo pertencem à pessoa diversa daquela que praticou a execução do crime.

A pesquisa no capítulo 05 não perdeu de vista a necessidade de norma de extensão para afirmar a autoria do superior empresarial nos casos em que as qualidades especiais pertencem à pessoa jurídica.

Contudo, diante de diversas normas existentes na legislação especial, cujo conteúdo visa a responsabilização dos administradores, diretores, gerentes etc. pelos crimes cometidos no marco de determinada lei em especial, foi estudada cada uma destas normas, com o intuito de estabelecer os limites do atuar em nome de outrem no Brasil. Sem se deixar de lado, contudo, a necessidade de domínio do fundamento do resultado como conteúdo material das referidas normas.

Colacionando, aqui, as palavras de Schünemann, é possível afirmar que responsabilidade penal pelo atuar em nome de outrem constitui, junto com a denominada responsabilidade do superior da empresa – isto é, a responsabilidade dos membros superiores da empresa pelo comportamento dos empregados – o capítulo mais importante da teoria e da prática do Direito Penal econômico e do Direito Penal empresarial.

Tudo isso indica a complexidade do tema e a necessidade de seu enfrentamento sério e comprometido para a evolução da dogmática nacional, notadamente no que diz respeito aos crimes de empresa.

Imbuídas nesse espírito é que as páginas seguintes se desenvolvem.

CAPÍTULO 1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS DE DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO PENAL ECONÔMICO.

Neste capítulo pretende-se, inicialmente, investigar o regime das relações intraempresariais a partir das *normas extrapenais*; mais precisamente: normas de Direito Empresarial que estabelecem as *posições de poder* dentro da estrutura empresarial.³

Em seguida, serão analisados os conceitos de Direito Penal Econômico e Direito Penal Empresarial.

1.1. Empresa, empresário e sociedade empresária.

Segundo Eros Grau, *empresa* é a “*expressão dos bens de produção em dinamismo, em torno da qual se instala o relacionamento capital x trabalho e a partir da qual se desenrolam os processos econômicos privados.*”⁴ Ou seja, *empresa* é atividade, é um ente abstrato, um conjunto de atos praticados por agentes econômicos demarcados pela relação capital x trabalho.

O CC vigente não fornece um conceito de *empresa*, conceitua apenas o *empresário individual* e a *sociedade empresária*. *Sociedade empresária* é aquela que surge da celebração de um contrato de sociedade entre pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 981, CC).

Assim, somente será *empresário* (individual ou societário) aquele que reunir os elementos caracterizadores do art. 966: (a) profissionalismo; (b) exercício de atividade econômica; (c) organização; e (d) produção ou circulação de bens ou serviços.⁵ Contudo, há casos em que ser *empresário* decorre de manifestação expressa da lei, conforme arts. 966 e 982 do CC: (i) aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística quando constituir elemento de empresa (art. 966, p. ún.); (ii) as sociedades por ações (art. 982, p. ún.); além daqueles que (iii) exercem atividade rural e optem pelo registro empresarial (art. 971).

Dessa forma, é possível dizer que há, por um lado, um conceito legal de *empresário* e, por outro, determinações legais de quem deve ser considerado *empresário*. Isso surge porque

³ Nesse sentido, Carlos Pérez del Valle que afirma: “*La criminalidad económica constituye un fenómeno complejo que requiere también el conocimiento de aspectos que no son jurídico-penales en sentido estricto.*” (Introducción..., p 19)

⁴ GRAU. *A Ordem...*, p. 175.

⁵ SANTA CRUZ RAMOS. *Curso...*, p. 59.

ser empresário no Brasil é, em regra, uma situação de fato. *Empresário* (individual ou societário) é aquele que reúne os fatores de produção estabelecidos no art. 966. *Empresa* é, portanto, *atividade*, um ente abstrato. Desta forma, *empresário* é aquele que exerce *empresa*: ou seja, *empresa* não é sujeito de direitos. O sujeito de direitos é o titular da empresa: a pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária).⁶

Em última análise, *empresário* é a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto uma *física*, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como uma *jurídica*, nascida da união de esforços de seus integrantes: os sócios.⁷

A nota caracterizadora da criação de uma pessoa – com personalidade jurídica própria diversa das pessoas dos sócios⁸ – é a separação patrimonial que surge daí, tendo em vista o princípio geral do Direito, segundo o qual, o patrimônio do devedor é a garantia da adimplência de suas obrigações para com os seus credores;⁹ ou seja, o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o patrimônio dos sócios que a compõem.¹⁰ Daí concluir que o *sócio* não se confunde com a *sociedade empresária*. A *sociedade empresária* é ente com personalidade jurídica própria, com autonomia patrimonial. A *sociedade* é pessoa empresária, o sócio não o é.¹¹

Por fim, destaca-se que a importância de estudar apenas as *sociedades empresárias*, pois são nelas em que há maior fragmentação do exercício da atividade caracterizada por relações complexas de hierarquia e divisão de trabalho.¹²

⁶ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 1), par. 9.5.

⁷ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 1), par. 9.4.

⁸ Nesse sentido: “*Quem participa da relação é a pessoa jurídica da sociedade, como credora ou devedora, e, apenas em situações excepcionais, tratadas em normas específicas (como, p. ex., no caso de responsabilização tributária do administrador da sociedade limitada), estendem-se os efeitos da mesma relação à esfera subjetiva de quem agiu pela sociedade empresária. A regra geral, decorrente da personalização da sociedade, é a de que tais efeitos são restritos à pessoa jurídica ocupante de um dos polos da relação obrigacional.*” (ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 7.41)

⁹ Nesse sentido: “*Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade.*” (ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 7.45)

¹⁰ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 7.39.

¹¹ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 1), par. 9.5.

¹² São profícuas as palavras de Gladston Mamede: “*Com efeito, ao longo da história econômica da humanidade, aprendemos a reconhecer determinadas pessoas (seres humanos) como agentes econômicos. Não se reconheciam, como entes autônomos, as organizações, exceto quando entidades de representação, como as corporações de ofício e outras associações similares. O agente econômico, ressalvadas algumas exceções, sempre foi identificado na sociedade: e o fazendeiro tal, o comerciante tal, o industrial tal. Ao longo dos séculos XIX e XX, no entanto, esta identidade rompeu-se: a sociedade passou a referir-se as empresas e não a seus titulares; pode-se até saber quem é o administrador ou, como preferem outros, o CEO (chief executive officer), mas dificilmente sabe-se quem é ou quem são os sócios controladores. Fala-se da empresa como se fosse, ela, uma pessoa, um ente que tem existência no meio social, que contrata e demite, que elege ou derruba governos, que aumenta ou reduz preços.*” (*Direito...* [vol. 1], p. 31)

Fixadas essas lições iniciais, faz-se necessário passar em revista pelos tipos societários.

1.1.1. Tipos societários.

Viu-se até agora as diferenciações entre *empresário individual* (empresário pessoa física) e *sociedade empresária* (empresário pessoa jurídica). Ocorre que, quando se juntam duas ou mais pessoas para criarem uma sociedade empresária, essas podem escolher, dentre as possibilidades, o *tipo societário* com o qual se configurará a sociedade, conforme estabelece o art. 983 do CC.¹³ Os tipos societários são: (a) sociedade em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044); (b) sociedade em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051); (c) sociedade limitada (arts. 1.052 a 1.087); (d) sociedade anônima (arts. 1.088 a 1.089 c/c a Lei nº 6.404/76); (e) sociedade em comandita por ações (arts. 1.090 a 1.092).¹⁴

A diferença essencial entre esses tipos societários – expressamente previstos em lei – é a forma de responsabilidade dos sócios em relação aos negócios/atos jurídicos praticados pela sociedade, ou melhor: entre o patrimônio que serve de garantia aos atos praticados pela sociedade e o patrimônio individual dos sócios, que poderá ser atingido ou não pelos atos da sociedade empresária.

Para determinar essa relação patrimonial entre os sócios e a sociedade, a lei criou os sistemas de *responsabilidade limitada* e de *responsabilidade ilimitada*, de modo que as sociedades podem ser de *responsabilidade ilimitada* (p. ex., sociedade em nome coletivo), de *responsabilidade limitada* (p. ex., sociedade anônima e a sociedade limitada) ou mistas (p. ex., a sociedade em comandita simples e a sociedade em comandita por ações).¹⁵

Assim, um sócio ter *responsabilidade limitada* com relação ao seu patrimônio e aos atos praticados pela sociedade significa que “[...] *todos os sócios respondem limitadamente pelas obrigações sociais, ou seja, seu patrimônio pessoal, em princípio, não pode ser executado para a satisfação de débitos sociais.*”¹⁶ Enquanto que nas sociedades de responsabilidade ilimitada, por outro lado, os sócios respondem ilimitadamente, ou seja, “*esgotado o patri-*

¹³ “Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.”

¹⁴ SANTA CRUZ RAMOS. *Curso...*, p. 311.

¹⁵ SANTA CRUZ RAMOS. *Curso...*, p. 312.

¹⁶ SANTA CRUZ RAMOS. *Curso...*, p. 312.

*mônio da sociedade, os credores podem executar todo o restante da dívida social no patrimônio dos sócios, sem limite.*¹⁷

Em razão dessa diferenciação e seus efeitos práticos, há uma consequência natural, conforme leciona Fábio Ulhoa Coelho, de as sociedades empresárias assumirem, atualmente, apenas duas das cinco formas admitidas pelo Direito Empresarial em vigor: a de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (Ltda.) ou a de sociedade anônima (S/A).¹⁸ Sendo assim, neste trabalho serão estudados apenas esses dois tipos societários.

As sociedades empresárias, escolhido o tipo societário, deverão ser constituídas e regidas por instrumentos próprios.

1.1.2. Instrumentos de constituição das sociedades empresárias: contrato e estatuto sociais.

Nesses instrumentos estipulam-se regras primárias que irão orientar toda a atividade das sociedades.

As sociedades empresárias, segundo o seu *ato de constituição*, podem ser classificadas em dois grandes grupos: *sociedades contratuais* e *sociedades estatutárias*. No primeiro se estabelece um contrato de sociedade (*contrato social*) entre os sócios, no qual devem ser preenchidos os requisitos dispostos nos arts. 46 e 997 do CC, bem como podem ser estipuladas outras cláusulas livremente pactuadas entre as partes.¹⁹ Ainda com relação às *sociedades contratuais*, a participação de cada sócio no capital social da pessoa jurídica se faz por meio de *quotas*, razão pela qual se utiliza também a nomenclatura de *sociedade por quotas*.²⁰

Ao lado das *sociedades por quotas* estão as *sociedades por ações*, também chamadas de *sociedades institucionais* ou *estatutárias*. Contudo, é importante esclarecer que o *estatuto*, embora reflita o conjunto das normas que orientam a existência e o funcionamento da pessoa jurídica empresária, não possui a natureza jurídica de contrato, ou seja, esse instrumento não estabelece obrigações mútuas entre os sócios.²¹

As principais regras que recaem sobre o *contrato social* são: (a) necessidade de identificação e qualificação dos sócios (art. 997, I, CC); (b) descrição do objeto social (art. 997, II, CC), que tem por função descrever o campo de atuação da sociedade empresária, ou seja, qual o tipo de atividade será exercido, p. ex., produção de bebidas, mineração etc.; (c) determina-

¹⁷ SANTA CRUZ RAMOS. *Curso...*, p. 312.

¹⁸ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 1), par. 9.9.

¹⁹ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 7.79.

²⁰ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 60.

²¹ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 61.

ção da sede (art. 997, II, CC), ou seja, a localização física da sociedade empresária onde poderão ser encontrados seus responsáveis; e (d) indicação das pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade e seus poderes e atribuições (art. 997, VI, CC).

Deve-se chamar atenção para a possibilidade de existência do *acordo de quotistas* que, segundo Larissa Teixeira:

[...] é amplamente utilizado para organização das relações entre sócios, sendo mecanismo importante para a estruturação dos direitos e obrigações destes ao longo da existência da sociedade limitada [...]. Não obstante sua importância, os acordos de quotistas não estão expressamente previstos na legislação.²²

Há apenas previsão expressa do acordo de quotistas na Lei das S/A's, art. 118 da Lei 6.404/76, o que não impede a sua aplicação para as *sociedades limitadas*.²³

Nesse sentido, o objetivo dos pactos parassociais é regular o interesse dos sócios e acionistas da sociedade. [...] A finalidade do pacto social é regular situações de poder, com interesses convergentes tanto do grupo controlador como do grupo dos minoritários, por meio de um contrato. O primeiro grupo visa manter o controle da companhia, já o segundo une-se para alcançar um poder que individualmente jamais teria.²⁴

Com relação à *sociedade limitada*, verifica-se, da leitura do art. 1.053 do CC, que, para esse tipo societário (regulado pelos arts. 1.052 a 1.087 do CC), aplicam-se as normas da *sociedade simples* no caso de possíveis omissões ou, eventualmente, as normas da *sociedade anônima* (Lei 6.404/76), se assim dispuser o *contrato social*.

No que tange às *sociedades estatutárias*, especialmente as *sociedades anônimas*, essas deverão ser disciplinadas no *estatuto social*, aprovado na assembleia de fundação da sociedade e levado a registro, o que dará surgimento da respectiva pessoa jurídica.

O *objeto social* da *sociedade anônima* deve estar dentre as possibilidades previstas no art. 2º da Lei 6.404/76.²⁵

²² TEIXEIRA. *Acordo de quotistas*. In: FINKELSTEIN; PROENÇA. (coord.). *Direito societário: tipos societários* (Série GVLaw).

²³ Em razão dessa previsão somente na LSA, há divergência doutrinária da aplicação do acordo de quotistas às sociedades limitadas. Contudo, segundo Gladston Mamede: “Não me parece a melhor posição jurídica. A possibilidade jurídica do acordo de quotistas, em qualquer sociedade contratual, simples ou empresaria, decorre da própria teoria geral do Direito Obrigacional e, ademais, da própria liberdade de ação jurídica e econômica que é garantida, no mínimo pelo artigo 1º, IV, da Constituição da República, a todas as pessoas no Direito brasileiro.” (Direito... [vol. 2], p. 99)

²⁴ TEIXEIRA. *Acordo de quotistas*. In: FINKELSTEIN; PROENÇA. (coord.). *Direito societário: tipos societários* (Série GVLaw).

²⁵ “Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. § 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio. § 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo. § 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.”

Por seu turno, as sociedades por ações subdividem-se em *companhias abertas* ou *fechadas*, conforme tenham, ou não, seus títulos admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. As *companhias abertas* têm seus *papéis* – ações e debêntures – negociados no *mercado aberto*, sendo oferecidas ao grande público por meio das bolsas de valores ou mercado de balcão (esses são os “mercados de valores mobiliários”). Já as *companhias fechadas*, ao contrário, caracterizam-se por não emitirem valores mobiliários negociáveis nesses mercados (LSA, art. 4º).²⁶

O órgão estatal responsável pelo controle, regulamentação e fiscalização da emissão dos títulos destas sociedades é a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e somente os valores mobiliários de emissão de companhia registrada na CVM podem ser negociados no mercado de valores mobiliários.²⁷ Os emissores de valores mobiliários, seus administradores e controladores sujeitam-se à disciplina da Lei 6.385/76.²⁸

Outro órgão importante na determinação da macro-política destas companhias é o Conselho Monetário Nacional (CMN) criado pela Lei 4.595/64, que regulamenta o sistema financeiro nacional.²⁹

²⁶ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 9.24. Leciona ainda o Professor Gladston Mamede: “A distinção busca proteger o grande público e, até, a economia nacional dos riscos inerentes ao mercado de valores. [...]. Para evitar tais riscos, o Estado brasileiro regula e fiscaliza a circulação de títulos de companhias que são oferecidos ao grande público. As companhias fechadas fogem dessa lógica e desse controle. Embora seus títulos circulem sem necessitar da aprovação dos demais sócios, não pode haver oferta dirigida indistintamente ao público em geral, usando meios de comunicação.” (Direito... [vol. 2], p. 401)

²⁷ Segundo o § 1º do art. 22 da Lei 6.385/76: “Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre: I - a natureza das informações que devam divulgar e a periodicidade da divulgação; II - relatório da administração e demonstrações financeiras; III - a compra de ações emitidas pela própria companhia e a alienação das ações em tesouraria; IV - padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes; V - informações que devam ser prestadas por administradores, membros do conselho fiscal, acionistas controladores e minoritários, relativas à compra, permuta ou venda de valores mobiliários emitidas pela companhia e por sociedades controladas ou controladoras; VI - a divulgação de deliberações da assembleia-geral e dos órgãos de administração da companhia, ou de fatos relevantes ocorridos nos seus negócios, que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado, de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia; VII - a realização, pelas companhias abertas com ações admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão organizado, de reuniões anuais com seus acionistas e agentes do mercado de valores mobiliários, no local de maior negociação dos títulos da companhia no ano anterior, para a divulgação de informações quanto à respectiva situação econômico-financeira, projeções de resultados e resposta aos esclarecimentos que lhes forem solicitados; VIII - as demais matérias previstas em lei. § 2º As normas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários em relação ao disposto nos incisos II e IV do § 1º aplicam-se às instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, no que não forem conflitantes com as normas por ele baixadas.”

²⁸ Lei n. 6.385 de 07 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

²⁹ “Art. 3º Compete ao Conselho Monetário Nacional: I - definir a política a ser observada na organização e no funcionamento do mercado de valores mobiliários; II - regular a utilização do crédito nesse mercado; III - fixar, a orientação geral a ser observada pela Comissão de Valores Mobiliários no exercício de suas atribuições; IV - definir as atividades da Comissão de Valores Mobiliários que devem ser exercidas em coordenação com o Banco Central do Brasil. V - aprovar o quadro e o regulamento de pessoal da Comissão de Valores Mobiliários, bem como fixar a retribuição do presidente, diretores, ocupantes de funções de confiança e demais servidores. VI - estabelecer, para fins da política monetária e cambial, condições específicas para negociação de contratos

No *contrato social* ou no *estatuto social* deve haver previsão do administrador da sociedade.

1.1.3. Administrador.

Cabe, primeiramente, às *sociedades limitadas* estabelecerem, em razão de previsão legal ou contratual, se a sociedade terá uma administração coletiva, ou seja, a *administração simultânea*, que compete igualmente a todos os sócios, ou se a sociedade será administrada por uma pessoa determinada, uma administração individual, podendo exigir atribuição de competência e poder para que alguém decida os assuntos sociais cotidianos, permitindo a realização do objeto social.³⁰

A primeira hipótese aplica-se para os casos em que, para determinado ato, não se encontra estipulado no contrato social ou em documento apartado (devidamente averbado no registro da pessoa jurídica) um administrador definido. Nesse caso qualquer administrador representará a sociedade perante os terceiros,³¹ competindo aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, conforme art. 1.010 do CC.³²

A atividade administrativa tem conotação ampla dentro da seara empresarial. Sobre o tema, são esclarecedoras e didáticas as lições de Gladston Mamede, merecendo destaque o seguinte trecho:

A rigor, comprar produtos de limpeza que faltam é ato de administração; comprar ou não um imóvel é deliberação social. Mas há, por certo, uma área em que os conceitos se confundem, tendo o legislador estabelecido, no § 1º do artigo 1.013 do Código Civil, uma solução engenhosa: competindo a administração da sociedade a vários administradores, separadamente – o que alcança a hipótese de todos os sócios exercerem a administração –, cada administrador poderá impugnar a operação (o ato) pretendida por outro; esse poder de veto define uma situação controversa, afeta a deliberação social, cabendo a decisão aos sócios, por maioria de votos, conforme previsão contratual ou por maioria absoluta, como previsto pelo artigo 1.010 do Código Civil. A previsão de impugnação do ato, percebe-se, permite a própria

derivativos, independentemente da natureza do investidor, podendo, inclusive: a) determinar depósitos sobre os valores nominais dos contratos; e b) fixar limites, prazos e outras condições sobre as negociações dos contratos derivativos. § 1º Ressalvado o disposto nesta Lei, a fiscalização do mercado financeiro e de capitais continuará a ser exercida, nos termos da legislação em vigor, pelo Banco Central do Brasil. § 2º As condições específicas de que trata o inciso VI do caput deste artigo não poderão ser exigidas para as operações em aberto na data de publicação do ato que as estabelecer.”

³⁰ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 121.

³¹ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 121.

³² “Art. 1.010. Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um. § 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital. § 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz. § 3º Responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.”

sociedade, por cada um de seus sócios/administradores, determinar o que é matéria afeta a deliberação social; o silêncio, em oposição, implica o reconhecimento de que se trata de mero ato administrativo, para o qual todos têm competência e poder, se não há outra previsão contratual. Como se não bastasse, o mesmo artigo 1.013, § 2º, do Código Civil, cria um outro mecanismo de segurança para a sociedade: qualquer administrador que realize operação sabendo – ou devendo saber – estar agindo em desacordo com a maioria responderá por perdas e danos perante a sociedade.³³

A *administração simultânea* (arts. 1.010 e 1.013) caracteriza-se pelo fato de que os atos podem ser praticados por cada um dos sócios, separadamente, embora se faculte aos demais impugnar a operação pretendida.³⁴

Já na *administração conjunta*, ao contrário, a competência e o poder para praticar atos de administração encontram-se submetidos ao concurso necessário de todos os sócios – ou, pelo menos, de mais de um sócio; ou seja, para o ato ter validade é preciso que todos os administradores dele participem, chancelando-o.³⁵

No que tange à *administração das sociedades limitadas*, essa pode ser feita por uma única pessoa ou por um grupo de pessoas que devem estar designadas no contrato social ou em ato separado (art. 1.060, CC). É importante salientar que “*administrar, no caso, interpreta-se em sentido estrito, a implicar a prática de atos humanos entre os quais se pode destacar, por obvio, o ato de firmar, isto é, o ato de assinar em nome da sociedade.*”³⁶

O administrador pode ser um dos sócios da sociedade ou não. Nesse último caso a escolha dependerá da aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, após a integralização (art. 1.061, CC).³⁷

No que tange aos *deveres do administrador*, o CC é tímido ao determinar, em seu art. 1.011, que o administrador “*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.*”, aplicando-se à “*atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.*”, conforme § 2º do mesmo dispositivo.³⁸

Nas previsões sobre o *mandato*, o CC trata das obrigações do mandatário em seu art. 667: “*O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do man-*

³³ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 125.

³⁴ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 125.

³⁵ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 125.

³⁶ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 341.

³⁷ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 1), par. 7.121.

³⁸ Diz ainda o § 1º deste mesmo art.: “*Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.*”

dato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.” Sendo certo que, se a sociedade limitada adotar a aplicação supletiva das regras da Lei das S/A’s, incidem as regras lá previstas também.

No que tange às regras sobre a *administração* das *sociedades anônimas*, essa competirá, conforme dispuser o estatuto, ao *conselho de administração* e à *diretoria*, ou somente à diretoria. O *conselho de administração*, obrigatório para as companhias abertas e as de capital autorizado, é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores (art. 138, §§ 1º e 2º da LSA).^{39 e 40} Nota-se, então, que não há um administrador societário, mas órgãos da administração, isto é, órgãos sociais. A estes órgãos de administração atribuem-se funções (competências) e poderes específicos, equilibrando-os com funções e poderes que são atribuídos a outros órgãos (a assembleia geral, o conselho fiscal) e, eventualmente, a células (o acionista, em sua individualidade) ou grupos de células sociais (grupos de acionistas ou representatividade mínima).⁴¹

Prevê ainda o art. 139 da mesma lei que as atribuições e poderes conferidos por lei aos *órgãos de administração* não podem ser outorgados a outro órgão criado por lei ou pelo estatuto.

Quanto aos deveres dos administradores, leciona Osmar Brina Corrêa-Lima:

Os deveres dos administradores são, basicamente, três: obediência (à lei e ao estatuto), diligência e lealdade. [...] Obediência significa respeito, acatamento, submissão à lei e ao estatuto social. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. Responde, porém, civilmente pelos prejuízos que causar, quando proceder com violação da lei ou do estatuto (art. 158 e inc. II). Modalidade de descumprimento do dever de obediência e a prática de ato *ultra vires*, ou seja, aquele que desborda do objeto da sociedade, definido de modo preciso e completo no estatuto social (art. 20, § 20). [...] Diligência significa cuidado ativo, zelo, aplicação, atividade, rapidez, presteza. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma em-

³⁹ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 13.11.

⁴⁰ “Art. 140. O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembleia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer: I - o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho pela assembleia ou pelo próprio conselho; II - o modo de substituição dos conselheiros; III - o prazo de gestão, que não poderá ser superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição; IV - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer quorum qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias. Parágrafo único. O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem.”

⁴¹ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 521.

pregar na administração dos seus próprios negócios (art. 153). Diligência é mais que mera prudência. [...] Lealdade significa sinceridade, franqueza, honestidade.⁴²

⁴² CORRÊA-LIMA. *Sociedade...*, p. 180/1. Corrêa-Lima continua a detalhar o conteúdo de *lealdade* do administrador, que, apesar de ser extensa a exposição, merece a citação em sua íntegra em razão da objetividade, profundidade e clareza com que o autor trata do assunto: “São meros corolários do dever de lealdade: 1º) *O dever de informar*. Este dever desdobra-se em duas vertentes: *Primeira vertente*. O administrador de companhia aberta deve: A) declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debentures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular (art. 157); e B) revelar à assembleia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% ou mais do capital social: a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou por meio de outras pessoas, no exercício anterior; b) as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior; c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares (*fringe benefits*), que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia ou de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo; d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível; e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia (art. 157, § 1º). *Segunda vertente*. Os administradores da companhia aberta são obrigados a (a) comunicar imediatamente a bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia (art. 157, § 4º); e (b) informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e as bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado, nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos a negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia (art. 157, § 6º). A Instrução n. 31, de 8.2.1984, do Colegiado da CVM, dispõe acerca da divulgação e do uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo as companhias abertas. A Deliberação n. 68, de 18.10.1988, do Colegiado da CVM, dispõe sobre o dever de comunicar e divulgar fato relevante referente a conversão de créditos externos para investimento em companhia aberta. Ainda na linha dessa segunda vertente, o legislador de 2001 acrescentou o seguinte parágrafo ao art. 157: “§ 6º Os administradores da companhia aberta deverão informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e as bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos a negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia. 2º) *O dever de guardar sigilo*. Cumprido ao administrador de companhia aberta guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários (art. 155, § 1º). E vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários (art. 155, § 40). 3º) *O dever de não usurpar oportunidade da companhia*. É vedado ao administrador: a) usar, em benefício próprio ou de outrem, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; b) omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia, ou, visando a obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; c) adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário a companhia, ou que esta tencione adquirir (art. 155, I, II e III). 4º) *O dever de só negociar com a companhia em condições razoáveis e equitativas*. O administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis e equitativas, idênticas as que prevalecem no mercado. E, mais, não pode intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, nem na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse (arts. 156 e 117, § 1º, f). 5º) *O dever de não se valer de informações privilegiadas na negociação de valores mobiliários da companhia*. É vedado ao administrador valer-se de informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários para obter vantagem, para si ou para outrem, mediante compra ou venda de valores mobiliários (art. 155, § 1º). Quem descumprir tal dever chama-se “*insider trading*” ou “*insider dealing*”. [...] 6º) *O dever de votar no interesse da companhia*. O administrador acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano a companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas (art. 115). 7º) *O dever de abster-se de votar em certas circunstâncias*. O administrador não poderá votar, como acionista ou procurador, os documentos da administração, na assembleia-geral ordinária (art. 134, § 1º). Tal proibição não se aplica quando, nas sociedades fechadas, os diretores forem os únicos acionistas (art. 134, § 6º). 8º) *O dever de abster-se de praticar ato de liberalidade à custa da companhia* (art. 154, § 20, d).

Já no que diz respeito à *diretoria*, trata-se de órgão administrativo imprescindível, enquanto a instalação do *conselho de administração* é facultativa. À *diretoria* compete a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular e será composta por dois ou mais diretores, sendo faculdade de cada companhia estabelecer, em seu estatuto, a estrutura de sua administração: presidente, um ou mais vice-presidentes, diretores etc. Seus membros poderão ser acionistas ou não, sendo, portanto, possível – e até comum – a contratação de administradores profissionais que não detenham uma ação sequer da companhia.⁴³ Acionistas ou não, os diretores serão obrigatoriamente residentes no país (art. 146 da LSA).⁴⁴

Por outro lado, cabe trazer a este estudo, o regime jurídico disposto aos auxiliares e colaboradores do empresário, ou seja, os prepostos.

1.1.3.1. Prepostos.

O CC dedica um capítulo específico ao tema dos *prepostos*, estabelecendo algumas *regras gerais* (arts. 1.169 a 1.171) e tratando especificamente do *gerente* (arts. 1.172 a 1.176) e do *contabilista* (arts. 1.177 e 1.178). Os dois últimos são espécies do primeiro (gênero).

A lei não estabelece um conceito de preposto, mas podemos reduzi-lo ao entendimento de que se trata do elemento humano que dá *ânimo* (vida) à pessoa jurídica empresarial. Com efeito, para que a *empresa (atividade empresarial)* se concretize na realidade, fazem-se necessários atos humanos; esses são executados por pessoas que atuam como se fossem a empresa.

9º) *O dever de não tomar por empréstimo bem da companhia sem prévia autorização da assembléia-geral ou do conselho de administração* (art. 154, § 2º, b). O diretor ou o gerente que toma empréstimo a sociedade sem prévia autorização da assembléia-geral comete o crime previsto no art. 177, § 1º, III, do Código Penal. 10º) *O dever de não usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, de bens, serviços ou crédito da companhia* (art. 154, § 2º, b). O diretor ou o gerente que usa, em proveito próprio ou de terceiro, dos bens ou haveres sociais, sem prévia autorização da assembléia-geral, comete o crime tipificado no art. 177, § 1º, III, do Código Penal. 11º) *O dever de não receber, sem autorização estatutária ou da assembléia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício do cargo de administrador* (art. 154, § 2º, c). 12º) *O dever de garantir a gestão, quando exigido pelo estatuto social* (art. 148). O rol de regras acima é meramente enunciativo ou exemplificativo. Ele não esgota todas as modalidades do dever de lealdade dos administradores, esparsas ou implícitas na lei.” (CORRÊA-LIMA. *Sociedade...*, p. 181 a 184)

⁴³ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 525.

⁴⁴ “O estatuto poderá definir a qual ou quais diretores compete a representação da sociedade e os atos de sua administração; poderá, ainda, estabelecer que determinadas decisões, de competência dos diretores, sejam tomadas em reunião da diretoria, por maioria de votos. Silente o estatuto e não existindo deliberação do conselho de administração, os atos de administração e a representação competirão simultaneamente a qualquer diretor (artigo 144 da Lei 6.404/76). Para o exercício dos atos de sua competência, os diretores poderão constituir mandatários da companhia, devendo especificar, no instrumento, os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato, a exceção do mandato judicial, que poderá ser por prazo indeterminado (artigo 144, parágrafo único). (MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 525)

Seu agir é, juridicamente, o agir da empresa: do vendedor, na porta da loja, ao administrador, na sala localizada no fundo do imóvel, passando pelo carregador, pela moça do caixa, pelo almoxarife, pelo motorista etc.⁴⁵ Há, portanto, uma representação jurídica necessária: o *ser humano*, a quem se outorgou a condição de preposto, representa a empresa: seu ato é ato da sociedade empresária.

Diante de um conceito tão abrangente é comum confundir a relação de *preposição* com a *relação de emprego*. Entretanto, o contrato de trabalho torna apenas mais fácil de comprovar a preposição, mas não está limitado a essa relação jurídica. Essencialmente, há preposição quando alguém atua como parte das atividades empresariais, podendo essa atuação ser resultado tanto do contrato de trabalho, quanto de outros contratos, p. ex., de prestação de serviços, de mandato, de comissão, representação etc.⁴⁶

Um exemplo didático de Gladston Mamede joga luz sobre a questão:

Não é o Haroldo, nem o Eduardo, vendedores, quem negocia; mas a empresa *Casa do Porto Delikatessen*, título do estabelecimento da sociedade empresaria *Casa do Porto Vinhos Finos Ltda.* Assim, qualquer promessa ou informação que o Haroldo ou o Eduardo façam, interpretam-se como atos jurídicos da *Casa do Porto Vinhos Finos Ltda.* Por vezes, há situação jurídica complexa: quando peço a companhia telefônica concertos na linha, o técnico que se apresenta em minha casa é, na relação jurídica que se estabelece comigo, preposto daquela companhia; mas pode ser o empregado de uma outra empresa que mantenha contrato de prestação de serviço com a companhia telefônica, o que não afetara a responsabilidade dessa pelos atos do técnico.⁴⁷

Desse modo, tratando-se de conceito amplo, a técnica do Direito Empresarial exige sua melhor delimitação, especialmente no que tange à *delegação administrativa*, ao *gerente* e ao *contabilista*.

(a) *Delegação*: “*gerente*”. Nem sempre o empresário necessitará do auxílio de um gerente. Em pequenos negócios, basta a figura do próprio empresário individual ou dos sócios da sociedade empresária para o bom desenvolvimento do empreendimento. Contudo, em sociedades maiores, p. ex., quando há a abertura de filiais ou sucursais, o auxílio de um gerente é de extrema valia para o exercício da empresa. Com isso, o gerente é, talvez, o preposto mais importante do empresário, pois há uma relação de confiança na qual o preposto recebe da administração alguns poderes de chefia.⁴⁸

⁴⁵ MAMEDE. *Direito...* (vol. 1), p. 373.

⁴⁶ REQUIÃO. *Curso...*, p. 127.

⁴⁷ MAMEDE. *Direito...* (vol. 1), p. 373.

⁴⁸ SANTA CRUZ RAMOS. *Curso...*, p. 131.

Cabe neste momento estabelecer a diferenciação entre as nomenclaturas: *gerente*, *preposto*, *administrador* e *mandatário*, a partir do critério da relação que a pessoa física mantém com a sociedade empresária.

Uma primeira relação que se pode – deve! – estabelecer é a da *(re)representação* da pessoa jurídica. Trata-se de uma necessidade fática, diante da circunstância de ela ser um ente inanimado, exigindo a presença (*apresentação*) de uma pessoa física para atuar no cenário jurídico. Esse é justamente o caso do *administrador*, estudado no item anterior, ou seja, de acordo com o CC, *administrador* é aquele que *apresenta* a sociedade.⁴⁹

Já o *preposto* é aquele que recebe do *administrador* poderes para atuar em nome da sociedade, de modo que, há na preposição uma *representação*, ou mais especificamente, há um *mandato*, pois o titular da empresa, isto é, o *empresário individual* ou a *sociedade empresária*, ou o administrador, em nome daquela, outorga ao preposto poder e competência para agir em nome da empresa; outorga tácita, normalmente, fazendo com que a relação conduza-se pelos artigos 653 e 656 do CC.⁵⁰

Daí a necessidade da regra do art. 1.169 do CC, ao limitar a possibilidade de o preposto substabelecer os poderes que recebeu: “*O preposto não pode, sem autorização escrita, fazer-se substituir no desempenho da preposição, sob pena de responder pessoalmente pelos atos do substituto e pelas obrigações por ele contraídas.*”⁵¹

Com isso, é possível concluir que a diferença essencial entre *administrador* e *preposto* é que o primeiro *apresenta* a pessoa jurídica empresária e que está em nível superior ao segundo, que *representa* a sociedade empresarial. Todavia, viu-se que *preposto* é gênero e que tem como espécie a figura do *gerente* e do *contabilista*.

Conforme anota Rubens Requião, os gerentes, que têm poderes de direção departamental mais ou menos ampliados, de acordo com a estrutura e organização técnica da empresa, apresentam algumas variedades de nomenclatura: gerente-geral, gerente de sucursal ou de filial, gerente de seção etc., sendo que o âmbito da função técnica determina o limite de sua função jurídica, onde atua o auxiliar dependente.⁵²

Contudo, de acordo com o art. 1.172, “[c]onsidera-se gerente o preposto permanente no exercício da empresa, na sede desta, ou em sucursal, filial ou agência.”. Nota-se que o CC coloca como elemento caracterizador do gerente uma circunstância de fato: o *exercício permanente da empresa*, ou seja, trata-se do controle das atividades empresariais que concreti-

⁴⁹ MIRANDA. *Tratado...*, p. 113/4.

⁵⁰ MAMEDE. *Direito...* (vol. 1), p. 376.

⁵¹ MAMEDE. *Direito...* (vol. 1), p. 376.

⁵² REQUIÃO. *Curso...*, p. 127.

zam a atividade empresarial. Todavia, esse controle deverá ocorrer com habitualidade, ou melhor, de maneira não eventual, deixando claro que ao preposto corresponde a função de gerir, total ou parcialmente, o empreendimento.⁵³

Observa-se que, ao cabo, o *gerente* é um verdadeiro *mandatário*, aplicando-se as disposições do instituto da *representação* e do *mandato* previstas no CC, ou seja, o *gerente* é um *administrador delegado*.⁵⁴

Portanto, de acordo com as regras do *mandato*, especialmente o art. 661 do CC, o gerente possui apenas os atos de *administração ordinária*, o que inclui a prática de todos os atos que sejam necessários ao exercício dos poderes e da função que lhe foi atribuída (sua competência)⁵⁵, sendo que, para determinadas situações, os parágrafos do art. 661 exigem poderes especiais: “§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos. § 2º O poder de transigir não importa o de firmar compromisso.”⁵⁶

A partir da análise deste dispositivo, verifica-se a possibilidade de haver a divisão horizontal de tarefas entre os detentores do poder de gerência. São importantes as observações de Gladston Mamede sobre a delimitação prática destes poderes:

Na prática empresarial, sabe-se, não é comum haver uma *atermamento* – isto é, uma *redução a termo*, uma tradução em documento escrito – da competência e dos poderes do gerente, mas mera atribuição da condição de ocupante da gerência, definindo-se a extensão dos poderes a partir dos elementos exteriores da relação, bem como do controle exercido por superiores hierárquicos na estrutura empresarial, como gerentes de níveis superiores, diretores, se existirem, o administrador, o próprio empresário, aos quais incumbe um dever de vigiar os atos daquele.⁵⁷

⁵³ MAMEDE. *Direito...* (vol. 1), p. 379.

⁵⁴ Este é o entendimento de Gladston Mamede: “A delegação da administração ou constituição de um gerente para se encarregar dos atos de administração é ato que apenas aplica, no âmbito do Direito Societário, as normas da representação jurídica, dispostas nos artigos 115 a 120 da Parte Geral do Código Civil, além das normas que regulamentam o mandato, inscritas nos artigos 653 e seguintes do Código Civil. O que se pretende como delegação de administração ou delegação de gerência, nessa senda, nada mais é do que a constituição de mandatário para a prática de determinados atos, no caso, os atos necessários à administração da sociedade limitada, em seu dia a dia. O mandatário societário pode receber o nome de administrador delegado, de gerente (afastando a confusão com o administrador) ou qualquer outro rótulo que traduza a mesma ideia; o Código Civil, em seus artigos 1.172 a 1.176, preferiu chamá-los de gerente, embora com a expressão alcance, como se verá, não só aquele a quem se delegou, em sentido estrito, a administração quotidiana da atividade negocial, mas também aquele que apenas foi contratado para coordenar determinadas atividades negociais da sociedade limitada (ou não).” (MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 346)

⁵⁵ MAMEDE. *Direito...* (vol. 1), p. 379.

⁵⁶ Nesse sentido é também o que dispõe a regra especial para o tema, art. 1.173 do CC: “Quando a lei não exigir poderes especiais, considera-se o gerente autorizado a praticar todos os atos necessários ao exercício dos poderes que lhe foram outorgados. Parágrafo único. Na falta de estipulação diversa, consideram-se solidários os poderes conferidos a dois ou mais gerentes.”

⁵⁷ MAMEDE. *Direito...* (vol. 1), p. 379.

Em razão desses fatos, apesar de os poderes do gerente serem amplos, como visto acima, pode o empresário limitá-los. Nesse caso, para que a limitação produza efeitos perante terceiros, deverá o empresário (i) registrá-la na Junta Comercial, por meio de averbação ao ato constitutivo lá arquivado ou (ii) provar que a limitação de poderes era conhecida daquele que contratou com o gerente (art. 1.174 do CC).⁵⁸

Vê-se, então, que há duas formas de instituição do gerente (ou chefe, coordenador ou qualquer outro nome que se dê). A primeira é essa de atuar como *delegado da administração societária*, fruto de uma cessão (*substabelecimento com reservas*) de competência e poder para administrar e representar a sociedade, com poderes totais ou parciais. A segunda forma diz respeito à *gerencia de setor* ou à *gerencia de estabelecimento ou estabelecimentos empresariais*, porém, nesse último caso, trata-se de representação em sentido amplo da sociedade, pois há repercussões para a sociedade dos atos praticados pelo gerente. Enfim, trata-se de um verdadeiro gerente de fato (ou delegação de fato).⁵⁹

Por fim, nota-se que há a necessidade de o *administrador delegado* não estar entre os impedidos para a atividade empresarial (art. 973, CC), o que não ocorre em relação ao gerente de setor, isso porque sendo contratado em relação de emprego, entendimento contrário violaria a garantia constitucional da liberdade de trabalhar, disposta no artigo 5º, XIII, da Constituição da República.⁶⁰

(b) *Contabilista*. Uma das obrigações do empresário (individual ou societário) é a de manter um sistema de contabilidade regular, com escrituração regular de livros e conservação de documentos, o que exige, conforme determina o art. 1.177 do CC, a existência de prepostos com capacidade e qualificação técnica para dela se ocuparem. Trata-se do *contabilista*, um profissional devidamente inscrito no Conselho Regional de Contabilidade.⁶¹

Nota-se que os contabilistas são também prepostos. A contabilidade da empresa de grande vulto é confiada a um corpo técnico especializado; os contabilistas são, nesse caso, auxiliares dependentes da empresa, mas a empresa pode também optar por um contador autônomo que poderá fazer a contabilidade em visitas periódicas à sede da empresa para cumprir a

⁵⁸ SANTA CRUZ RAMOS. *Curso...*, p. 132. É o teor do art. 1.174: “As limitações contidas na outorga de poderes, para serem opostas a terceiros, dependem do arquivamento e averbação do instrumento no Registro Público de Empresas Mercantis, salvo se provado serem conhecidas da pessoa que tratou com o gerente. Parágrafo único. Para o mesmo efeito e com idêntica ressalva, deve a modificação ou revogação do mandato ser arquivada e averbada no Registro Público de Empresas Mercantis.”

⁵⁹ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 349.

⁶⁰ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 350.

⁶¹ “Art. 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele. Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos.”

sua tarefa.⁶² É ele, então, um auxiliar autônomo, independente, o que configura um profissional liberal, sendo que seus atos, isto é, os assentamentos lançados nos livros, fichas e microfichas da escrituração empresarial, produzem efeito no patrimônio da empresa, como se fosse praticado pelo mandante e preponente.⁶³

Disso resulta que, eventuais erros e falhas, cometidos pelo contabilista responsável pela escrituração, são juridicamente considerados erros do empresário ou sociedade empresaria mandante, que por eles responderá civilmente. Somente comprovando a má-fé do contabilista é que se poderão anular os lançamentos feitos por esse, corrigindo-os e, via de consequência, desonerando-se dos efeitos da escrituração viciosa, embora se conserve sua responsabilidade sobre danos sofridos por terceiros (art. 932, III, CC).⁶⁴

Outrossim, os contabilistas estão submetidos às regras de sigilo profissional, com repercussões na seara penal, conforme a disciplina do art. 207 do Código de Processo Penal, que proíbe de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, excetuada a hipótese de serem desobrigadas pela parte interessada e, ademais, queiram dar o seu testemunho. Como se não bastasse, o artigo 154 do Código Penal define como crime, punido com detenção de três meses a um ano, ou multa, “*revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem*”.⁶⁵

1.1.4. Conselho fiscal.

Pode o contrato social da sociedade limitada instituir um *conselho fiscal* composto de três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no país, eleitos na assembleia anual prevista no art. 1.078.⁶⁶

⁶² REQUIÃO. *Curso...*, p. 128.

⁶³ REQUIÃO. *Curso...*, p. 128.

⁶⁴ MAMEDE. *Direito...* (vol. 1), p. 383.

⁶⁵ MAMEDE. *Direito...* (vol. 1), p. 384.

⁶⁶ “Art. 1.078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de: I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico; II - designar administradores, quando for o caso; III - tratar de qualquer outro assunto constante da ordem do dia. § 1º Até trinta dias antes da data marcada para a assembleia, os documentos referidos no inciso I deste artigo devem ser postos, por escrito, e com a prova do respectivo recebimento, à disposição dos sócios que não exerçam a administração. § 2º Instalada a assembleia, proceder-se-á à leitura dos documentos referidos no parágrafo antecedente, os quais serão submetidos, pelo presidente, a discussão e votação, nesta não podendo tomar parte os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal. § 3º A aprovação, sem reserva, do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal. § 4º Extingue-se em dois anos o direito de anular a aprovação a que se refere o parágrafo antecedente.”

No que tange aos seus poderes e atribuições do *conselho fiscal*, dispõe o art. 1.069 do CC – com atenção para o inciso IV – cujo conteúdo pode ser ampliado por lei especial ou por previsão expressa no contrato social:

Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes:

I - examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira, devendo os administradores ou liquidantes prestar-lhes as informações solicitadas;

II - lavrar no livro de atas e pareceres do conselho fiscal o resultado dos exames referidos no inciso I deste artigo;

III - examinar no mesmo livro e apresentar à assembléia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

IV - denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade;

V - convocar a assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes;

VI - praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.

No que tange ao *conselho fiscal* das *sociedades anônimas*, embora todo acionista seja titular de uma faculdade de fiscalização dos atos societários, exercendo-a segundo as definições legais (art. 109, III, LSA), ele não detém um poder amplo, pois poderia chegar ao ponto de permitir que um concorrente, adquirindo uma única ação, intrometesse nos assuntos da companhia, podendo descobrir os segredos empresariais etc. Por isso, dentro do corpo societário, instituiu-se um órgão de função específica, ao qual se atribuiu um poder/dever institucional de fiscalização das atividades e contas sociais, equilibrando os interesses individuais dos acionistas com os interesses corporativos da companhia: o *conselho fiscal* (artigo 161).⁶⁷

Segundo o art. 161 da LSA, o *conselho fiscal*⁶⁸ é órgão de existência obrigatória em toda companhia, contudo a lei permite o seu funcionamento em caráter *eventual*, ou seja, ape-

⁶⁷ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 533.

⁶⁸ “Art. 163. Compete ao conselho fiscal: I - fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários; II - opinar sobre o relatório anual da administração, fazendo constar do seu parecer as informações complementares que julgar necessárias ou úteis à deliberação da assembléia-geral; III - opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembléia-geral, relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão; IV - denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembléia-geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia; V - convocar a assembléia-geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembléias as matérias que considerarem necessárias; VI - analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia; VII - examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar; VIII - exercer essas atribuições, durante a liquidação, tendo em vista as disposições especiais que a regulam. § 1º Os órgãos de administração são obrigados, através de comunicação por

nas nos exercícios sociais nos quais seja pedido por acionistas que representem, no mínimo, 10% das ações com direito a voto ou 5% das ações sem direito a voto.⁶⁹ E, conforme o art. 165 da LSA, recai sobre os membros do conselho fiscal os mesmos deveres dos administradores, dos quais tratamos acima.⁷⁰

1.1.5. Assembleia.

Em regra, as decisões mais corriqueiras, as decisões menores da sociedade, são tomadas unipessoalmente por aqueles que têm poderes para administrar a sociedade, ou seja, pelo(s) administrador(es). No entanto, aquelas decisões mais complexas – como, p. ex., as decisões relativas à alteração do contrato social ou à fusão com outra sociedade – exigem uma deliberação colegiada.⁷¹

O rol de matérias de deliberações colegiadas, em *assembleia* ou em *reunião*, conforme previsto no contrato social, convocada pelo administrador, está previsto no art. 1.071 do CC.⁷²

escrito, a colocar à disposição dos membros em exercício do conselho fiscal, dentro de 10 (dez) dias, cópias das atas de suas reuniões e, dentro de 15 (quinze) dias do seu recebimento, cópias dos balancetes e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente e, quando houver, dos relatórios de execução de orçamentos. § 2º O conselho fiscal, a pedido de qualquer dos seus membros, solicitará aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, desde que relativas à sua função fiscalizadora, assim como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais. § 3º Os membros do conselho fiscal assistirão às reuniões do conselho de administração, se houver, ou da diretoria, em que se deliberar sobre os assuntos em que devam opinar (ns. II, III e VII). § 4º Se a companhia tiver auditores independentes, o conselho fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, poderá solicitar-lhes esclarecimentos ou informações, e a apuração de fatos específicos. § 5º Se a companhia não tiver auditores independentes, o conselho fiscal poderá, para melhor desempenho das suas funções, escolher contador ou firma de auditoria e fixar-lhes os honorários, dentro de níveis razoáveis, vigentes na praça e compatíveis com a dimensão econômica da companhia, os quais serão pagos por esta. § 6º O conselho fiscal deverá fornecer ao acionista, ou grupo de acionistas que representem, no mínimo 5% (cinco por cento) do capital social, sempre que solicitadas, informações sobre matérias de sua competência. § 7º As atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da companhia. § 8º O conselho fiscal poderá, para apurar fato cujo esclarecimento seja necessário ao desempenho de suas funções, formular, com justificativa, questões a serem respondidas por perito e solicitar à diretoria que indique, para esse fim, no prazo máximo de trinta dias, três peritos, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas, de notório conhecimento na área em questão, entre os quais o conselho fiscal escolherá um, cujos honorários serão pagos pela companhia.”

⁶⁹ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 533.

⁷⁰ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 14.143.

⁷¹ SANTA CRUZ RAMOS. *Curso...*, p. 381. Complementa o Professor Gladston Mamede: “Não é regra, portanto, que se aplique a todas as sociedades limitadas, sendo prescindível naquelas que optem por ter reuniões de sócios ou, mesmo, naquelas que por sua própria estrutura social consigam concretizar suas deliberações por meio simplificado, atermendo-as em documento que vai, ao final, firmado pelos sócios, aplicado o artigo 1.072, § 3a, do Código Civil.” (*Direito...* [vol. 2], p. 372).

⁷² “Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: I - a aprovação das contas da administração; II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado; III - a destituição dos administradores; IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato; V - a modificação do contrato social; VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação; VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas; VIII - o pedido de concordata.”

As deliberações deverão obedecer às regras do art. 1.010 do CC, ou seja, as decisões serão tomadas pela maioria dos votos, contados segundo o valor das quotas de cada um, sendo necessária a maioria absoluta do capital para aprovar a deliberação.⁷³

O órgão específico responsável pela tomada das deliberações sociais é a *assembleia dos sócios*. Contudo, nas sociedades limitadas de até 10 sócios, o CC possibilita a substituição da *assembleia* por *reunião de sócios*, sendo que a grande diferença entre uma e outra está no procedimento. Aquela segue rito mais solene, com o próprio código ditando suas regras procedimentais. Esta, por sua vez, tem rito mais simplificado, cabendo aos sócios, no contrato social, estabelecer os detalhes de seu procedimento.⁷⁴ Entretanto, o rito da *assembleia* deve ser adotado também quando a sociedade limitada adotar a regência supletiva da LSA.⁷⁵

A convocação para a *assembleia* é, em regra, feita pelos administradores da sociedade limitada (art. 1.072), porém pode ser feita por um dos sócios, quando os administradores retardarem a convocação, por mais de sessenta dias, ou por titulares de mais de um quinto do capital, quando não atendido, no prazo de oito dias, pedido de convocação fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas (art. 1.074, I). Pode também o conselho fiscal, quando houver, convocar a *assembleia* para a hipótese de a modificação do contrato social (art. 1.074, II).⁷⁶

A *assembleia dos sócios* instala-se com a presença, em primeira convocação, de titulares de no mínimo três quartos do capital social e, em segunda, com qualquer número (art. 1.074), sendo presidida e secretariada por sócios escolhidos entre os presentes (art. 1.075).⁷⁷

Um ponto importante é saber o quórum necessário para as deliberações sociais na sociedade limitada. Estas regras estão dispostas no art. 1.076: (a) Designação de administradores não sócios dependerá de aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, após a integralização (art. 1.061);⁷⁸ (b) A destituição de administrador nomeado no contrato social depende da aprovação de titulares de quotas correspondentes, no mínimo, a 2/3 (dois terços) do capital social, salvo disposição contratual diversa (art. 1.063, § 1º); (c) Para a modificação do contrato social ou para a incorpo-

⁷³ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 369. Prossegue o eminente professor: “*Havendo empate, considerado o critério de participação no capital social, prevalecerá a decisão que tenha sido tomada pelo maior número de sócios; [...] Persistindo o empate, qualquer das partes (ou grupos, havendo pluralidade de sócios nas posições antagonizadas), ou mesmo ambas, por meio de procedimento de jurisdição voluntária, poderá submeter a matéria ao Judiciário [...]*”.

⁷⁴ SANTA CRUZ RAMOS. *Curso...*, p. 382.

⁷⁵ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 370.

⁷⁶ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 21.32.

⁷⁷ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 21.32.

⁷⁸ Lembrando que para a designação de administrador dentre os sócios e com capital integralizado será feita no contrato social.

ração, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação, necessita-se de votos correspondentes, no mínimo, a 3/4 (três quartos) do capital social; (d) A designação, a destituição, o modo de sua remuneração (quando feitos em ato separado) e o pedido de concordata dependem de votos correspondentes a mais de 1/2 (metade) do capital social.

Assim, obedecidas estas regras e tomadas em conformidade com a lei e o contrato, as deliberações vinculam todos os sócios, ainda que ausentes ou dissidentes (art. 1.072, § 5º). As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram (art. 1.080).⁷⁹

Sobre a possibilidade de realização *virtual* da assembleia, são didáticas as palavras de Gladston Mamede, merecendo a transcrição:

Não há impedimento legal para que a reunião ou assembleia de sócios realize-se fora de ambiente físico real, ou seja, não é obrigatório que os sócios ou seus representantes estejam fisicamente no mesmo ambiente para a discussão dos temas e votação das deliberações propostas. As exigências legais estarão atendidas com a realização *virtualizada* da reunião ou assembleia, utilizando-se de um meio eletrônico para o encontro, como teleconferência (reunião por meio telefônico), videoconferência e, mesmo, utilizando-se da Internet. O desafio, em tais hipóteses, e sempre o de comprovação de sua realização [...] Em tais contextos, a solução mais simples e fazer circular o documento no qual se registram as discussões e as deliberações, para que seja firmado por todos os sócios, ou, no mínimo, pelo número necessário para a validade da deliberação.⁸⁰

Não obstante, prossegue o eminente jurista:

Por essa via, atende-se ao artigo 1.072, § 3º, do Código Civil, mas não se dá ao problema uma dimensão condizente com as particularidades deste tempo. Uma solução alternativa é a utilização dos sistemas oficiais – reconhecidos pelo Estado – de certificação digital, permitindo utilizar-se do que está sendo chamado de assinatura eletrônica. Como se não bastasse, deve-se reconhecer a possibilidade de recorrer ao Judiciário qualquer daqueles que participaram da reunião ou assembleia, comprovando a sua realização por meio eletrônico – a exemplo da gravação da videoconferência –, pedindo a declaração por sentença de sua realização e resultado das deliberações, determinando-se a respectiva averbação no registro respectivo.⁸¹

No que tange à assembleia nas sociedades anônimas, na vida da companhia existem várias assembleias: assembleia dos titulares de partes beneficiárias (art. 51), assembleia de debenturistas (art. 71), assembleia especial dos portadores de ações preferenciais (art. 136, § 1º), etc.⁸² No entanto, no que se refere exclusivamente à assembleia-geral dos acionistas, a sua competência é definida no art. 122 da Lei 6.404/76⁸³ e deve ser convocada⁸⁴ e instalada de

⁷⁹ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 20.48.

⁸⁰ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 380.

⁸¹ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 380.

⁸² CORRÊA-LIMA. *Sociedade...*, p. 125.

⁸³ “Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral: I - reformar o estatuto social; II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142; III -

acordo com a lei e o estatuto, tendo poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

Com relação ao quórum para as deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco, podendo o estatuto da companhia fechada aumentar o quórum exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias (art. 129, *caput* e § 1º da Lei 6.404/76).⁸⁵

A assembleia geral poderá ser ordinária ou extraordinária. A *assembleia geral ordinária* ocorrerá anualmente, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social (e terá por objeto os assuntos contidos no art. 132 da LSA). Para os demais casos, ter-se-á a *assembleia geral ordinária*.

Ainda no que se refere à assembleia-geral, há regras específicas direcionadas aos administradores no art. 133 da LSA.⁸⁶

tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas; IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59; V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120); VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social; VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias; VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata. Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembléia-geral, para manifestar-se sobre a matéria.”

⁸⁴ “Art. 123. Compete ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembléia-geral. Parágrafo único. A assembléia-geral pode também ser convocada: a) pelo conselho fiscal, nos casos previstos no número V, do artigo 163; b) por qualquer acionista, quando os administradores retardarem, por mais de 60 (sessenta) dias, a convocação nos casos previstos em lei ou no estatuto; c) por acionistas que representem cinco por cento, no mínimo, do capital social, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, a pedido de convocação que apresentarem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas; d) por acionistas que representem cinco por cento, no mínimo, do capital votante, ou cinco por cento, no mínimo, dos acionistas sem direito a voto, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, a pedido de convocação de assembléia para instalação do conselho fiscal.”

⁸⁵ ULHOA COELHO. *Curso...* (vol. 2), par. 13.43.

⁸⁶ “Art. 133. Os administradores devem comunicar, até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembléia-geral ordinária, por anúncios publicados na forma prevista no artigo 124, que se acham à disposição dos acionistas: I - o relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo; II - a cópia das demonstrações financeiras; III - o parecer dos auditores independentes, se houver. IV - o parecer do conselho fiscal, inclusive votos dissidentes, se houver; e V - demais documentos pertinentes a assuntos incluídos na ordem do dia. § 1º Os anúncios indicarão o local ou locais onde os acionistas poderão obter cópias desses documentos. § 2º A companhia remeterá cópia desses documentos aos acionistas que o pedirem por escrito, nas condições previstas no § 3º do artigo 124. § 3º Os documentos referidos neste artigo, à exceção dos constantes dos incisos IV e V, serão publicados até 5 (cinco) dias, pelo menos, antes da data marcada para a realização da assembléia-geral. § 4º A assembléia-geral que reunir a totalidade dos acionistas poderá considerar sanada a falta de publicação dos anúncios ou a inobservância dos prazos referidos neste artigo; mas é obrigatória a publicação dos documentos antes da realização da assembléia. § 5º A publicação dos anúncios é dispensada quando os documentos a que se refere este artigo são publicados até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembléia-geral ordinária.”

1.1.6. Órgãos técnicos.

A lei exige, em regra, na constituição da companhia, três tipos de órgãos: o de deliberação (assembleia geral), o de administração (conselho de administração facultativo e diretoria) e o de fiscalização (conselho fiscal). Todavia, independentemente da existência desses órgãos fundamentais, é possível a criação de outros órgãos, de natureza técnica ou de natureza consultiva, pois é possível que seja conveniente para a sociedade a criação desses órgãos auxiliares da administração.⁸⁷ Assim, p. ex., uma companhia do setor elétrico pode instituir um conselho técnico, composto por peritos que devem cancelar as atividades que envolvam engenharia civil ou elétrica, meio ambiente etc.⁸⁸

Contudo, a criação de qualquer outro órgão técnico ou consultivo deve atender a duas balizas legais incontornáveis: (a) não se pode outorgar-lhes atribuições e/ou poderes que a lei tenha conferido aos demais órgãos de administração (art. 139, LSA); (b) tendo sido criado o órgão técnico ou consultivo, aplicam-se aos seus membros as normas dirigidas aos demais órgãos da administração (artigo 160): deveres e responsabilidades, finalidade das atribuições e desvio de poder, dever de lealdade, conflito de interesses, dever de informar, responsabilidade civil por atos comissivos e omissivos, dolosos e culposos.⁸⁹

1.1.7. Conclusões.

Viu-se que os *superiores empresariais* podem ser: o administrador (ou administradores), os diretores, os membros do conselho de administração, os membros da assembleia (ou da reunião de sócios, ou, ainda, de outras assembleias que existirem) etc.; e podem figurar como subordinados: os prepostos, entre eles: o gerente (delegado ou de setor) e o contabilista. Contudo, em que pese ter apenas *poderes de administração* (art. 661 do CC), verifica-se a possibilidade fática de o gerente, seja o delegado ou o de setor, possuir também *poder de mando*, já que possui atribuições, no primeiro caso, de parcela de poder do administrador e, no segundo caso, de poder hierárquico sobre os empregados do setor onde atua.⁹⁰

⁸⁷ ULHOA COELHO. *Direito...* (vol. 2), par. 13.332.

⁸⁸ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 536.

⁸⁹ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 536.

⁹⁰ Essa possibilidade extrai-se dos seguintes julgados: “*RECURSO DE REVISTA. BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DE PODER DE MANDO E GESTÃO E DE SUBORDINADOS. EXCEÇÃO DO ART. 224, § 2º, DA CLT. Incontroverso que o empregado não detinha poderes de mando e gestão, e que não comandava subordinados, não cabe extrá-lo da exceção do art. 224, § 2º, da CLT e caracterizá-lo como exercente de função de confiança. Dois os requisitos a possibilitar a referida exceção: que o bancário exerça função de direção, gerência,*

Desse modo, podemos concluir que estas regras do Direito Empresarial não são capazes de estabelecer (incluir ou excluir) de antemão quais são os órgãos e as posições de superioridade sobre os quais poderão recair os deveres de garante, uma vez que, para isso, é necessário verificar as condutas concretas de cada uma das pessoas que ocupam estas posições, bem como analisar a esfera de atribuições de cada uma delas, o que acentua a relevância das regras do Direito Privado para compreensão da pesquisa.

No mais, no decorrer do trabalho, para fins de objetividade da exposição, utilizar-se-á a expressão *superiores* para assinalar todas essas posições com *poder de mando* e com isso abranger o administrador, diretores, membros do conselho, gerente etc. Outrossim, deve-se entender por *poder de mando* o conjunto de atribuições que recaem sobre determinada pessoa física no seio da pessoa jurídica empresarial que possua a capacidade de emitir decisões sobre a gestão, organização, fiscalização, controle ou disciplinar.

1.2. Direito Penal econômico e Direito Penal empresarial.

O conceito de Direito Penal econômico, que ainda hoje gera controvérsia, ao longo da evolução dogmática foi estabelecido a partir de diferentes critérios.

Segundo Fabián Balcarce, os franceses, no decorrer da década de quarenta do século passado, sustentaram o conceito baseado em um critério que, hoje, poderia ser denominado de *estreitíssimo*: o Direito Penal econômico se limitaria às infrações das disposições sobre preços.⁹¹

Ainda de acordo com Fabián Balcarce, outros critérios foram utilizados para esse mesmo mister: *critério restritivo*, segundo o qual o Direito Penal econômico seria integrado por aquelas infrações que atentam contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia; *critério amplo*, de acordo com o qual o Direito Penal econômico seria formado pela soma daquelas normas jurídicas formuladas para a regulação da produção, fabricação e

fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a um terço do salário do cargo efetivo. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 3259404920005120028 325940-49.2000.5.12.0028, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 10/08/2005, 5ª Turma., Data de Publicação: DJ 26/08/2005)”; “JORNADA DE TRABALHO. GERENTE. PODERES DE MANDO E GESTÃO. Demonstrado nos autos que o reclamante exercia a função de gerente, responsabilizando-se pelo comando de filial da empresa, com poderes de mando e gestão, podendo, inclusive, contratar e dispensar empregados e controlar as respectivas jornadas de trabalho, com abono de faltas, percebendo gratificação igual a 40% (quarenta por cento) do salário, não há falar em controle de jornada por ele exercida e, conseqüentemente, pagamento de horas extras, intervalos intrajornada e interjornada e adicionais decorrentes, nos termos do art. 62, II e parágrafo único, da CLT. (TRT-14 - RO: 6920090411400 RO 00069.2009.041.14.00, Relator: DESEMBARGADORA ELANA CARDOSO LOPES, Data de Julgamento: 05/08/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.0148, de 12/08/2009)”

⁹¹ BALCARCE. *Derecho...*, p. 26.

repartição dos bens econômicos; *critério criminológico*, para o qual o Direito Penal econômico seria próprio de um círculo de autores pertencentes a um elevado status social e os fatos relativos ao mesmo seriam realizados no marco de sua atividade profissional; *critério vinculado à empresa*, que considera o Direito Penal econômico como aquele que tem na empresa o instrumento por meio do qual alguém pratica crime de natureza econômica; *critério vinculado aos modernos instrumentos da vida econômica*, que no conceito de Direito Penal econômico pretende agrupar os fatos puníveis que supõem um abuso dos modernos instrumentos da vida econômica, como uso indevido de cartões de crédito e cheques; e, finalmente, *critérios processuais*, como aquele que pretende determinar o conceito de Direito Penal econômico, reunindo o conjunto de fatos incriminados como delitos patrimoniais clássicos que apresentam dificuldades na investigação e prova, requerendo conhecimentos especiais em matéria econômica.⁹²

No Brasil, tornou-se clássico o conceito de Manuel Pedro Pimentel, para quem o Direito Penal econômico seria “o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo interesses juridicamente relevantes.”⁹³

Modernamente, na Espanha, Bajo Fernández subdivide o *Direito Penal econômico* em *Direito Penal econômico em sentido estrito* e em *sentido amplo*.⁹⁴ Assim, *Direito Penal econômico em sentido estrito* é o “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía.”⁹⁵ Esta concepção estrita refere-se à intervenção do Estado na economia.⁹⁶ Enfim, *Direito Penal econômico em sentido estrito* são todas aquelas infrações contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia.⁹⁷ A partir deste ponto de vista, o que se pretende proteger é o estatuto jurídico da economia de mercado ou, concretamente, as leis de repressão à concorrência, mecanismos de fixação de preços etc.

Seguindo a diferenciação explicitada por Bajo Fernández, *Direito Penal econômico em sentido amplo* significa o “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden

⁹² BALCARCE. *Derecho...*, p. 28 a 32.

⁹³ PIMENTEL. *Direito...*, p.10.

⁹⁴ Segundo Carlos Martínez-Buján Pérez, a distinção entre conceitos amplo e estrito de crimes econômicos foi adotada pelo projeto alternativo alemão de Código Penal, na redação do Título segundo (“Delitos contra a economia”) da parte especial, em consonância com a posição da literatura alemã especializada. E foi, posteriormente, adotada pela doutrina espanhola e plasmada nos projetos espanhóis de novo Código Penal. (*Derecho...*, p. 94)

⁹⁵ BAJO FERNÁNDEZ. *Derecho...*, p. 37.

⁹⁶ PÉREZ DEL VALLE. *Introducción...*, p. 24.

⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho...*, p. 94.

*económico entendido como regulación jurídica de la producción y consumo de bienes y servicios.*⁹⁸

A distinção apontada por Bajo Fernandez, como é possível perceber, toma como referência a discriminação entre *ordem econômica em sentido estrito* e *ordem econômica em sentido amplo*.

Fabián Balcarce explica que a *ordem econômica em sentido amplo* é a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Por sua vez, *ordem econômica em sentido estrito* é a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia.⁹⁹

Como conceito polissêmico, a *ordem econômica* admite ainda outros sentidos. Eros Grau, citando Vital Moreira, faz a seguinte diferenciação entre as três espécies de *ordem econômica*:

[...] em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é um conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; [...] – em um segundo sentido, ‘ordem econômica’ é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica; - em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem jurídica da economia.¹⁰⁰

Neste último sentido, o conceito de *ordem econômica* aproxima-se da noção de *Constituição Econômica*, conforme jargão consagrado por Washington Albino de Souza:

De nossa parte, seguimos a orientação de considerar a Constituição Econômica como componente da Constituição Geral. Apresenta-se na tessitura estrutural desta, não importa se na condição de Parte, Título, Capítulo ou Títulos esparsos. Sua caracterização baseia-se tão somente na presença do econômico, no texto constitucional. Por este registro, integra-se na ideologia definida na Constituição, em apreço e a partir desta são estabelecidas as bases para a política econômica a ser traduzida na legislação infraconstitucional.¹⁰¹

Entretanto, entende-se que, qualquer que seja o sentido adotado, devido a sua extensão, caráter vago e imprecisão, o conceito de *ordem econômica* não está apto a satisfazer os requisitos da substancialidade e concretude imprescindíveis à noção pessoal de bem jurídico, sem a qual se corre o risco de confundi-lo com a noção de função penal.

⁹⁸ BAJO FERNÁNDEZ. *Derecho...*, p. 40.

⁹⁹ BALCARCE. *Derecho...*, p.131.

¹⁰⁰ GRAU. *A Ordem...*, p. 64/5.

¹⁰¹ PELUSO ALBINO DE SOUZA. *Constituição...*, p. 18.

Logo, não se pode apontar a afetação ao bem jurídico *orden econômica* como critério comum apto a identificar os crimes de natureza econômica; muito menos para, a partir de tal pressuposto, pretender-se a autonomia do Direito Penal econômico em relação ao Direito Penal clássico.

Assim, percebe-se a impossibilidade de se reduzir o conceito de *crimes econômicos* a um único bem jurídico capaz de agrupar todas as lesões ocorridas no âmbito econômico.¹⁰² Nesse sentido,

[...] por ejemplo, la criminalidad económica abarca ámbitos de los denominados «delitos contra las personas» y de delitos de peligro (infracciones relativas al Derecho alimentario o de medicamentos, medio ambiente, riesgos de los trabajadores) que, de forma indirecta, estabilizan expectativas normativas sobre estos mismos intereses (vida, salud, integridad corporal, condiciones de vida) cuando su realización está vinculada con comportamientos propios de la actividad y de la empresa.¹⁰³

Verifica-se então, que a noção de *crimes econômicos* não pode se basear num conceito de bem jurídico lesionado comum, cuja generalização para abarcar fatos tão distantes pode gerar um conceito de ínfima capacidade explicativa.¹⁰⁴ Contudo, por outro lado, parece ser salutar que estes crimes sejam agrupados sob um propósito criminológico e finalidades dogmáticas coesas.¹⁰⁵

Luis Gracia Martín muito bem resume os movimentos doutrinários que, de um lado, defendem a autonomia do Direito Penal econômico por meio de uma chamada “modernização” do Direito Penal e, de outro lado, resistem a esta “modernização” mantendo os crimes econômicos sob os mesmos dogmas do Direito Penal clássico.^{106 e 107}

Conforme anota Carlos Pérez del Valle: [...] *el Derecho penal económico ocupa una parcela de la criminalidad con problemas especiales que merece un estudio diferenciado de la reacción penal frente a ellos [...]*”.¹⁰⁸ Assim, a reunião de determinado grupo de crimes sob um mesmo conceito tem como consequência permitir examinar melhor suas peculiaridades, possibilitando identificar suas similitudes e, ao mesmo tempo, suas diferenças com respeito ao Direito Penal clássico.

¹⁰² PÉREZ DEL VALLE. *Introducción...*, p. 24/5.

¹⁰³ PÉREZ DEL VALLE. *Introducción...*, p. 22.

¹⁰⁴ PÉREZ DEL VALLE. *Introducción...*, p. 25.

¹⁰⁵ PÉREZ DEL VALLE. *Introducción...*, p. 25.

¹⁰⁶ GRACIA MARTÍN. *La polémica...*, p. 15.

¹⁰⁷ “Modernização do Direito penal” na doutrina de Luis Gracia Martín tem significado específico: “*En el debate actual de la Ciencia penal, el calificativo de ‘moderno’ ya no designa al Derecho penal de la Ilustración. Éste habría dejado de ser moderno, y para distinguirlo del que ahora se subroga en este carácter, Hassemmer ha propuesto denominarlo ‘clásico’, y atribuir el adjetivo ‘moderno’ al del presente en cuanto ‘institución distinta del Derecho penal clásico’.*” (*La polémica...*, p. 04/5)

¹⁰⁸ PÉREZ DEL VALLE. *Introducción...*, p. 20. No mesmo sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho...*, p. 97.

Diante do exposto, compreende-se que não cabe o reconhecimento de autonomia científica ao Direito Penal econômico em relação Direito Penal, mas nada impede a identificação de um âmbito determinado do Direito Penal que, ao reunir normas incriminadoras relativas ao exercício da atividade econômica, reclame autonomia didático-pedagógica, afinal,

[c]iertamente, existen problemas derivados de la estructura de la organización empresarial que tienen especiales repercusiones para el Derecho penal económico cuando se trata de la búsqueda de responsabilidad individual; pero esto no se hace sino confirmar que el Derecho penal económico ocupa una parcela de la criminalidad con problemas especiales que merece un estudio diferenciado de la reacción penal frente a ellos, pese a que en muchos casos esta reacción supone la utilización de instrumentos propios del Derecho penal tradicional [...].¹⁰⁹

Já sob a denominação *crimes econômicos*, pode-se abranger um amplo espectro de condutas que, se não lesam diretamente o bem jurídico *ordem econômica*, referem-se aos interesses supraindividuais capazes de serem compreendidos como instrumentos a serviço da satisfação das necessidades econômicas das pessoas humanas.

Carlos Martínez-Buján Pérez, coerente com seu conceito de *crimes econômicos* a partir da noção de bens jurídicos supraindividuais, adota o seguinte conceito de *crimes econômicos em sentido amplo*:

[...] caracterizado por incluir, por lo pronto, las infracciones vulneradoras de bienes jurídicos supraindividuales de contenido económico que, si bien no afectan directamente a la refulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, transcienden la dimensión puramente patrimonial individual, trátase de intereses generales de contenido económico o trátase – al menos – de intereses de amplios sectores o grupos de personas.¹¹⁰

A diferença desse conceito com a noção em *sentido estrito* é que aqui não se trata de tutelar o intervencionismo estatal, mas sim de salvaguardar a economia a partir do marco da economia de mercado, ampliando notavelmente os limites de *Direito Penal econômico* e estabelecendo, por de trás dos bens jurídicos que resultam imediatamente protegidos, a ordem econômica como *bem jurídico mediato* ou de *segunda ordem* de cada uma das figuras delitivas concretas.¹¹¹

Bernd Schünemann, por sua vez, também oferece um *conceito amplo* de *delitos econômicos*: “[...] *todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella.*”¹¹²

¹⁰⁹ PÉREZ DEL VALLE. *Introducción...*, p. 20.

¹¹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho...*, p. 95.

¹¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho...*, p. 97.

¹¹² SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 529.

Nesta *noção ampla de delitos econômicos*, compreendem-se as ações e omissões que atentam ou colocam em perigo de lesão, em primeiro lugar, um bem jurídico patrimonial (supra) individual e, em segundo lugar, a *ordem econômica* que regula a produção, a distribuição, o consumo e a conservação dos bens e serviços.¹¹³ Assim, evita-se considerar como *delito econômico* não só os crimes contra a planificação estatal da economia, mas também todo o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica.¹¹⁴

Não obstante a dificuldade de se firmar consensualmente um conceito de *crime econômico*, não constitui tarefa mais fácil definir *crime de empresa*.

Segundo Bernd Schünemann, *criminalidade de empresa (Unternehmenskriminalität)* é a soma dos delitos econômicos que se cometem a partir de uma empresa (ou de modo mais objetivo: “*a traves de una actuación para una empresa*”¹¹⁵). Com isso, Schünemann pretende excluir deste conceito todos aqueles crimes econômicos cometidos à margem da empresa como, por exemplo, delitos cometidos no interior da empresa contra ela mesma ou delitos cometidos por um de seus membros contra os demais.¹¹⁶ Esses são casos de *crimes na empresa (Betriebskriminalität)*.¹¹⁷

Fixadas essas noções, Schünemann deixa claro o objetivo que pretende alcançar com a classificação empreendida: para os casos de *criminalidade de empresa*, em que há problemas especiais de provas e de imputação, deve-se aplicar um programa dogmático e político-criminal especial, diferente dos casos de *criminalidade na empresa* e dos ocorridos fora da noção de empresa como unidade organizada, isso porque:

[...] desde el punto de vista político-criminal y criminológico plantean cuestiones muy distintas a las que plantea la criminalidad de empresa en sentido estricto: la influencia criminógena de una «actitud criminal de grupo», las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico-penal, y los problemas de averiguación del verdadero responsable – por mencionar tan sólo algunos de los siguientes temas de discusión – producen, en conjunto, quebraderos de cabeza en relación con la criminalidad de empresa, pero no en relación con la criminalidad en la empresa, la cual a su vez produce problemas propios.¹¹⁸

¹¹³ MARTOS NUÑEZ. *Derecho...*, p. 129. No mesmo sentido, Raúl Cervini e Gabriel Adriasola: “[...] *esta outra perspectiva supuso originalmente um dobre propósito: em primeiro lugar, entender el order económico u order público económico como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, y en segundo lugar, colocar la protección de los intereses patrimoniales, y posteriormente la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado.*” (CERVINI; ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 64)

¹¹⁴ MARTOS NUÑEZ. *Derecho...*, p. 132.

¹¹⁵ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 529.

¹¹⁶ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 529.

¹¹⁷ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 530.

¹¹⁸ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 530.

Raúl Cervini e Gabriel Adriasola lecionam que o Direito Penal econômico e o Direito Penal de empresa estão numa relação de gênero e espécie “[...] *el Derecho penal de la empresa participa de los condicionamientos sociales, normativos y metodológicos de la categoría mayor que constituye el Derecho penal económico.*”¹¹⁹; ou seja, para os penalistas uruguaíais, Direito Penal econômico é gênero e Direito Penal da empresa é espécie, ou “*como se ha dicho, una parcela de aquél*”¹²⁰

Diante de tudo que ficou estabelecido, para os fins deste trabalho, entende-se por *crimes de empresa os delitos econômicos* que, por meio da atuação de uma pessoa física para a pessoa física ou jurídica empresária, lesionam bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, não afetando diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, transcendem a dimensão puramente patrimonial individual, incluindo os bens jurídicos próprios dos colaboradores da empresa.

¹¹⁹ CERVINI; ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 55.

¹²⁰ CERVINI; ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 55.

CAPÍTULO 2. DO CONCURSO DE PESSOAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

No capítulo anterior estudou-se o horizonte de projeção sobre o qual está estabelecido o objeto deste trabalho.

Aqui, porém, examinar-se-á o *concurso de pessoas*, instituto jurídico penal que reúne outras noções imprescindíveis ao desenvolvimento da pesquisa proposta.

A delimitação entre autores e partícipes, segundo a doutrina especializada, é problema dos mais relevantes e complexos no que concerne aos *crimes de empresa*, dado que nesse âmbito o tradicional instituto do concurso de pessoas depara-se com circunstâncias bastante particulares, notadamente no que tange à determinação da *autoria e participação das pessoas físicas* nestes tipos de crimes. Nesse sentido, p. ex., são oportunas e esclarecedoras as palavras de Luis Gracia Martín:

Esta perspectiva destaca aspectos de la Parte General, sobre todo de autoría y participación, pues estos conceptos se han construido para un modelo de criminalidad individual, y la económico-empresarial involucra a una pluralidad de sujetos que actúan en contextos colectivos conforme a los principios de división del trabajo y de jerarquía. Esta circunstancia ha puesto en jaque a los instrumentos dogmáticos tradicionales, que no ofrecen soluciones seguras a los problemas de imputación del hecho cometido a partir de una actividad empresarial (colectiva).¹²¹

Carlos Matínez-Buján Pérez, por sua vez, diz que se trata de uma questão “*verdaderamente importante desde el punto de vista político-criminal y la realmente complicada desde la perspectiva dogmática.*”^{122 e 123} Raúl Cervini e Gabriel Adriasola, no mesmo sentido, afirmam que se trata de uma das figuras mais problemáticas da dogmática penal moderna.^{124 e 125}

Ademais, assinala Guilherme Yacobucci:

¹²¹ GRACIA MARTÍN. *La polémica...*, p. 10/11.

¹²² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho...*, p. 493.

¹²³ A dificuldade da dogmática penal no enfrentamento do problema é ressaltada por Francisco Muñoz Conde: “[...] *esta diferenciación conceptual entre autoría y participación se hace más difícil de realizar, e incluso a veces puede quedar gravemente comprometida, cuando el delito es cometido, no ya por varias personas cada una con distinto grado de intervención o responsabilidad en su realización, sino por esas mismas personas integradas en grupos u organizaciones en cuyo seno – por otros miembros del mismo – se ha diseñado un plan conjunto o decidido la realización de esas acciones. En estos casos, no se plantea sólo la necesidad de castigar a los miembros del grupo por su pertenencia al mismo o por ejercer funciones directivas, cuando éste ya de por sí constituye una asociación criminal, sino el problema de cómo hacerlos responsables cuando no intervienen directamente en la ejecución de los delitos concretos que llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, los planifican o asumen el control o dirección de su realización.*” (*Problemas...*, p. 59/60)

¹²⁴ CERVINI. ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 176. No mesmo sentido:

¹²⁵ Com relação ao instituto do concurso de pessoas, alerta Beatriz Vargas Ramos: “*O tema do concurso de pessoas no crime é, sem dúvida, um dos mais difíceis de toda a dogmática penal. Oferecendo ao estudioso do direito um vasto campo de experimentação da teoria do delito. [...] Nenhum outro tema do direito penal é tão propício à proliferação de conceitos, classificações e subclassificações. Nenhum outro é tão favorável às abstrações e minúcias acadêmicas. A teoria do concurso de pessoas corre o risco de separar-se da realidade, para perder-se em um conceitualismo vazio, sem nenhum valor prático ou dogmático.*” (*Do concurso...*, p. 19)

Mientras en los delitos comunes usualmente quien ejecuta la acción será el autor y responsable del ilícito, en materia empresarial probablemente haya que distinguir entre el executor material de la conducta ilícita y quien en definitiva será considerado autor y responsable del delito.¹²⁶

Por outro lado, conforme observa Bernd Schünemann, a técnica legal de construção dos tipos penais tende a seleccionar condutas praticadas pelos estratos mais baixos da estrutura empresarial, o que, ao lado de um complexo conjunto de fatores criminológicos, contribui muitas vezes para que resultem impunes pessoas verdadeiramente responsáveis pelo delito, verificando-se a punição apenas das classes subalternas da estrutura empresarial.^{127 e 128}

Comumente, procura-se contornar tal dificuldade provocada pela construção dos tipos penais, pela aplicação de elaborações doutrinárias que ainda carecem de maior precisão científica, construídas muitas vezes a partir de um sentimento de justiça descontínuo (episódico) e incoerente, valendo-se de signos linguístico-retóricos – cita-se como exemplo a noção “domínio da organização” ou “domínio do fato”.^{129 e 130}

Essa situação é lembrada com profunda clarividência por Luís Greco na apresentação de obra coletiva recentemente lançada no Brasil, em que um dos artigos da obra visa exatamente a:

[...] examina[r] – e refuta[r] – aquele que talvez seja o motivo do recente interesse pela ideia de domínio do fato: a esperança de que, com base nela, seria finalmente possível responsabilizar pessoas que ocupam posições de comando, que, supostamente, permaneciam impunes segundo a leitura tradicional de nosso art. 29 do CP.¹³¹

Estabelecidos tais pressupostos, passa-se ao estudo do concurso de pessoas, a partir do Direito Penal positivo brasileiro.

¹²⁶ YACOBUCCI. *La responsabilidad...*, p. 06.

¹²⁷ Sem esquecermos que o inverso disso também é possível, ainda que de forma episódica, como por exemplo, criminalização de pessoas com poder econômico e social que são selecionadas pelos meios de comunicação para a construção de notícias distorcidas e irreais.

¹²⁸ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 533.

¹²⁹ Veja-se, ainda, a astuciosa pesquisa empreendida por Alaor Leite que evidencia diversas passagens no julgamento da AP 470 (“mensalão”) do STF, em que os ministros confundem “domínio do fato” com “domínio da organização” (LEITE. *Domínio...*, p. 138 a 145).

¹³⁰ Pablo Alflen em artigo específico sobre o domínio da organização e após analisar diversos julgados na jurisprudência brasileira sobre a aplicação desta teoria a crimes empresariais, conclui o seguinte: “O que se observa com isso é que a chamada teoria do domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder merece um exame mais detido por parte da literatura jurídico-penal brasileira, na medida em que esta servirá como supedâneo para a resolução de casos complexos desta natureza.” (ALFLEN. *O domínio...*, p. 15). Contudo, esse fenômeno não é uma exclusividade brasileira; segundo anota Fernando Miró Linares, na Espanha sucede o mesmo. Diz ele – num tom de crítica – que o tribunal Supremo espanhol passou a generalizar o emprego da teoria do domínio do fato no âmbito dos crimes empresariais, com várias sentenças que empregam esta teoria para determinar a autoria no seio da empresa (MIRÓ LLINARES. *Derecho...*, p. 329/30).

¹³¹ Apresentação de autoria de Luís Greco para a obra: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

2.1. Disciplina legal.

A lei penal brasileira adota a teoria da *conditio sine qua non* (art. 13, *caput*, CPB) como critério geral de atribuição de resultados aos agentes.¹³² Igualmente, consagrada que também foi a concepção da equivalência dos antecedentes causais, não se faz diferenciação entre causas que contribuem de forma mais decisiva para o resultado daquelas que contribuem menos, pois todas as causas se equivalem.¹³³

Assim, de acordo com este critério, *causa* é verificada por meio do *juízo de eliminação hipotética*, ou seja, sabe-se se o resultado é efeito de determinada conduta quando a eliminando também desaparece o resultado. Nota-se que se trata de critério que se baseia em elementos físico-naturalísticos, o que indica ser uma herança da *teoria causalista da ação*.¹³⁴

Por outro lado, estabelece o art. 29 do CPB: “*quem de qualquer forma concorre para o crime incide nas penas a este cominadas*”. Veja-se que o citado dispositivo utiliza a expressão “concorre”, estabelecendo uma relação sistemática com o art. 13 do CPB. Nas palavras de Luís Greco e Adriano Teixeira:

Se, por um instante, voltarmos os olhos para o nosso código [...], percebemos que o sistema brasileiro é bem próximo dessa concepção causal, [...] especialmente em razão de dois dispositivos. O primeiro é o art. 29, *caput*, que diz que: «Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade». O problema central que se coloca é determinar o que significa «concorrer» para o crime. Em geral, «concorrer» é interpretado com referência ao art. 13, *caput*, que diz que «o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido».¹³⁵

Ou seja, para Luís Greco e Adriano Teixeira, a combinação dos dois dispositivos leva à *concepção causal de autoria* (autor é quem causa o resultado), logo o CPB teria acolhido o conceito *extensivo de autor*.¹³⁶

¹³² “O Código adotou, portanto, a teoria da *conditio sine qua non* (condição sem a qual não) ou teoria da equivalência dos antecedentes causais, embora de forma mitigada, uma vez que o § 1º do referido artigo a relativiza consideravelmente, teoria cuja formulação se deve a Julius Glaser (1858) e, em especial, a Maximilian von Buri (1873), magistrado do Supremo Tribunal do Reich, e segundo o qual causa é toda e qualquer condição que concorra para a produção do resultado, não se distinguindo entre causa e concausa ou entre causa e condição, já que os antecedentes causais se equivalem (daí o nome: teoria da equivalência dos antecedentes causais.” (QUEIROZ. *Curso...*, p. 228)

¹³³ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 359.

¹³⁴ O que Roxin aponta como “teorias causais da autoria”. (Autoria..., p. 23/4.)

¹³⁵ GRECO; TEIXEIRA. *Autoria...*, p. 51.

¹³⁶ Adoção do conceito extensivo de autor, em prejuízo à concepção *restritiva de autor*, que, segundo Nilo Batista, teria como consequências (numa possível adoção da concepção *restritiva de autor*): “A primeira delas – e que poderíamos dizer clássica – é aquele que se valesse de um terceiro que obrasse sem dolo para a execução do delito não poderia ser considerado autor [...]. A segunda delas é que os eventuais dispositivos legais que regu-

Realmente fica nítida a relação sistêmica que ambos dispositivos apresentam ao delimitarem – primariamente, diga-se – um *círculo possível de realizadores do injusto*.¹³⁷

Contudo, deve-se alertar que a decorrência lógica de uma possível adoção do conceito *extensivo de autor* é ampliação exagerada da categoria dos autores, o que pode implicar infração ao princípio da legalidade, pois “[u]ma concepção de autoria que se vincule à causação do resultado e negligencie sobre a imputação objetiva deste resultado ‘abre’ o tipo e viola o princípio da reserva legal”.¹³⁸

No entanto, uma análise sistemática do Direito Penal positivo brasileiro exige que os arts. 13, *caput*,¹³⁹ e 29, *caput*,¹⁴⁰ ambos do CPB, sejam interpretados conjuntamente com o art. 1º,¹⁴¹ do mesmo Código, que institui o *princípio da reserva legal* em nosso país, fazendo com que a expressão “*de qualquer modo*” do art. 29 não possa autorizar, nas palavras de Nilo Batista, um “*vôo para fora do tipo do delito*”.¹⁴² Do mesmo modo, esta mesma expressão não pode ser tida como sinônimo de “*qualquer que seja o nível da eficiência causal*”, porque isso contrariaria o postulado básico da teoria da equivalência dos antecedentes – o que confirma ainda mais a relação sistêmica entre os dispositivos dos arts. 13 e 29 do CPB – ou, por outro lado, significaria uma inútil redundância.¹⁴³

Acrescenta-se que do princípio da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CF/88)¹⁴⁴ decorre que o centro gravitacional de todo o sistema jurídico brasileiro é a *pessoa humana*.

lem os casos de simples participação devem ser vistos como causas de extensão da punibilidade, ou, numa pauta mais correta, formas de extensão da tipicidade. A terceira será que o objetivismo extremado da concepção fará separar-se a vontade da ação, para que os fatos culposos possam ter autor dentro da mesma perspectiva de uma ‘neutra’ produção típica do resultado. A quarta será que, sob regimes legais que apenas mais gravemente a conduta do autor, a fixação nesse critério formal pode conduzir a situações de injustiça: se é aceitável que a realização do fato típico expresse autoria, a recíproca (onde não haja realização de fato típico não pode haver autoria) levaria a soluções insuportáveis.” (BATISTA. *Concurso...*, p. 31/2)

¹³⁷ Nesse sentido, Jorge Figueiredo Dias, para quem: no Brasil, a conceito extensivo de autor baseado na causalidade constitui apenas um ponto de partida da análise da autoria. (FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 783)

¹³⁸ BATISTA. *Concurso...*, p. 34/5.

¹³⁹ “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

¹⁴⁰ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

¹⁴¹ “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

¹⁴² BATISTA. *Concurso...*, p. 44.

¹⁴³ BATISTA. *Concurso...*, p. 44.

¹⁴⁴ Acrescenta-se, ainda, as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto Federal n. 678 de 06 de novembro de 1992, especialmente, arts. 1º e 11: “Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.”; “Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua

Daí é possível extrair-se que, no marco do Estado Democrático de Direito, deve-se reconhecer a *autonomia/responsabilidade individual*. Isso significa que a punição penal deve ser uma resposta à valoração negativa sobre *atos* (Direito Penal do fato) e não sobre *pessoas* (*personalidade*, Direito Penal de autor); a responsabilidade penal é individual, pessoal e intransferível, não bastando para fundamentá-la que o agente tenha dado causa a um resultado. Somente a partir da determinação de grau de participação subjetiva de cada um dos distintos intervenientes nas diferentes tarefas da empresa pode-se estabelecer a responsabilidade penal de todos eles.¹⁴⁵ Nesse sentido são as lições de Zaffaroni, Alagia e Slokar:

Persona implica autonomía de conciencia (elección autónoma entre el bien y el mal); *peligrosidad* implica determinación (negación de elección autónoma). En este sentido, *peligrosa* puede ser *una cosa, pero no una persona*. Si por *peligrosidad* quiere entenderse algo diferente de *determinación al mal* y, por tanto, se apela a la mera *probabilidad de mal*, no pasa de ser un dato estadístico que, en el caso concreto, no puede asegurar nada.¹⁴⁶

Em síntese, no Brasil, adotou-se o *sistema diferenciador*, admitindo, em nível normativo, a existência de autor e partícipe (art. 29), pois, embora o aludido dispositivo indique uma *concepção extensiva de autor* (incide nas penas qualquer pessoa que concorrer para o crime),¹⁴⁷ o mesmo é limitado por meio de uma necessária interpretação sistemática que o conjuga com os arts. 1º e 13 do mesmo Código.

Os fundamentos legais que consagram essa diferenciação são dados por Nilo Batista: (a) o art. 29 seria um dispositivo inútil, uma vez que repetiria o conteúdo do art. 13;¹⁴⁸ (b) o art. 29 seria inconstitucional por estender a imputação para “*quem de qualquer modo concorre para o crime*” permitindo alcançar atuações fora do tipo, o que violaria o princípio da re-

vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

¹⁴⁵ TERRAGNI. *Delitos...*, p. 14.

¹⁴⁶ *Derecho...*, p. 55.

¹⁴⁷ Afirmando que no Brasil adotou-se a *concepção restritiva de autor*, ZAFFARONI e PIERANGELI: "Essa teoria extensiva de autor deve ser rejeitada, entre outras razões, pela mesma pela qual se deve rechaçar a tese do 'autor único': se a participação é uma forma de atenuar a pena da autoria, não pode ser partícipe quem não preencha os requisitos para ser autor". Continuam os autores: "Rejeitado o conceito extensivo de autor, restamos subscrever o conceito restritivo, que na verdade é assim impropriamente chamado, pois procura ser o critério ôntico, real de autor. Segundo esse conceito, é autor aquele que reúne os caracteres ônticos e típicos para sê-lo, sendo a cumplicidade e a instigação formas de extensão da punibilidade. Essa é a teoria que se impõe à luz de nossa legislação, porque de outro modo não se explica a razão pela qual a lei se ocupa dos que participam (§ 1º do art. 29), de forma especial, visto que, a ser certo o chamado conceito extensivo, a previsão estaria sobrando." (*Manual...*, p. 634). Parece que os eminentes penalistas se prendem à literalidade e à tecnicidade palavra "autor" da expressão "concepção extensiva de autor"; porém, como já foi dito, o CPB não faz a afirmação de uma *concepção extensiva de autor* ao ponto de impedir o reconhecimento de partícipes, o que o CPB faz é delimitar um *círculo possível de realizadores do injusto* (art. 13, *caput*; art. 29 *caput*; e art. 1º) e dentre as pessoas pertencentes deste *círculo* há que se determinar quem são autores e quem são partícipes (art. 29, § 1º; e art. 31, ambos do CPB).

¹⁴⁸ BATISTA. *Concurso...*, p. 44.

serva legal;¹⁴⁹ por fim, (c) o art. 29 sofreria de grave inconsistência lógica, uma vez que o próprio dispositivo admite graduação na concorrência para o crime.¹⁵⁰

Sendo assim, o art. 29 tem por função primeira indicar que o CPB elegeu a diferenciação entre autor e partícipe (*sistema diferenciador* ou *dualista*), além de, segundo as lições de Nilo Batista, exercer a função de nivelar as penas de todas as formas de concurso (autoria direta e mediata, coautoria, instigação e cumplicidade) ao utilizar a cláusula final “*na medida de sua culpabilidade*”.¹⁵¹

Da mesma forma, cabe ainda ressaltar que o Direito pátrio adotou também a *concepção monista* (ou *unitária*) de crime (autor ou autores e/ou partícipe ou partícipes praticam um único crime). Tal afirmação está a seguir comprovada:

(a) O art. 29 do CPB utiliza “crime” (no singular): “*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas*” (sem o destaque no original), donde pode concluir que, mesmo várias pessoas contraindo para um resultado típico, sempre – a partir do texto legal – haverá um único *crime*.¹⁵²

(b) Igualmente, vários outros dispositivos tratam o assunto como *atividades convergentes de causação* para um único crime: o art. 29, *caput* fala em “*concorre para o crime*”; o art. 62, I, ao tratar das agravantes no caso de concurso de pessoas, fala em “*cooperação no crime*”; art. 29, § 2º “*se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave*” (todos sem os destaques no original).¹⁵³

(c) o art. 31 diz “*o crime*” para diferenciar as formas de participação (ajuste, determinação, instigação e auxílio) contidas no dispositivo.¹⁵⁴

Logo, faz-se necessário estabelecer um critério capaz de delimitar quem é autor e quem é partícipe dentro do *círculo possível de realizadores do injusto*.

2.2. Critérios de definição da autoria.

Conforme lecionam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o nosso Código Penal não se preocupa em definir as formas de manifestação da autoria e da participação, apenas estabelece regras de fixação de penas para todos. Isso porque, segundo estes autores,

¹⁴⁹ BATISTA. *Concurso...*, p. 44.

¹⁵⁰ BATISTA. *Concurso...*, p. 44.

¹⁵¹ BATISTA. *Concurso...*, p. 45.

¹⁵² BATISTA. *Concurso...*, p. 37.

¹⁵³ BATISTA. *Concurso...*, p. 37. *Apud*: JESUS, Damásio E. *Da Co-delinquencia*, p. 17.

¹⁵⁴ BATISTA. *Concurso...*, p. 37/8.

os conceitos de autor e partícipe não devem ser inventados pelo Direito, mas recolhidos do mundo das coisas.¹⁵⁵

2.2.1 Critério formal-objetivo.

De acordo com este critério, *autor* é quem pratica a ação descrita pelo verbo contido no tipo penal, ou seja, “*é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito).*”¹⁵⁶ Enfim, “[...] *autor é aquele que, no tipo de homicídio, pratica a ação de matar; no furto, a ação de subtrair; no estupro, a ação de constranger.*”¹⁵⁷ Nos demais casos, aquele que não executa a ação do tipo legal será partícipe.¹⁵⁸

Segundo Pablo Alflen, essa teoria foi a preferida principalmente por Liszt-Shmidt, Graf zu Dohna e Zimmerl e visou a delimitar o conceito restritivo de autor, superando seus déficits. Tal teoria é *objetiva* porque a sua análise é feita sobre o que foi produzido, sem que a vontade ou o interesse do agente tenha algum papel relevante; e também é *formal*, porque esta análise objetiva vale-se dos tipos penais em espécie.¹⁵⁹

Este critério tem o mérito de considerar a *ação do autor* para a *realização do tipo*, abandonando-se, assim, a compreensão da realização do tipo como mera causação. Nesse sentido, são taxativas as palavras de Jorge Figueiredo Dias: “*Esta concepção é, em si mesma considerada, exacta e deve servir, sem tergiversações [...], como ponto de partida e como limite obrigatórios de toda a elaboração dogmática do conceito de autoria.*”¹⁶⁰ Prossegue o eminente penalista português:

Com efeito, ela aponta para a ligação indissolúvel entre a figura do autor e a realização do ilícito típico, conferindo-lhe o sentido dogmático que não pode perder sem violação, inclusivamente, do princípio nullum crimen sibe lege e dando-lhe o lugar sistemático que verdadeiramente lhe cabe: o capítulo (essencial) da teoria do ilícito típico.”¹⁶¹

Contra esta concepção é levantado o argumento de que a mesma seria insuficiente para explicitar a definição dos critérios prático-normativos da autoria, sendo necessário verificar

¹⁵⁵ ZAFFARON; PIERANGELI. *Manual...*, p. 633. Prosseguem os autores: “*Ocorre algo análogo quando se organiza um baile: as entradas podem ter preços diferentes para os homens e para as damas, mas nada impede que tenham o mesmo preço. Os organizadores limitam-se a estabelecer o preço das entradas para os que acorrem ao baile, que pode ser igual ou diferente para cavalheiros e damas, mas os organizadores do baile não se ocupam de definir homens e mulheres, porque estes são dados ônticos.*”

¹⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 759.

¹⁵⁷ QUEIROZ. *Curso...*, p. 336.

¹⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 759.

¹⁵⁹ ALFLEN. *Teoria...*, p. 70.

¹⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 759. No mesmo sentido: GRECO; TEIXEIRA. *Autoria...*, p. 54.

¹⁶¹ FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 759/60.

nas letras da lei o que significa “executar o fato”; enfim, ela não traria os elementos do comportamento que assumem relevo para determinar a distinção. Concretamente isso significa deficiência em determinar quem realiza a ação típica: aquele que dispara sobre a vítima ou também aquele que a subjuga para que o disparo seja feito?^{162 e 163} Assim, para considerar que aquele que subjuga a vítima seja considerado autor, devem os partidários desta teoria admitir que seja suficiente para a (co)autoria a simples realização de um “pedaço” da execução.¹⁶⁴

Por outro lado, para Roxin, esse critério é incapaz de explicar o fenômeno da autoria mediata, pois como é possível fundamentar a autoria do médico que, através de uma enfermeira que desconhece o que faz, administra uma injeção letal no paciente?¹⁶⁵ Também, ainda segundo Roxin, a teoria *formal-objetiva* falha ao explicar a coautoria: supondo que uma mulher e seu marido decidem envenenar uma terceira pessoa; o homem coloca o veneno na sopa enquanto a mulher mantém conversa para distrair a vítima do sabor estranho do alimento. Nesse caso, segundo os defensores dessa teoria, o homem é autor e a mulher cúmplice. Entretanto, critica Roxin: “[o homem e a mulher] *cooperan em plan de igualdad y sus aportaciones al hecho se completan de modo que sólo juntas pueden producir el resultado*”, e conclui o renomado penalista alemão: “*su comportamiento forma, con vistas al fin pretendido, una unidad de sentido que no cabe escindir sin arbitrariedad en las distintas categorías jurídicas*”¹⁶⁶

No que tange especialmente aos *crimes de empresa*, Francisco Muñoz Conde faz duras críticas às teorias formal-objetivas. Primeiro, afirma que a compreensão de que o executor material direto do crime é o principal responsável é uma ideia que está enraizada na imagem do autor dos delitos tradicionais contra a vida, contra a liberdade sexual ou contra a propriedade. Assim, de acordo com essa imagem, a execução da ação típica do respectivo delito (matar, constranger sexualmente, subtrair da coisa móvel alheia) constitui o comportamento cen-

¹⁶² BATISTA. *Concurso...*, p. 62.

¹⁶³ Luís Greco e Adriano Teixeira fazem objeção no mesmo sentido: “*Percebe-se, logo, que o formalismo dessa teoria desemboca em um naturalismo tosco. Matar é apenas o apertar o gatilho ou esfaquear? Vê-se que a diferença entre praticar a ação típica de mão própria e por meio de outrem pode ser mínima. Instalar uma bombarelógio ou açular um cachorro em direção a um terceiro seria ação típica de homicídio ou lesões corporais; deixa o agente de ser autor, caso se valha não mais de uma bomba ou de um cão, mas de um menor ou doente mental? Parece claro que, do ponto de vista da autoria e também da ideia de tipo, não há grande diferença entre essas ações.*” (Autoria..., p. 55)

¹⁶⁴ BATISTA. *Concurso...*, p. 63. Claus Roxin fornece o seguinte conceito de autor, de acordo com essa teoria: “[...] *autor aquel que ejecuta por sí mismo total o parcialmente las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial;*” (Autoria..., p. 54)

¹⁶⁵ ROXIN. *Autoria...*, p. 56.

¹⁶⁶ ROXIN. *Autoria...*, p. 57. Nilo Batista, por sua vez, conclui com as seguintes palavras: “*Se pode resolver alguns problemas, e se se alimenta de uma intransigência elogiável em nível de aproximação com o tipo, não alcança formular uma solução geral satisfatória, e padece de certas contradições internas, como vimos.*” (*Concurso...*, p. 65)

tral, mais importante e, portanto, mais grave diante dos demais atos não estritamente executivos de ajuda, favorecimento, planejamento, organização etc.¹⁶⁷ Conclui dizendo que onde mais se notam as insuficiências da teoria formal-objetiva de autoria é no âmbito dos delitos que se realizam por meio de organizações, grupos de pessoas, aparatos de poder, nos quais a verdadeira responsabilidade das ações que se realizam recai sobre as pessoas que as decidem e não sobre as que as executam, que, por sua vez, também podem ser responsabilizadas tendo em conta, porém, o caráter acessório diante dos verdadeiros responsáveis.¹⁶⁸

Muñoz Conde prossegue dizendo que isso se deve também à irrelevância que em si mesmas apresentam as ações executivas nos delitos empresariais, já que ações como anotações contábeis, transferências de capitais, investimentos na bolsa de valores etc. são em si mesmas ações penalmente irrelevantes, que só adquirem significado penal quando situadas num determinado contexto e na medida em que formem parte de um plano conjunto de decisão criminal. Somente assim se pode explicar que o executor das ações seja o personagem secundário, sem capacidade de decisão e, inclusive, sem consciência clara da relevância penal de seu comportamento para o plano criminoso.¹⁶⁹

2.2.2. Critério material-objetivo.¹⁷⁰

Segundo esta concepção, autor é quem presta a contribuição objetiva mais relevante; os demais serão partícipes. Trata-se de um critério que tenta diminuir a rigidez da teoria da causalidade, distinguindo as contribuições em determinante e coadjuvante.¹⁷¹

Segundo um critério material-objetivo, a distinção entre autoria e participação deveria ser pesquisada sob o prisma da diferença de eficiência ou relevância causal das respectivas condutas. O nível em que se processasse tal pesquisa faria com que a distinção transitasse entre condutas causais – condutas não causais; causa – condição; causa adequada – causa inadequada; causa – necessária – causa desnecessária; causa positiva – causa negativa; etc. Versada por Frank e Binding, tal teoria foi es-

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 75.

¹⁶⁸ MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 75.

¹⁶⁹ MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 75.

¹⁷⁰ Sobre esta nomenclatura, são esclarecedoras as lições de Pablo Alflen: “A teoria objetivo-material atualmente tem sido objeto de divergência quanto à sua própria definição, sendo que, na doutrina, encontram-se aqueles que, por um lado, consideram-na um equivalente da teoria do domínio do fato (ou essa equivalente daquela), e aqueles que, por outro lado, consideram-na uma subespécie de teoria objetiva diversa da teoria do domínio do fato. No primeiro grupo situam-se Stratenwerth, Kuhlen, Renzikowski, Wessels, Beulke e Bacigalupo, os quais entendem que aplicam o critério do “domínio do fato” são denominadas indiferentemente de teorias objetivo-finais ou (mais recentemente) de teorias objetivo-materiais. No segundo grupo situam-se Jescheck, Schroeder, Baumann, Gropp, Kindhäudser e Otto, os quais ressaltam que não cabe confundi-las. Este último posicionamento é o mais apropriado.” (*Teoria...*, p. 72)

¹⁷¹ ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual...*, p. 635.

pecialmente difundida por Birkmeyer; costuma-se situar suas raízes em Feurbach*.^{172 e 173}

Veja-se que o ponto de partida desta teoria está na possibilidade de perceber a diferença de *valor de contribuição causal* entre a atuação do autor e do partícipe¹⁷⁴ e entre contribuição determinante e contribuição coadjuvante.¹⁷⁵ Frank, por exemplo, afirmava que *causa* é a causalidade intermediada fisicamente, enquanto que *condição* o é psiquicamente.¹⁷⁶

Este critério não passou despercebido pelas críticas. Nilo Batista coloca em evidência a incompatibilidade desta teoria com a do direito positivo brasileiro:

O aspecto mais visivelmente vulnerável de um critério material-objetivo está, como percebe Dell'Andro, em que ele recoloca, no campo do concurso de agentes, toda a perplexidade que, na área específica da causalidade, já fora posta pelo empenho vão no diferenciar causa de condição. Este argumento tem caráter intransponível para o direito penal brasileiro, que explicitamente adotou a teoria da equivalência dos antecedentes.¹⁷⁷

2.2.3 Critério subjetivo.

Os partidários desse critério partem do pressuposto de que é impossível distinguir o autor do partícipe a partir da causalidade,¹⁷⁸ assim buscam a limitação entre autoria e participação em elementos intrapsíquicos, como a vontade, a intenção, os motivos e as atitudes dos partícipes.¹⁷⁹

Segundo Claus Roxin, as teorias subjetivas reúnem-se sob dois grupos formados pelas teorias do *dolo* e do *interesse*: “*Las primeras distinguen en función de la clase de voluntad; las segundas, con arreglo a si el hecho se cometió en interés propio o ajeno.*”¹⁸⁰ Assim, por exemplo, lecionou Buri encampando a teoria do dolo:

* Parece haver um equívoco por parte de Nilo Batista com relação à escrita do nome do penalista alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, e não Feurbach.

¹⁷² BATISTA. *Concurso...*, p. 66.

¹⁷³ As variações deste entendimento estão explicitadas em: ROXIN. *Autoría...*, p. 58 a 71.

¹⁷⁴ BATISTA. *Concurso...*, p. 65/6.

¹⁷⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual...*, p. 635.

¹⁷⁶ ALFLEN. *Teoria...*, p. 72/3.

¹⁷⁷ BATISTA. *Concurso...*, p. 66. Por outro lado, Nilo Batista fala dos méritos do critério material-objetivo: “*O maior mérito do critério material-objetivo, em nossa opinião, está no questionamento à causalidade ‘absolutizada’ pela equivalência dos antecedentes. A conduta de propiciar a arma pode ser considerada tão causal quanto a de ferir a vítima, mas o direito não pode esgotar a sua apreciação neste aspecto, sem um processo de quantificação física e valorativa revelador de uma diferença que não pode ser ignorada. A minorante da participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP) demonstra que o direito brasileiro recomenda essa apreciação.*” (*Concurso...*, p. 67)

¹⁷⁸ BATISTA. *Concurso...*, p. 67.

¹⁷⁹ ROXIN. *Autoría...*, p. 71.

¹⁸⁰ ROXIN. *Autoría...*, p. 71.

Lo distinto del autor com respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la de partícipe. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor.¹⁸¹

Anota Nilo Batista que o critério seria capaz de resolver o problema da autoria mediata,¹⁸² porém esbarra em diversos outros problemas. Figueiredo Dias, por exemplo, diz que o sentimento pessoal do agente não pode, em si mesmo, constituir critério da autoria: não é porque alguém se sente autor (por ter a ideia de ser a ele que pertence o papel mais importante na realização do fato, quando na verdade se limitou a colaborar no fato de outrem) que uma tal qualidade lhe deve passar a caber.¹⁸³ Nesse sentido, objeta Roxin: “*Así, por ejemplo, si dor personas realizan conjuntamente un hecho, dejando internamente cada una la ejecución a criterio de la otra, tendían que ser ambas partícipes, y faltaría el autor.*”¹⁸⁴

2.2.4. Teoria do domínio final do fato.

A teoria do domínio do fato é adotada pela melhor doutrina no Brasil para a delimitação entre autor e partícipe.^{185 e 186}

De acordo com o critério *final-objetivo*, autor é quem determina/conduz o “se” e o “como” do crime; “[...] será aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo.”¹⁸⁷

Juarez Cirino dos Santos resume bem a ideia central desta mesma teoria:

A ideia básica da teoria do *domínio do fato* pode ser assim enunciada: o autor *domina* a realização do fato típico, controlando a continuidade ou a paralisação da ação típica; o partícipe *não domina* a realização do fato típico, não tem controle sobre a continuidade ou paralisação da ação típica.¹⁸⁸

¹⁸¹ BURI, Maximilian von. *Über Kausalität und deren Verantwortung*, 1873. *Apud*: ROXIN. *Autoría...*, p. 72.

¹⁸² BATISTA. *Concurso...*, p. 68.

¹⁸³ FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 764.

¹⁸⁴ ROXIN. *Autoría...*, p. 74.

¹⁸⁵ No mesmo sentido: BATISTA. *Concurso...*, p. 73; CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 361. ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual...*, p. 635 e ss; BITENCOURT. *Tratado...*, par. 35.56. Em sentido diverso: Pablo Alflen, para quem: “ [...] não há como transpor a teoria do domínio do fato de Roxin ao plano brasileiro, devido à sua absoluta incompatibilidade com a ordem jurídica vigente e com a opção do legislador brasileiro por um sistema unitário funcional. Todavia”, prossegue o eminente jurista, “isso não implica o rechaço à ideia de domínio do fato, ao contrário, impõe a necessidade de construção de uma concepção de domínio do fato, que coadune com o sistema brasileiro vigente [...]” (ALFLEN. *Teoria...*, p. 170).

¹⁸⁶ O ministro Celso de Mello, em seu voto na AP 470 (“mensalão”) do Supremo Tribunal Federal, afirmou que a teoria do domínio do fato é compatível com o art. 29 do CPB (f. 56.811). *Apud*: LEITE. *Domínio...*, p. 133.

¹⁸⁷ BATISTA. *Concurso...*, p. 69.

¹⁸⁸ CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 360.

Segundo lecionam Luís Greco e Alaor Leite, a expressão *domínio do fato* foi utilizada pela primeira vez por Hegler no ano de 1915.¹⁸⁹ Contudo, não era empregada nos termos que atualmente é utilizada e estava mais ligada aos fundamentos da culpabilidade.¹⁹⁰ Para Hegler o “*domínio do fato integral*” (*volle Tatherrschaft*) deveria ser analisado como um pressuposto material da culpabilidade, assim, somente agiria com culpabilidade quem detivesse o domínio do fato.¹⁹¹

Mas é em 1939 que aparece o conceito de *domínio do fato* com Welzel,¹⁹² que compreende pela primeira vez a ideia de *domínio do fato* com a doutrina da ação, derivando desta uma “*autoria final*” baseada no critério do domínio do fato.¹⁹³

Contudo foi com Claus Roxin, em 1963, que a ideia do domínio do fato teve os seus contornos concretamente desenhados, permitindo, paulatinamente, conquistar ampla adesão da doutrina.¹⁹⁴

Para Roxin, “*não se trata de determinar se o agente será punido ou não punido, e sim se o será como autor, ou como mero partícipe.*”¹⁹⁵ uma vez que o Código Penal alemão (§ 25) é expresso em exigir que se faça essa diferenciação.

Segundo Luís Greco e Adriano Teixeira, a teoria funda-se em duas considerações. A primeira diz respeito à sua utilidade social, podendo ser chamada de *consequencialista*. Assim, se o Direito Penal busca a proteção de bens jurídicos, cuja lesão ocorre por meio de ações humanas, fica claro que ele (o Direito Penal) dirija suas proibições às figuras centrais dessas ações, e estas são, em regra, as pessoas que dominam o que fazem.¹⁹⁶ A segunda, de natureza *deontológica*, parte do pressuposto de que as pessoas são mais responsáveis por aquilo que dominam, em relação imediata com a liberdade de cada um. Assim, o Direito Penal tem mais legitimidade em responsabilizar aquele que domina o que faz.¹⁹⁷

Claus Roxin de forma didática dá o esboço da teoria:

[...] o critério diferencial da autoria (em oposição à participação) em um delito é, como regra, o “domínio do fato” (*Tatherrschaft*), ou seja, o domínio da realização do tipo. Esse domínio do acontecer típico pode ocorrer de três maneiras: mediante a realização pessoal do fato (“domínio da ação” – *Handlungsherrschaft*), mediante a execução conjunta do fato (“domínio funcional do fato” – *funktionale Tatherrschaft*) e por via da realização do fato através de outro (“domínio da vontade” –

¹⁸⁹ HEGLER, Alfred. *Die Merkmale des Verbrechens*, 1915.

¹⁹⁰ GRECO; LEITE. *O que é...*, p. 21.

¹⁹¹ ALFLEN. *Teoria...*, p. 83.

¹⁹² WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*, 1939.

¹⁹³ ROXIN. *Autoria...*, p. 85.

¹⁹⁴ GRECO; LEITE. *O que é...*, p. 22.

¹⁹⁵ GRECO; LEITE. *O que é...*, p. 22.

¹⁹⁶ GRECO; TEIXEIRA. *Autoria...*, p. 56.

¹⁹⁷ GRECO; TEIXEIRA. *Autoria...*, p. 56.

Willensherrschaft). Essas três formas de domínio do fato correspondem respectivamente à autoria direta, à coautoria e à autoria mediata.¹⁹⁸

Verificadas estas noções gerais, cada uma destas hipóteses de domínio será estudada de forma mais profunda nos momentos que a pesquisa exigir, nos capítulos seguintes.

2.3. Posição sistemática do concurso de pessoas: autoria como realização pessoal de ilícito típico.

Nilo Batista, valendo-se dos ensinamentos de Angelo R. Latagliata, afirma que o conteúdo do instituto do *concurso de pessoas* é um conteúdo de conceito relacional, ou seja, não existe por si só, é carente de outro ente conceitual que lhe dê referência. Assim, o instituto do *concurso de pessoas* só faz sentido quando relacionado a outro elemento: o tipo.¹⁹⁹ Ora, se o injusto é injusto pessoal, é essencial que esteja em relação com o autor; e como afirma Welzel: “*La teoria del autor tiene que constituir el centro personal de acción de lo injusto.*”²⁰⁰

Contudo, antes, com o *causalismo* (*teorias causalistas da autoria*), fruto do positivismo naturalista, que submetia as ciências do espírito às ideias das ciências naturais e pretendia reduzir os fenômenos jurídicos a meros cursos causais, a doutrina do concurso de pessoas reduzia-se em compreender a autoria e a participação, em Direito Penal, como contribuição causal para o resultado.²⁰¹

A origem desse entendimento está na compreensão do ilícito como *ilícito causal*,²⁰² que radica no injusto a lesão do bem jurídico, e, segundo a qual, o autor dá a iniciativa causal, porém, nada aporta no que se refere ao conteúdo; ou seja, um ilícito que se desenvolveu independentemente do autor.²⁰³

¹⁹⁸ ROXIN. *Sobre...*, p. 310.

¹⁹⁹ BATISTA. *Concurso...*, p. 30. De acordo com este mesmo autor: “*Desde que se abandone a velha concepção causalista de injusto, que exauria seu conteúdo na lesão objetiva de um bem jurídico, e se o compreenda – para além de mera causação de um resultado – como obra de uma vontade, dotada de finalidade, orientada às vezes por certas intenções ou enriquecida por particulares tendências, não tem qualquer sentido situar-se a teoria do autor fora do injusto, como ‘forma de aparição’ (Mezger) ou ‘forma de realização’ (Anibal Bruno) do fato punível.*” (*Concurso...*, p. 29)

²⁰⁰ WELZEL. *Derecho...*, p. 103.

²⁰¹ ROXIN. *Autoría...*, p. 23.

²⁰² FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 763.

²⁰³ WELZEL. *Derecho...*, p. 103.

Esta compreensão causal da autoria fundava-se, basicamente, em duas teorias; em primeiro lugar naquelas orientadas pela *equivalência das condições*²⁰⁴ e, em segundo lugar, naquelas baseadas na *diferenciação entre causa e condição*.^{205 e 206}

Ocorre que, como ensina Jorge de Figueiredo Dias, autor não é quem causa o fato, mas quem o executa, direta ou indiretamente, às exigências do Estado de Direito que a punição se refira à realização do tipo.²⁰⁷

Ora, a *causalidade* é apenas uma primeira condição de análise do processo de imputação, e não revela em si mesma a capacidade para fundar as diversas formas de autoria. Daí que uma concepção correta de autoria deve radicar-se na realização pessoal de um ilícito típico e não na sua “causação”,²⁰⁸ sendo conclusivas as palavras de Welzel: “*La teoría de autor pertenece a la teoría de lo injusto, porque ya lo injusto es de naturaleza personal. La teoría de la culpa determina, entonces, qué autor es responsable de su injusto.*”²⁰⁹

Veja-se, então, que entender a *realização do tipo* como mera *causação de um resultado* tem como efeito a sua própria inutilidade do tipo, uma vez que seus limites são de tal modo estendidos a ponto de se esfacelarem.²¹⁰ Contudo, Claus Roxin, ao estabelecer a função político-criminal do tipo, diz que: “*os tipos servem, na verdade, ao princípio nullum-crimen, devendo ser estruturados dogmaticamente a partir dele.*”²¹¹ Logo, o entendimento da *realização do tipo* como *causação de um resultado* não pode ser aceito, devendo prevalecer a noção de que *autoria é a realização do tipo*, que, por sua vez, deve ser entendida como prática do injusto penal por meio de conduta humana.

Nesse sentido vale a anotação feita por Luís Greco e Adriano Teixeira:

Uma das fundamentais contribuições do finalismo foi conceber o tipo penal não como descrições de causações, mas de ações humanas. A ideia é que o tipo proíbe algo e proibições não se dirigem a processos causais, porque causações (exemplo: gravidez, ter um filho) não podem ser controladas pelo direito. Por outro lado, a ação «matar alguém» o pode.²¹²

²⁰⁴ Estão sob esta compreensão: BURI, Maximilian von; BARRETO, Tobias; BINDING, Karl; e LISZT, Franz von. Para este último, p. ex., “*A autoria, como idéia distincta da cumplicidade, é a causação ou o não impedimento de um resultado relevante, segundo o direito penal.*” (*Tratado...*, p. 355)

²⁰⁵ Sob esta concepção estão: BAR, Carl Ludwig von; e BIRKMEYER, Karl von.

²⁰⁶ ALFLEN. *Teoria...*, p. 56.

²⁰⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 760.

²⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 763.

²⁰⁹ WELZEL. *Derecho...*, p. 104.

²¹⁰ “*Ao se adotar essa concepção causal de tipo, chega-se a um conceito extensivo de autor: quem contribui de forma causal para o resultado é autor, não importando o modo e intensidade da contribuição. Autoria – realização d tipo – é o mesmo que causação.*” (GRECO; TEIXEIRA. *Autoria...*, p. 49/50)

²¹¹ ROXIN. *Política...*, p. 30.

²¹² GRECO; TEIXEIRA. *Autoria...*, p. 53.

Ademais, são valiosas as contribuições de Welzel para esta compreensão. Segundo o penalista alemão, a caracterização da conduta humana como realização da vontade assenta-se na ideia de que o homem pode realizar, de acordo com o fim estabelecido por si mesmo, a conformação do curso causal. Essa conformação, que foi realizada em atenção a um fim e de acordo com sua vontade final, pertence a ele como própria.²¹³ Portanto, o domínio do fato corresponde àquele que leva à execução, de forma conscientemente final, a sua decisão de vontade.²¹⁴

Enfim, a análise do instituto do concurso de pessoas deve estar necessariamente atrelada ao marco referencial do tipo, uma vez que somente por meio dele é que se pode definir, em nível dogmático, as contribuições pessoais para fatos típicos.

²¹³ ALFLEN. *Teoria...*, p. 89.

²¹⁴ WELZEL. *Estudios...*, p. 126.

CAPÍTULO 3. ANÁLISE DA SITUAÇÃO PENAL DO SUPERIOR EMPRESARIAL PELO CUMPRIMENTO DE SUAS ORDENS.

Neste capítulo, pretende-se examinar a situação penal dos membros superiores da sociedade empresária que, no contexto da atividade empresarial, emite ordem para que um subordinado execute a ação definida como crime.

Aqui, por *ordem* entende-se um mandado, uma prescrição, uma determinação do superior empresarial dirigida ao seu subordinado.

Outrossim, o crime mandado deve ser um crime comum, ou seja, aquele que não exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo.

Ademais, pressupõe-se que o superior saiba do caráter ilícito do fato, tenha conhecimento de que a conduta é capaz de gerar o resultado e vontade de obtê-lo. Do contrário, haveria erro de proibição ou ausência de dolo. Nada impede, contudo, que o superior haja com dolo eventual, ou seja, tenha consciência de que a conduta é capaz de gerar o resultado e o aceite.²¹⁵

Ainda, devem-se considerar satisfeitos, naturalmente, os demais requisitos exigidos à punição do agente.

Em seguida, serão examinadas as diferentes concepções elaboradas acerca dessa problemática, no âmbito da doutrina nacional e internacional.

3.1. Coautoria.

A partir da teoria do domínio final do fato conformada à concepção de Welzel, o superior empresarial que ordena ao subordinado a prática de uma conduta típica será considerado *coautor* da conduta que vier a ser praticada em cumprimento à ordem.

De acordo com a referida elaboração teórica, também é autor o que tem o domínio do fato, ainda que não realize nenhum elemento do tipo.²¹⁶

Para Hans Welzel, o aporte na fase preparatória é suficiente para se afirmar a coautoria: “[...] *también el que en lo objetivo sólo realiza meros actos preparatorios o de ayuda, es coautor, cuando es coportador de la decisión común del hecho.*”^{217 e 218}

²¹⁵ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 84.

²¹⁶ CEREZO MIR. *Derecho...*, p. 1095.

²¹⁷ WELZEL. *Derecho...*, p. 117.

²¹⁸ Essa é também a orientação predominante na jurisprudência nacional. Nesse sentido: TJMS, Apelação Criminal n. 2006.002348-4, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. José Augusto de Souza, Julgada em 19-04-2006;

Bockelmann, seguindo as lições de Welzel, lecionava que “[...] *también llevar a cabo aquellas acciones que normalmente tienen mero carácter auxiliar o preparatorio puede fundamentar la pena por autoría [...]*”.²¹⁹

Gallas, entretanto, afirmava que:

[n]o basta una intervención en el planeamiento o en la preparación del hecho. Más bien, el coautor tiene que tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho. El que se limita a espiar sobre la oportunidad del hecho o a proporcionar los instrumentos necesarios no actúa como co-señor del hecho, sino sólo como cómplice, aun cuando haya participado en el acuerdo sobre el hecho.²²⁰

Tal controvérsia reflete os distintos pontos de vista sobre o domínio do fato. Welzel e Bockelmann representam evoluções ulteriores de uma teoria estritamente subjetiva do dolo. Com isso, a mínima participação na preparação pode bastar para afirmar a autoria, desde que estejam presentes os requisitos subjetivos. Já Maurach e Gallas partem de uma teoria objetiva da participação e por isso requerem para a autoria uma maior proximidade ao tipo.²²¹

À mesma solução, embora com argumentação distinta, chega Muñoz Conde.

O professor espanhol recém-referido afirma a necessidade de a dogmática esforçar-se para incluir no conceito de autor as pessoas que, sem realizar ações executivas, decidem e controlam a realização de um delito tanto no âmbito da delinquência organizada quanto no da empresarial.²²²

Os conceitos de autoria e participação, ainda segundo o autor espanhol, devem ser reformulados diante dos delitos que se realizam por meio de organizações, grupos de pessoas ou aparatos de poder nos quais “[...] *la verdadera responsabilidad de las acciones que se reali-*

TJMG, Apelação Criminal n. 1.0701.05.109770-0/001, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Hélcio Valentim, Julgada em 25-04-2006; STJ, REsp. 1.068.452, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Julgado em 02-06-2009: “1. Aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução.”; STJ, HC n. 191.444, Rel. Min. Og Fernandes, Julgado em 06-09-2011: “3. Cumpre ressaltar, por relevante, que, em tema de concurso de agentes, a autoria pode se revelar de diversas maneiras, não se restringindo à prática do verbo contido no tipo penal. Assim, é possível, por exemplo, que um dos agentes seja o responsável pela idealização da empreitada criminosa; outro, pela arregimentação de comparsas; outro, pela obtenção dos instrumentos e meios para a prática da infração; e, outro, pela execução propriamente dita. Assim, desde cada um deles - ajustados e voltados dolosamente para o mesmo fim criminoso - exerça domínio sobre o fato, responderá na medida de sua culpabilidade.” Na doutrina, seguindo Welzel e Maurach: REGIS PRADO. *Curso...*, p. 461; Também, Pablo Alflen: “O primeiro entendimento, ou seja, de que a contribuição pode ser realizada na fase de preparação, é correto. Isso na medida em que, conforme esclarece Kühl, as contribuições realizadas na etapa de preparação podem assumir relevância diversa em relação ao ato executório posterior, de modo que somente aquelas contribuições na etapa de preparação, as quais assumem relevância considerável para a execução do fato, podem fundamentar a coautoria.” (ALFLEN. *Teoria...*, p. 208).

²¹⁹ BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, partes I y II, 1939-1940. Apud: ROXIN. *Autoría...*, p. 324.

²²⁰ GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme*, Materialien zur Strafrechtsreform, t. 1.º, *Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, pp. 121-153. Apud: ROXIN. *Autoría...*, p. 324.

²²¹ ROXIN. *Autoría...*, p. 325.

²²² MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 76.

zan recae en las persona que las deciden y no en las que la ejecutan [...]”.²²³ Com isso, a proposta Muñoz Conde pretende a reformulação dos conceitos de autoria direta, coautoria, autoria mediata etc.:²²⁴

No se trata, sin embargo, de subvertir la distinción tan trabajosamente obtenida, pero ya acreditada y aclimatada en la Dogmática penal española entre autoría y participación, ni de volver a un concepto unitario de autor que hace tabla rasa de distinciones y matizaciones en los diferentes grados de responsabilidad, ni de convertir en un problema de determinación de la gravedad de la pena que merezca cada interviniente en la realización del hecho delictivo, lo que es ya previamente un problema de determinación del centro de la responsabilidad misma. Se trata de algo más profundo. El “cambio de paradigma” que se ha producido en esta materia antes en la jurisprudencia que en la teoría, se debe a la necesidad de situar en un primer plano la responsabilidad de los directivos y dirigentes de una organización que deciden, organizan y controlan la realización de actos delictivos, aunque luego no intervengan en su ejecución directa.²²⁵

Assim, Muñoz Conde parte do pressuposto de que o problema dogmático de *autoria e participação* nos *delitos empresariales* depende resolução compatível com a própria natureza complexa destes crimes, pois

[...] no es lo mismo la realización de un genocidio a través de un aparato de poder estatal que la de un delito societario de administración fraudulenta en el ámbito de una sociedad bancaria. Como tampoco es lo mismo el atentado terrorista que lleva a cabo un comando siguiendo las instrucciones, más o menos genéricas respecto a los detalles e identidad de las personas víctimas del atentado, de la cúpula de la organización, que el daño medioambiental o la intoxicación alimenticia que se produce por defectos de funcionamiento de una instalación industrial, o en la elaboración, distribución o venta de los alimentos.²²⁶

Outrossim, não se trata mais dos casos clássicos em que “A mata B com a arma emprestada de C” ou “D, E, F e G, de acordo com o planejado, arrombam um banco; enquanto F e G apontam a arma para o caixa, E coloca o dinheiro na sacola e D espera do lado de fora com o carro estacionado”, mas casos mais complexos que se realizam em vários atos, muitas vezes de forma massiva, por largo espaço de tempo e em diferentes lugares e por diferentes pessoas.²²⁷

²²³ MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 75.

²²⁴ “Parece, pues, que la Dogmática jurídico-penal, que con construcciones como la teoría del dominio del hecho consiguió superar las insuficiencias de la teoría objetivo-formal para fundamentar la responsabilidad directa del autor mediato, tiene también aquí que llevar a cabo una revisión del concepto de autoría, mediata o coautoría, adaptándola a la realidad de la fenomenología criminal de la delincuencia cometida en el ámbito de grandes grupos u organizaciones. ¿Pero cuáles son las peculiaridades de la actuación de estas organizaciones y grupos de personas y por qué no son aplicables en ellas las formas de imputación de la responsabilidad penal que han sido desarrolladas en otros ámbitos de la criminalidad?” (MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 75)

²²⁵ MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 75/6.

²²⁶ MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 76.

²²⁷ MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 76.

O mesmo autor divide a apresentação de suas propostas em duas categorias: uma para os casos de *delitos especiales* (aqueles que exigem uma qualidade especial do sujeito ativo)²²⁸ e outra para os *delitos comuns* (que não exigem qualidades especiais). No que diz respeito aos *delitos comuns*, Muñoz Conde faz aqui outra subdivisão: casos nos quais o executor direto do crime atua sem responsabilidade e casos em que o executor direto atua com responsabilidade. Para a primeira hipótese, segundo as lições do penalista espanhol, trata-se de *coautoria mediata*:

Si el ejecutor no es responsable y sólo es un instrumento en manos de alguien que actúa por detrás es difícil, a causa de la *accesoriedad de la participación*, fundamentar en base a ella una responsabilidad del hombre de atrás. Pero no habría ningún problema en aceptar una autoría mediata “normal” si el dominio de la voluntad se basa en un error del ejecutor. En el ámbito de la criminalidad de empresa sería mejor hablar de una coautoria mediata, ya que normalmente el hombre de atrás es miembro del Consejo de Administración de una empresa que, con su participación en una votación, decide la comisión de un delito (por ejemplo, introducir o no retirar productos nocivos del mercado, provocar una insolvencia, frustrar un embargo, llevar a cabo vertidos peligrosos para el medio ambiente, etc.).²²⁹

Entretanto, tratando-se de executor responsável, Muñoz Conde pondera dizendo que o requisito assumido pela doutrina dominante, no qual é necessário que o coautor intervenha também na fase executiva, não pode valer no âmbito dos crimes de empresa do mesmo modo como vale para os crimes contra a vida, contra a liberdade ou contra o patrimônio.²³⁰

Enfim, Muñoz Conde percorre o caminho em que basta a colaboração ainda na fase preparatória para que esteja presente a coautoria,²³¹ ou seja, segundo esse pensamento, passe a aceitar uma copreparação no lugar de uma coexecução.²³²

²²⁸ Com relação aos *delitos especiales*, Muñoz Conde socorre-se do instituto previsto no art. 31 do Código Penal espanhol “*actuar en nombre de outrem*”. Este tema será tratado em item específico no último capítulo deste trabalho.

²²⁹ MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 81. Veja-se que se trata de “*coautoria mediata*” entre os membros de um conselho de administração empresarial.

²³⁰ MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 82.

²³¹ *Pero si se contemplan las particularidades de la intervención en una votación, se advierte inmediatamente lo que JAKOBS ha destacado [...], es decir, que esta intervención no constituye una ejecución del hecho, sino su preparación y que el resultado de una votación es ejecutado en todos los casos prácticos relevantes por personas responsables. ¿Significa esto que los intervinientes en una votación antijurídica, que otras personas responsables ejecutan, sólo pueden ser considerados como (co)autores mediatos o como inductores? Como ya he dicho antes, considero que el requisito asumido por la doctrina dominante de que es necesario que el coautor intervenga también en la fase ejecutiva no puede entenderse en el ámbito de la criminalidad de empresa del mismo modo que en los delitos contra la vida o contra la libertad o contra la propiedad. [...] El dominio funcional del hecho que es, en opinión de ROXIN y también, por las razones anteriormente expuestas, en la mía, lo que fundamenta la coautoría, puede darse también en la fase preparatoria cuando configura la ejecución o está tan íntimamente vinculada con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global del suceso. Ésta, en mi opinión, es la única tesis que puede explicar correctamente el sentido y el significado jurídico-penal de decisiones en el seno de un órgano colegiado como es una votación en el marco de la cúpula o Consejo de Administración de una empresa, que constituye la base para la ejecución de determinados hechos que constituyen tipos delictivos.* (MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 83)

²³² No mesmo sentido: JAKOBS. *Derecho...*, p. 753.

Não obstante a autoridade de Hans Welzel e Muñoz Conde, esta não parece ser a melhor solução.

Claus Roxin faz as seguintes ponderações: (a) no centro do acontecimento relevante para a consideração penal, encontra-se a ação típica, tal como o legislador a descreveu nos diversos tipos penais; (b) não é possível afirmar que alguém que somente contribuiu na preparação do delito possa realmente *dominar* o curso do fato.²³³

As palavras de Roxin são didáticas e esclarecedoras:

Si el otro libre y autonomamente, en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo. En la cooperación conforme a la división del trabajo en la fase ejecutiva ello es completamente distinto: aquí las aportaciones parciales se imbrican de manera que cada uno depende de su compañero y el abandono de uno hace fracassar el plan. Pero quien sólo contribuye a auxiliar en la preparación en algún momento tiene que “dejar de su mano” el hecho y confiar a partir de entonces el otro.²³⁴

Desse modo, seguindo as lições de Claus Roxin, a ordem para a realização do fato típico do superior não é capaz de colocá-lo como coautor do fato. São essas também as conclusões de Luiz Greco e Augusto Assis:

Segundo uma concepção que nos parece correta, essa contribuição deve ser prestada na fase de execução, ou seja, em um momento posterior ao início da tentativa. [...] Parece que, por maior que seja, não há contribuição prestada na fase preparatória que possa «compensar» a falta da contribuição relevante na fase executória. Afinal, sem tomar parte na fase executória, o agente não possuirá verdadeiro domínio do fato, a não ser que se entenda por «fato» algo desvinculado da realização do tipo. [...] *Sem um controle sobre o fato, isto é, sobre a realização do tipo, isto é, sobre a execução do tipo, falta um verdadeiro fundamento a legitimar a severa consequência jurídica da imputação recíproca.*”²³⁵

Ademais, segundo Roxin, a carência de elementos objetivos na delimitação da coautoria de Welzel conduz sua teoria do domínio do fato a uma inegável aproximação com o fundamento da “vontade do autor”.²³⁶ As refutações de Roxin ao entendimento de Welzel adequam-se com perfeição à hipótese aqui estudada:

[...] ni el sentimiento de solidaridad más sincero en el ejecutor directo cambia nada en el hecho de que está exclusivamente en su poder cómo se configurará el curso del hecho *in concreto* y si concede a la decisión común del hecho el dominio sobre sus ideas e actos. La influencia de aquel que no toma parte en la ejecución del plan solo puede surtir efecto sobre la psique del otro. Pero si el que prepara no domina a este otro, sino que por el contrario el ejecutor obra libre y responsablemente, aquel que no está presente tampoco puede dirigir el curso del hecho, estando a ex-

²³³ ROXIN. *Autoría...*, p. 325.

²³⁴ ROXIN. *Autoría...*, p. 325/6.

²³⁵ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 96.

²³⁶ ROXIN. *Autoría...*, p. 328.

pensas del albedrío del agente. En esto el que prepara nada se distingue del inductor, al que desde luego Welzel niega el dominio del hecho.²³⁷

Por fim, cabe ressaltar que as posições que adotam a coautoria como solução ao problema aqui proposto são feitas alargando o conceito do instituto da autoria, fenômeno que Eduardo Demetrio Crespo chama de “*espiritualização da coautoria*”,²³⁸ ampliando-se o conteúdo normativo do conceito de coautoria e suavizando seus critérios.

São precisas as críticas de Demetrio Crespo:

Partiendo de una clásica concepción normativo-funcionalista-sistémica, según la cual tanto el delito como la pena no se entienden como lesiones de bienes jurídicos, sino como meros «sucesos o eventos comunicativo-sociales», la coautoría encontraría un nuevo fundamento em la «teoría del sujeto global». Según este punto de partida el sujeto de acción al cual se atribuye el conflicto es la unidad colectiva de coautores, o más exatadamente, la unidad organizativa de las personas vinculadas a la comunidade personal.²³⁹

Também se deve acrescentar a seguinte ponderação feita por Wilfried Bottke aos argumentos de excepcionalidade da coautoria nos crimes econômicos:

Si se permiten muchas excepciones en la doctrina de autor se daña tanto a la Dogmática que desaparece. Una doctrina que hace depender la autoría de variables y circunstancias no definidas, y que aboga por una ponderación global – no determinada jurídicamente – de todas las circunstancias del caso concreto, no conoce reglas ni excepciones; sencillamente, no es dogmática.²⁴⁰

Schünemann, ademais, resalta a importância da posição de Roxin ao conceber a ação executiva descrita no tipo como base da autoria e critica Jakobs afirmando que negar esta restrição da (co)autoria ao estágio da execução é, em verdade, regredir em cem anos na teoria do delito, “*recayendo en una teoria de la igualdad objetiva de todos los aportes al hecho en el sentido de Maximilian von Buri.*”²⁴¹

Contudo, antes de encerrar, é importante lembrar as hipóteses levantadas por Luiz Greco e Augusto Assis, que possibilitam superar a falta do *plano comum* e da *execução conjunta* capaz de afirmar a coautoria quando se tratar, p. ex., do gerente da sociedade empresária que mantém comunicação por meio de telefone móvel com os seus funcionários durante a execução do fato típico, ou ainda quando o funcionário subordinado toma parte na decisão do gerente:

²³⁷ ROXIN. *Autoría...*, p. 327.

²³⁸ DEMETRIO CRESPO. *Responsabilidad...*, p. 39 e 41.

²³⁹ DEMETRIO CRESPO. *Responsabilidad...*, p. 39/40.

²⁴⁰ BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 24.

²⁴¹ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 37.

É verdade que, em situações em que a ordem passa por mais de um funcionário e em que mais de um funcionário participa da execução – na fabricação e comercialização de um produto danoso à saúde, um funcionário tiver desenvolvido as peças, outro as tiver montado e um terceiro tiver distribuído o produto – é provável que o caráter danoso do produto seja desconhecido por algum ou mesmo por todos os funcionários, que o gerente não saiba quem realizará as tarefas e que deixe aos funcionários os pormenores da concreta execução daquilo que decidiu. Quanto menor for a distância entre as duas pontas, contudo, mais natural será que existam os requisitos do plano comum e da contribuição relevante [...].²⁴²

Assim, salvo a exceção citada, conclui-se pela impossibilidade da existência de *coautoria* entre os superiores empresariais e seus subordinados, pelas razões expostas neste item.

3.2. Autoria mediata.

O superior empresarial é considerado autor mediato dos atos praticados em cumprimento às suas ordens em decorrência da aplicação à criminalidade econômica da teoria do domínio da vontade pelo domínio de um aparato organizado de poder.

Na Alemanha, conforme noticia Roxin, há reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof - BGH*) acolhendo a teoria do *domínio da vontade pelo domínio de uma organização* em relação à criminalidade econômica, o que implica na responsabilização do superior empresarial como *autor mediato* dos atos realizados por seu subordinado:

Uma terceira decisão, que igualmente surgiu no ano de 1997, deve mostrar ainda que nosso Supremo Tribunal Federal, sem hesitar, transfere a figura jurídica do domínio por organização, criada para o sistema de criminalidade estatal e, quando muito, para grupos mafiosos, às empresas econômicas. Aqui foram punidos os dirigentes fáticos de uma Sociedade de Responsabilidade Limitada como autores mediatos de estelionatos que haviam sido cometidos por seus empregados em relação à encomenda de mercadorias. A autoria mediata foi afirmada, apesar de não poder ser verificada «nenhuma atuação concreta ou inclusive apenas o conhecimento atual dos acusados em relação às encomendas de mercadorias». Pois «como autor em virtude do domínio do fato», leva-se em conta «também aquele que se aproveita de condições básicas determinadas por estruturas de organização, que impulsionam o curso regular».²⁴³

No Brasil, veja-se, por exemplo:

EMBARGOS INFRINGENTES. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO MEDIANTE FRAUDE. AUTORIA DO FALSUM. IRRELEVÂNCIA. MANDATÁRIO DA EMPRESA. AUTOR MEDIATO. DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. CRIME CARACTERIZADO. 1. Responsabilidade do embargante como incurso nas sanções do art. 19, parágrafo único, da Lei dos Crimes contra o Sistema

²⁴² GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 106.

²⁴³ ROXIN. *O Domínio...*, p. 89.

Financeiro Nacional, dado que agiu com dolo eventual, ao permitir o envio da CND falsificada por fax ao agente financeiro, o que propiciou a indevida liberação do financiamento junto ao BNDES, sendo irrelevante a autoria da contrafação. 2. Caracterizada a autoria mediata, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização.^{244 e 245}

Conforme já salientado no capítulo anterior, foi Roxin quem elaborou a mais moderna e completa concepção a respeito da teoria do domínio final do fato.

Para tal concepção teórica, como nota Kai Ambos, distinguem-se três formas de domínio do fato: por ação, por vontade e por domínio do funcional do fato. O domínio da vontade, por sua vez, manifesta-se em três hipóteses: por coação, por erro e por aparatos organizados de poder.²⁴⁶

²⁴⁴ TRF-4, EIACR: 1504 PR 2001.70.09.001504-1, Relator: TADAAQUI HIROSE, Data de Julgamento: 19/07/2007, QUARTA SEÇÃO, Data de Publicação: D.E. 23/07/2007.

²⁴⁵ Na jurisprudência nacional ver ainda: PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE IMPOSTOS FEDERAIS (IRPJ, PIS COFINS, CSLL). AUTORIA. TEORIA DO DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PENAL. 1. Comete crime contra a ordem tributária o agente que, dolosamente, suprime o pagamento de tributos, omitindo do Fisco a percepção de rendimentos sujeitos à tributação. 2. Diante da insuficiência das categorias tradicionais de co-autor e partícipe para a atribuição da responsabilidade penal individual, em vista do modelo organizacional que passou, na época moderna, a caracterizar a prática delitiva societária, construiu-se, doutrinariamente, o conceito de autor mediato, assim compreendido como sendo o agente que não tem, propriamente, o domínio do fato, mas sim o da organização, o que sobressai mormente quando o superior hierárquico "sabe más sobre la peligrosidad para los bienes jurídicos que su proprio subordinado" (DIEZ, Carlos Gómez-Jara. *¿Responsabilidade penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas*. In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre: ESMP, 2005. n. 11, p. 13). 3. A responsabilidade penal, em crimes fiscais, é personalíssima, não havendo falar em "culpa concorrente" do profissional de contabilidade que, no mais, não restou demonstrada. (TRF-4 - ACR: 3278 RS 2005.71.00.003278-7, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 17/09/2008, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 24/09/2008); Também: PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUPRIMIR OU REDUZIR CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA (ART. 337-A DO CP). [...] SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. [...] 2. Em se tratando de delitos coletivos, "embora seja dispensável a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado em cada delito, não se pode conceber que a acusação deixe de estabelecer qualquer vínculo entre o acusado e o crime, sob pena de inviabilizar sua defesa" (HC 250020/PB, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, STJ - Quinta Turma, julgado em 02/05/2013, DJe 22/05/2013). 3. Da leitura da denúncia, extrai-se que a exordial tem plena aptidão a atender os requisitos do art. 41 do CPP, não tendo, de modo algum, prejudicado a exata compreensão da controvérsia instaurada, tampouco impedido aos réus de exercessem o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que a exordial estabeleceu liame causal mínimo entre os apelantes e os fatos delituosos. [...] 6. Conforme a autuação fiscal encartada nos autos que revela a sonegação de contribuições previdenciárias, a partir das omissões contábeis, da ausência de fatos geradores em GFIP e da elaboração da folha de pagamento sem a totalização de seus recursos, a materialidade do crime restou demonstrada. 7. "Autor é quem detém o domínio da conduta, ou seja, o domínio da ação final, de acordo com a teoria do domínio do fato ou domínio da organização, porque é este quem decide se o fato vai acontecer ou não, independentemente dessa pessoa ter ou não realizado a conduta material". Conforme os contratos sociais, depoimento testemunhal e interrogatórios dos acusados, a autoria também restou devidamente comprovada, pois os réus eram os administradores da empresa sonegadora. [...] (TRF-5 - APR: 200682000062285, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 20/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: 27/06/2013). Na doutrina nacional ver: BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 711; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 537.

²⁴⁶ É o que registram Raúl Cervini e Gabriel Adriasola (*El Derecho...*, p. 141/2).

Deste modo, a teoria do *domínio da organização*,²⁴⁷ elaborada por Claus Roxin, tem como efeito determinar a *autoria mediata* dos superiores hierárquicos de estruturas de poder com relação aos crimes cometidos por seus subordinados, mesmo que estes atuem com responsabilidade.²⁴⁸ O seu ponto de partida foi a necessidade de resolver satisfatoriamente os casos de crimes cometidos por agentes do Estado no período nazista.

Em processo promovido em Jerusalém, Adolf Eichmann foi acusado de exterminar milhares de pessoas durante a segunda guerra mundial, mesmo sem ter cometido nenhum ato executório.²⁴⁹

Roxin defende que há nítida diferença material entre a figura *instigador* e os *superiores hierárquicos típicos dos Estados totalitários*.

Hitler e os demais ditadores podiam realizar, com auxílio do aparato existente à disposição deles, uma potencial destruição e violação do direito, que, comparativamente, não se afastava da posição do instigador normal. Se se coloca o seu poder de domínio no mesmo nível que a influência de um instigador, nivelam-se de forma normativamente simplificada enormes diferenças materiais.²⁵⁰

Ainda Roxin:

O instigador, antes de tudo, necessita de um autor, ou – em caso de instigação em cadeia – de outros instigadores, e depende das decisões destes; já quem detém o poder de direção de um aparato somente necessita expedir uma ordem e pode deixar todo o restante às estruturas do aparato.²⁵¹

Sendo assim, são muito distintas as posições do *instigador* e de quem *domina uma estrutura de poder*. A diferença na capacidade de influência em cada uma das hipóteses é notável. Logo, não se trata de *coautoria* nem mesmo de *instigação*.

Roxin, por conseguinte, entende que ao superior hierárquico da estrutura de poder, nas hipóteses aventadas, deve-se reconhecer a condição de autor mediato, situação *sui generis*, pois o executor trata-se de pessoa criminalmente responsável.

O aparato de poder, conforme Roxin, garante ao superior a certeza do resultado criminoso, ou seja, a partir do momento em que o líder dá o comando de praticar determinada con-

²⁴⁷ Claus Roxin utiliza tanto a expressão “domínio da organização” como “domínio por organização”. Vide: ROXIN. *Derecho Penal – parte general, Tomo II*, p. 111 e ss.

²⁴⁸ A *autoria mediata* funda-se na ideia da autoria como *domínio de um terceiro*. Claus Roxin sistematiza de autoria mediata (domínio da vontade) com as seguintes hipóteses: (a) domínio da vontade em virtude de coação; (b) domínio da vontade em virtude de erro; (c) domínio da vontade na utilização de inimputáveis e jovens; (d) domínio da vontade em virtude de estruturas de poder organizadas. (*Autoría...*, p. 165 a 280)

²⁴⁹ ROXIN. *O Domínio por organização...*, p. 70.

²⁵⁰ ROXIN. *O Domínio por organização...*, p. 76.

²⁵¹ ROXIN. *Sobre...*, p. 322/3.

duta, tem ele garantido a realização de sua ordem, independentemente de quem irá cumprir, como se o comando significasse “apertar o gatilho”.²⁵²

Diante desta observação sobre os *aparatos de poder*, Roxin sistematiza a teoria com quatro pressupostos necessários para a configuração da *autoria mediata* por meio do *domínio da organização*:

(a) *Poder de mando*. “Autor mediato somente pode ser quem tem um poder de mando dentro de uma organização conduzida rigorosamente e o exerce para produzir realizações típicas.”^{253 e 254}

(b) *Aparato de poder desvinculado do Direito*. Trata-se do pressuposto que gerou mais controvérsias e que “é discutido até mesmo entre os partidários de minha teoria”,²⁵⁵ diz Roxin.

A este pressuposto poderia apresentar o seguinte contra-argumento: se se pensar que o Direito vigente à época era o Direito do Estado Nazista (Nacional Socialismo), todos os atos praticados pelos nazistas estariam de acordo com o Direito vigente. No entanto, um olhar mais atento à questão elimina essa refutação. Nas próprias palavras de Roxin:

As medidas tomadas pela DDR e mesmo pelo Estado Nacional-Socialista moveram-se em muitos setores dentro do direito vigente; porém os âmbitos de atuação, como o «impedimento de fuga da República através de disparos mortais» ou, apenas para mencionar o caso mais assustador, a «solução final para o problema relativo aos judeus», caracterizam atividades absolutamente desvinculadas do direito. [...] Os assassinatos no muro eram condutas desvinculadas do direito, ainda que o dirigente estatal da DDR tivesse outra opinião a respeito disso. Então os assassinatos em massa do regime nazista, evidentemente, também teriam sido atos desvinculados do direito se o antigo dirigente estatal os tivesse ordenado não por meio de ordens secretas, mas «legalmente».²⁵⁶

²⁵² Segundo Kai Ambos, a teoria aplica-se justamente para os casos em que o superior emite uma ordem (conduta positiva), fundamentando-se a *autoria mediata* do emissor da ordem e aplicando-se o art. 25 (3) (b) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, introduzido no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto Federal n. 4.388 de 25 de setembro de 2002.

²⁵³ ROXIN. *O Domínio por organização...*, p. 81.

²⁵⁴ Ainda sobre este pressuposto: “O comandante de um campo de concentração nazista era, portanto, autor mediato dos assassinatos ordenados por ele, mesmo quando ele próprio agia com base em uma instrução de um superior. Por isso muitos autores mediatos podem estar um atrás do outro, em diferentes níveis de hierarquia de mando. Ao contrário, o pessoal de serviço de apoio somente pode ser punido por participação, se na verdade promoveu conscientemente os fatos puníveis através de alguma ação, porém por si mesmo não ordenou nenhum homicídio e também não colaborou na sua execução.” (ROXIN. *O Domínio por organização...*, p. 81).

²⁵⁵ ROXIN. *O Domínio por organização...*, p. 81. Partidário da teoria, porém, contrário ao pressuposto da contrariedade ao Direito: AMBOS, Kai. *Dominio...*, p. 49.

²⁵⁶ ROXIN. *O Domínio por organização...*, p. 81. Em sentido contrário, considerando que a DDR agiu conforme o Direito: Kai Ambos: “Em todo caso, a DDR agiu de acordo com seu próprio entendimento confirme o direito e, por conseguinte, os guardas de fronteira como autores diretos que não – ao menos não conscientemente – desvincularam-se do direito.” (*Parte Geral...*, p. 274)

E também, ainda segundo Roxin, “o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele.”²⁵⁷

(c) *Fungibilidade do executor direto*. É a possibilidade de substituição daquele que pratica a ação final dos comandos do aparato de poder estatal.²⁵⁸

Veja-se que se trata de uma decorrência direta do pressuposto anterior. Assim, no caso de ordens arbitrárias e isoladas de um dos comandantes, os seus subordinados poderiam se rebelar e não executar o comando, ou então denunciar a prática para os superiores, o que não acontece nos casos de *domínio da organização*. Nestes casos, mesmo que um dos executores se rebele e não pratique o ato, haverá outra pessoa disposta a praticá-lo justamente em razão do sentimento de pertencimento comum que é instalado com o aparato organizado de poder. É justamente em razão desta fungibilidade dos executores que não há necessidade de coação do autor direto e nem que ele esteja em erro para praticar os atos finais.

(d) *Disposição essencialmente elevada dos executores ao fato*. Segundo Roxin, “[...] não é por si só decisivo para a aceitação da autoria mediata, mas constitui juntamente com os três fatores já mencionados [...], um aspecto parcial do domínio por organização.”²⁵⁹

Trata-se do elemento de pertencimento característico nos grupos organizados – seja qual for a finalidade, p. ex., torcidas de clubes de futebol, adoradores de determinada religião, fãs de uma banda de rock etc. – em que a multidão elimina a identidade dos indivíduos, que passa a reproduzir atos do grupo.²⁶⁰

²⁵⁷ ROXIN. *O Domínio por organização...*, p. 81.

²⁵⁸ Muñoz Conde fala sobre a importância deste pressuposto: “La clave que, en todo caso, sirve, a mi juicio, para fundamentar en estos casos la autoría mediata de los que están detrás de los autores inmediatos o ejecutores materiales de los hechos, es la fungibilidad de éstos, ya que, en definitiva, se trata de personas carentes de autonomía, que ni siquiera son conocidas personalmente por el que de las órdenes e incluso no tienen una relación directa con ellos.” (*Problemas...*, p. 65)

²⁵⁹ ROXIN. *O Domínio por organização...*, p. 85.

²⁶⁰ Porém, Claus Roxin em sua mais recente manifestação sobre o tema exclui essa *disposição essencialmente elevada dos executores* dos pressupostos da teoria para colocá-la como consequências dois três primeiros: “Esses três pressupostos ensejam uma elevada propensão ao cometimento do fato pelo autor direto, por três razões: em primeiro lugar, porque no âmbito da organização de poder a ordem exerce pressão no sentido de seu cumprimento; em segundo lugar, porque a desvinculação do sistema em relação ao direito faz com que o executor suponha que não há razão para temer consequências penais; e, terceiro lugar, porquanto a fungibilidade do executor induz à ideia de que o fato não depende da sua conduta, uma vez que, mesmo sem ele, outro de todo modo o realizaria.” (ROXIN. *Sobre...*, p. 311). As razões para essa reformulação decorreram de críticas feitas por Kai Ambos quais foram integralmente acolhidas por Claus Roxin. Os fundamentos são convincentes: “A este respeito, sinto-me corroborado por Kai Ambos, que em seu mais recente posicionamento sobre o tema sustenta que a disposição ao fato como critério autônomo “tampouco é compatível com uma compreensão teórico-argumentativa consequente do domínio da organização – domínio do fato como segurança o resultado através do domínio da organização como ‘verdadeiro instrumento’ –, porque centra a atenção da organização – se indiretamente dominado – no executor do fato e com isso relativiza a particularidade organizativa específica e, ao mesmo tempo, a solidez da teoria do domínio da organização.” (ROXIN. *Sobre...*, p. 336)

Enfim, são essas características que dão ao homem de trás o “domínio do acontecimento”,²⁶¹ ou seja, são ultrapassados os limites da mera influência para se alcançar um verdadeiro domínio da realização do tipo pelo homem da frente (veja-se domínio da realização do tipo pelo homem da frente e não domínio do homem da frente! Essa é a diferença entre o *domínio por organização* das demais formas de *domínio da vontade*). Vaticina Roxin:

Fatos como os cometidos por Hitler, Himmler, Stalin e também Fujimori só são possíveis de executar quando se dispõe de um aparato de poder. Toda a história mundial ensina que esse é um método para provocar e dominar realizações típicas, o que não é possível negar racionalmente. É daí que surge também a força de convicção intuitiva dessa concepção.²⁶²

Embora as sociedades empresárias constituam também estruturas organizadas de poder, não se pode equipará-las aos Estados totalitários a ponto de usar em relação aos superiores empresariais os mesmos critérios delimitadores da responsabilidade penal que são empregados em relação aos detentores arbitrários do poder político.

Com relação às sociedades empresárias, falta o pressuposto da atuação em contrariedade ao Direito, relacionado por Roxin como imprescindível ao reconhecimento da autoria mediata.

Entretanto, há quem dispense tal requisito para pleitear a aplicação da *teoria do domínio por organização* no campo dos *crimes de empresa*.²⁶³

O assunto, por despertar polêmica, merece aprofundamento.

No que tange especialmente ao pressuposto *contrariedade ao direito*, Roxin elabora dois argumentos que visam a esclarecer seu conteúdo: (a) “*Em primeiro lugar, o aparato de poder não precisa ter se desvinculado do direito em todos os aspectos, senão apenas no marco dos tipos penais realizados por ele*”;²⁶⁴ (b) “*E, em segundo lugar, para a desvinculação do direito não interessa a visão do antigo sistema, senão a avaliação jurídica atual.*”²⁶⁵ E conclui: “[...] *com base nestes dois esclarecimentos fica evidente que a desvinculação do direito pelo aparato organizado de poder constitui um pressuposto necessário para o domínio do fato do homem de trás.*”^{266 e 267}

²⁶¹ ROXIN. *Sobre...*, p. 311.

²⁶² ROXIN. *Sobre...*, p. 318.

²⁶³ Nesse sentido: AMBOS, Kai. *Domínio...*, p. 49. Porém, Kai Ambos não aceita a aplicação da teoria às empresas.

²⁶⁴ ROXIN. *O Domínio...*, p. 81.

²⁶⁵ ROXIN. *O Domínio...*, p. 81.

²⁶⁶ ROXIN. *O Domínio...*, p. 82.

²⁶⁷ Porém, uma crítica deve ser feita ao segundo argumento elaborado por Roxin, pois dizer que o que interessa é uma análise a partir do sistema atual e não do sistema do tempo da realização dos delitos parece ferir frontalmente um dos pilares do Direito Penal moderno, que é o princípio da legalidade em seu aspecto da anterioridade da lei (*lex praevia*), previsto no sistema jurídico brasileiro e em instrumentos internacionais com validade no território

Kai Ambos²⁶⁸ constrói raciocínio para dispensar o pressuposto da contrariedade ao Direito nas hipóteses de *organizações não estatais (organizações criminosas)*.²⁶⁹ Diz Kai Ambos:

[...] el criterio de la desvinculación del Derecho parece ser convincente a primeira vista, ya que se pretende separar así la paja criminal (¡criminalidad organizada!) del trigo legal (¡empresas!). De este modo, la criminalidad organizada está fuera del ordenamiento jurídico estatal, pero ello sólo en la medida en que no mantenga una relación simbiótica con el Estado, como por ejemplo sucede en el caso de la máfia siciliana o de los “carteles de la droga” comlobianos. Si, en cambio, es éste el caso, si la criminalidad organizada opera como “para-Estado”, es decir, no de modo desvinculado del Derecho, paralelo al ordenamiento jurídico existente o en contra de él, sino estando integrada en este, como elemento del ordenamiento, aprovechando los “cauces del derecho” (Roxin) para la común satisfacción de intereses.²⁷⁰

Mais adiante, acrescenta Ambos:

El hecho de que entoces ya no estamos ante un aparato desvinculado del Derecho no cambia en nada el efectivo dominio del hecho y de los autores por parte de la cúpula dirigente. Posiblemente, la desvinculación del derecho concorra en la mayoría de los casos, pero su ausencia no impide la apreciación de dominio de organización. Por lo tanto, es solo un presupuesto *posible*, pero no necesario de ésta.²⁷¹

Kai Ambos, baseado em tais premissas, conclui que, nos casos de aparatos de poder não estatais, a desvinculação é simples requisito (circunstância acidental) e não elemento (substância);²⁷² e, em razão de determinado aparato de poder, fazer parte do Estado (estar de acordo com o Direito) não mudaria em nada no que concerne à aplicação da teoria, ou seja, mesmo estando de acordo com o Direito aplicar-se-ia o *domínio da organização*.

rio nacional (Pacto de San José da Costa Rica). Contudo, embora o argumento não seja válido para o sistema jurídico brasileiro, isso não implica na sua prescindibilidade.

²⁶⁸ Segundo Kai Ambos: “*el dominio de la organización depende únicamente de la estructura de la organización em cuestión y del número de ejecutores intercambiales.*” (*Dominio...*, p. 51). Diz ainda Kai Ambos que a estrutura de poder, por vezes, é em si o próprio ordenamento jurídico ou parte dele, o que configuraria um maior domínio da organização do que nos casos em que a estrutura de poder está desvinculada do Direito. (*Dominio...*, p. 51)

²⁶⁹ As críticas de Kai Ambos são formuladas em “*Dominio del hecho por dominio de voluntad em virtud de aparatos organizados de poder*, trad.: Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia, 1998” (no original: “*Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, GA, 1998, 226 e ss.”). A réplica de Claus Roxin é feita em: “*Probleme von Taterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*, in SAMSON, E.; DENCKER, F.; FRISCH, P.; FRISTER, H.; e REISS, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grunwald zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 557”. E a tréplica por Kai Ambos é feita em: “*A parte geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*, trad.: Carlos Eduardo A. Japiassú e Daniel A. Raizman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.” (no original: “*Der Allgemeine Teil des Volkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002”). Roxin mantém o debate em “Sobre a mais recente discussão acerca do ‘domínio por organização’”, publicado no Brasil na obra coletiva: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. (coord). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. A versão em alemão foi publicada pela primeira vez no *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (GA), vol. 159, jul. 2012, p. 395-415.

²⁷⁰ AMBOS. *Dominio...*, p. 51/2.

²⁷¹ AMBOS. *Dominio...*, p. 52.

²⁷² Na contrarréplica Kai Ambos reforça dizendo que a *contrariedade ao Direito* é um “requisito” supérfluo (*Parte Geral...*, p. 270).

Ocorre que Kai Ambos incide em erro quando afirma que o fato de uma organização criminosa manter “relação simbiótica” com o Estado a faz estar de acordo com o Direito.

Não é necessário, de acordo com Roxin, que toda a estrutura seja contrária ao Direito, basta que os atos fins estejam subjacentes à proibição do Direito, especialmente do Direito Penal. Nem poderia ser de outra forma, pois a organização da estrutura em si dificilmente será contrária ao Direito, p. ex., telefonemas entre os membros, registros contábeis das ações, a locação de local para reuniões etc. Estes atos em si não são ilícitos.

Desse modo, a análise da contrariedade ao Direito da estrutura só pode ser feita a partir da finalidade coletiva que une a organização, o que se exprime por meio de realização de tipos penais (proibições do Direito). Logo, fazer parte do Estado não significa estar em conformidade com o Direito, mas fazer parte do Estado para a prática de ilícitos penais sim pode indicar a contrariedade ao Direito. Do mesmo modo a matança dos judeus pelo nazismo, que, no mínimo, estava em desacordo com as normas internacionais de Direitos Humanos.²⁷³

Depois de tudo o que foi dito, a imprescindibilidade do pressuposto é argumento capaz de impedir a aplicação da teoria aos crimes empresariais? A resposta é sim,²⁷⁴ pois a finalidade empresarial é sempre em conformidade com o Direito. Mais: trata-se de exercício de direito fundamental: o direito à propriedade, direito à liberdade econômica, direito à livre iniciativa etc. Enfim, trata-se de atividade protegida e fomentada pelo Direito.

Para concluir este item, resta a seguinte pergunta: e se determinadas pessoas criam uma sociedade empresarial com finalidade única de cometer crimes (“*empresa de facha-*

²⁷³ Para Bottke *contrariedade ao Direito* significa contrariedade à cultura jurídica das nações civilizadas. (*Criminalidad...*, p. 27).

²⁷⁴ No mesmo sentido: o próprio Roxin, para quem “*Parece-me mais preciso recorrer à figura jurídica dos delitos de dever, desenvolvida por mim já há décadas, e fundamentar com seu auxílio a autoria dos membros da direção, na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa.*” (*O Domínio...*, p. 91); Também Raúl Cervini e Gabriel Adriasola (*El Derecho...*, p. 145/6), que reproduzem os argumentos dados por Kai Ambos, segundo este: “[...] *llevaría demasiado lejos el subsumir empresas bajo este grupo de casos. Ello deriva ya en plano puramente conceptual de que ha de tratarse de ‘aparatos de poder’, es decir, organizaciones criminales (incluyendo las organizaciones terroristas) destinadas a mantener o incrementar niveles de poder con una estructura de organización y de mando correspondientemente estricta. Y como tales difícilmente – aun adoptando una posición crítica respecto de muchas estrategias de mercado agresivas – podrían calificarse las grandes empresas. [...] En las empresas con distribución funcional y descentralizados, faltarán ya los necesarios ‘procesos reglados’. Pero también en empresas organizadas de modo jerárquico y linear, en las que bajo determinadas circunstancias probablemente puedan desencadenarse ‘procesos reglados’ por instrucciones desde ‘arriba’, no podrá hablarse de que los ejecutores sean mecánicamente intercambiables en el sentido del criterio de fungibilidad*” (*Domínio...*, p. 45/6); Também Luís Greco e Augusto Assis: “*Como as empresas não são dissociadas do direito – pelo contrário, estão sujeitas a diversos controles realizados por diversos órgãos estatais – não se pode, segundo o modelo original, falar em domínio da organização nos casos de crimes cometidos a partir de uma empresa.*” (*Autoria...*, p. 102). Ainda, Schünemann: “[...] *para la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder se debería exigir una supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como Roxin, que la organización se aparte del Derecho, sino también que se base en un sistema de ejercicio de violencia (lo que quizá ya venga implicado en el concepto de «aparato de poder».*” (*SCHÜNEMANN. Responsabilidad...*, p. 19)

da”²⁷⁵)? Ou se a sociedade empresária tem a sua finalidade principal lícita e apenas de forma acessória exerce uma finalidade ilícita?

Nestas “*empresas de fachada*” a sociedade empresarial é mero instrumento da atividade criminal. Sua finalidade é justamente encobrir as atividades ilícitas praticadas pelo grupo, logo a atividade empresarial passa a ser uma atividade acessória. Kai Ambos, ao tratar da inaplicabilidade da teoria do *domínio da organização* às sociedades empresárias, salienta esta hipótese fática:

Las empresas no son criminales *per se*, sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado, pero por regla general no conforma una parte fija de la política de la empresa, es decir, que las infracciones son “accidentales”. Si la situación es diversa, es decir, si las “actitudes criminales” son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del “crimen organizado de modo similar a la mafia” [...].²⁷⁶

Com relação à *criminalidade organizada*, não é possível estabelecer respostas em tese sobre a aplicabilidade da teoria; ou seja, é preciso saber sob quais bases estruturais estabelecem-se as relações na chamada *criminalidade organizada*. O raciocínio é simples: se a organização criminosa tiver estrutura equiparada aos Estados totalitários, é possível falar da aplicação da teoria.

A verificação dessa equiparação deve ser feita *in concreto*, ou seja, verificando uma determinada organização criminosa existente de fato para saber se o seu funcionamento se estabelece nos mesmos termos dos Estados totalitários, quer dizer: há superiores com poder de mando; funciona ilicitamente; há fungibilidade dos membros executores com elevada disposição destes para a realização dos crimes.

Assim, em termos dogmático-penais, se a hipótese que forma o objeto deste trabalho ocorrer no marco de “*empresas de fachada*”, pode-se aplicar a teoria do *domínio da organização*, desde que cumpra, obviamente, os demais requisitos tal como ocorre com os Estados totalitários.²⁷⁷

No mesmo sentido são as lições de Raúl Cervini e Gabriel Adriasola:

Si la empresa misma es una organización criminal bajo a la fachada de una comercialidad aparente, caso muy común en las empresas de fachada que se utilizan para

²⁷⁵ Essa expressão é dita *en passant* por Raúl Cervini e Gabriel Adriasola: “[...] *aquellas organizaciones empresariales que son utilizadas por una organización criminal. Em esos casos, la empresa así gerenciada es una fachada legal [...]*” (*El Derecho...*, p. 141)

²⁷⁶ AMBOS. *Domínio...*, p. 45.

²⁷⁷ No mesmo sentido, Carlos Martínez-Bujá Pérez. Para este autor nada se opõe à aplicação da teoria do *domínio da organização* para as sociedades cuja “*finalidad exclusiva o principal es dedicarse a la comisión de delitos.*” (*Derecho...*, p. 497)

mezclar fondos lícitos con fondos ilícitos con fines de lavado, y en ese caso, la imputación de autoría mediata al *hombre de atrás* aparece justificada mediante el dominio de un aparato organizado de poder.²⁷⁸

Acrescenta-se ainda a observação feita por Raúl Cervini e Gabriel Adriasola que se apresenta como uma variação à “*empresa de fachada*”, tratando-se dos casos de “*grupo ilícito para gestão operativa*”:²⁷⁹

También em casos en que la empresa carezca de una actitud global criminal, pero sea controlada operativamente por una asociación criminal estable será posible atribuir la autoría al *hombre de atrás* cuando el ejecutor directo obre con consciencia de su ilicitud, pero su aporte sea tan mínimo que, por ello, se convierta en si mismo en una pieza intercambiable.²⁸⁰

Isto é, são hipóteses em que a cúpula de uma determinada sociedade empresarial é tomada por um grupo de pessoas com intenções criminosas ou pertencentes a uma organização criminosa. Nestes casos, para os penalistas uruguaios, deve-se aplicar o *domínio da organização*.

[...] la empresa cuyo giro comercial es real y lícito, pero cuyo *management* se enquistaba en ella conformando un grupo *gerencial* organizado, cuyo fin es cometer delitos hacia el interior de la empresa (por ejemplo, defraudando accionistas) o hacia el exterior de la empresa (por ejemplo, defraudando inversores, tenedores de obligaciones emitidas, etc.). En estos casos, existe una verdadera organización delictiva que gobierna la empresa aprovechando los *cauces del Derecho* y que, por lo tanto, puede ser considerada como una organización criminal que *gerencia* la empresa en su propio beneficio ilícito. Esta situación debe ser asimilada a la anterior y el *hombre de atrás* que echa a andar la maquinaria criminal puede ser imputado como autor mediato o autor de escritorio, sin perjuicio de la responsabilidad del ejecutor directo.²⁸¹

Às razões e consequências dadas por Raúl Cervini e Gabriel Adriasola são incorporadas neste trabalho, porém, desde que – insiste-se! – ocorrendo *in concreto* de todos os pressupostos da teoria do *domínio da organização* para que se possa falar em *autoria mediata* do superior empresarial, pois, do contrário, aplicam-se as regras de autoria e participação convencionais adotadas e recepcionadas pela dogmática penal brasileira.

Finalizando este item, cabe mencionar a seguinte indagação formulada por Luís Greco e Augusto Assis: poderia “*haver fungibilidade de executores em uma organização não dissociada do direito*[?]”²⁸² Segundo os próprios autores, apenas dois caminhos podem existir: o primeiro seria responder afirmativamente e o segundo seria demonstrar que a *fungibilidade dos executores* não é pressuposto do *domínio da organização*. Ainda segundo estes autores,

²⁷⁸ CERVINI; ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 148.

²⁷⁹ Tradução livre de: “*asociación ilícita gerencial operativa*”. CERVINI; ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 146.

²⁸⁰ CERVINI; ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 146.

²⁸¹ CERVINI; ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 148/9.

²⁸² GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 103.

Hefendehl segue o primeiro caminho, dizendo que a fungibilidade é uma característica das sociedades empresariais. Mas o que interessa aqui são as críticas feitas por Luís Greco e Augusto Assis à Hefendehl:

Sem entrar no mérito da validade da tese criminológica citada por Hefendehl, a tentativa de fundamentar a aplicação da construção do domínio da organização no âmbito empresarial incorre no seguinte dilema: ou o contexto em que os funcionários estão inseridos é muito propenso a* prática de delitos, de maneira que a organização empresarial teria que ser considerada dissociada do direito; ou o contexto seria apenas levemente inclinado a prática de delitos, de modo que a maior propensão dos funcionários** a cumprir ordens ilícitas não atingiria o nível necessário para que a execução do delito pudesse ser considerada automática.²⁸³

Veja-se que estes argumentos reforçam o que já foi dito antes com relação às *empresas de fachada*: nos casos em que o contexto da sociedade empresarial é muito propenso à prática de crimes é possível – pelo menos em tese, pois depende da configuração dos demais pressupostos – aplicar a teoria do *domínio da organização*.²⁸⁴

Ademais, este pressuposto da *fungibilidade* também não se configura nas sociedades empresariais.²⁸⁵ A fungibilidade é, em última análise, o que garante a execução das ordens, já que sempre haveria alguém disposto a pôr em prática as intenções do grupo. Assim, se a fungibilidade é a garantia da execução dos atos, a *necessidade de garantia* só surge quando se está diante de atos ilícitos, pois em atos lícitos a garantia decorre do Direito). Em outras palavras: a *fungibilidade* – no sentido em que ela é tratada especialmente no *domínio da organização* – somente existe em estruturas com a finalidade ilícita, pois em estruturas de poder com finalidade lícita, o cumprimento das ordens não decorre da fungibilidade, mas sim da própria força coercitiva do Direito.^{286 e 287}

* Flagrante equívoco na não utilização da crase.

** Flagrante equívoco na escrita da palavra no singular.

²⁸³ CERVINI; ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 148/9.

²⁸⁴ Deve-se acrescentar os argumentos dados por Muñoz Conde, que, mesmo não se debruçando sobre o pressuposto da *contrariedade ao Direito*, afirma que: “[...] *el requisito de la tesis de ROXIN que plantea mayores problemas para ser aplicado en el ámbito empresarial es el de la fungibilidad de los meros ejecutores. Ello es así, no sólo porque en estos ámbitos el ejecutor de las acciones concretas que realizan el tipo de un delito no es siempre un anónimo ejecutor intercambiable arbitrariamente, sino una persona que posee conocimientos especiales sin los que no sería posible la realización de esos hechos y que, por eso mismo, es difícilmente sustituible (piénsese, por ejemplo, en un cualificado especialista en contabilidad o en cuestiones fiscales, o en un buen conocedor del funcionamiento del mercado bursátil o de las transferencias o creación de fondos en paraísos fiscales)*.” (MUÑOZ CONDE. *Problemas...*, p. 80)

²⁸⁵ No mesmo sentido: GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 103.

²⁸⁶ No mesmo sentido: “*No modelo original de Roxin, a dissociação do direito decorre da exigência da fungibilidade; apenas em uma organização que está completamente alheia aos comandos da ordem jurídica existiria a pronta substituíbilidade de cada executor.*” (GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 103)

²⁸⁷ Claus Roxin é claro nessa afirmação: “*Pues en caso falta por regla general la intercambialidad de los ejecutores, tal y como se da en las organizaciones que se han desvinculado (o desligado o separado) del Derecho respecto de los tipos penales realizados por ellas (p. ej. De los tipos de homicidio [en sentido amplio]). Tal desvinculación del Derecho existe en los crimines de Estado, en los delitos terroristas y en los casos de crimina-*

Por fim, diante de tudo o que foi exposto, não é possível a aplicação da teoria do *domínio da organização* para os casos de *crimes de empresa* – nem mesmo em tese –,^{288 e 289} salvo quando se tratar de *empresa de fachada*.

Soma-se ainda, lembra Wilfried Bottke, o fato de que não existe essa previsão legal no Código Penal Alemão sobre autoria mediata por meio de agente punível.^{290 e 291}

É verdade também que isso não elimina a possibilidade de haver concretamente as demais hipóteses de autoria mediata no âmbito empresarial, p. ex., subordinado que age em erro ou sob coação, conforme anota Jesús María Silva Sánchez: “[...] *porque se encuentre en una situación de error acerca del significado de lo que está realizando o acerca de su carácter penalmente prohibido (error de tipo y error de prohibición [...])*”,²⁹² O que pode decorrer, por exemplo, da organização e direção da atividade criminosa pelos superiores e execução pelos subordinados, que, em razão da fragmentação da conduta criminosa em largo espaço de tempo e território e quantidade de pessoas, atuam sem o conhecimento do caráter ilícito do fato.²⁹³

3.3. Participação.

Para Roxin, o aporte na fase executiva do crime representa um requisito indispensável na coautoria. Enfim, trata-se de comportamento indispensável para a realização funcional do empreendimento:²⁹⁴

lidad organizada. Pero, si p. ej. en una empresa que participa en el tráfico económico en el marco del ordenamiento jurídico un jefe de sección incita a un empleado a cometer una falsificación de documento, en caso de que se lleve a cabo sólo es inductor del hecho cometido como autor por el empleado. Pues en una organización que opera sobre la base del Derecho debe esperarse que no se obedescan instrucciones u órdenes antijurídicas, como prescriben expresamente p. ej. las leyes de funcionarios.” (ROXIN. *Derecho Penal... Tomo II*, p. 121)

²⁸⁸ No mesmo sentido, Eduardo Demetrio Crespo: “*En todo caso, la doctrina y [...] también la jurisprudencia, no se conforman con modelos de responsabilidad o de imputación bottom-up, sino que, más bien al contrario, cada vez más se prefieren los modelos top down, según la extendida opinión de que la responsabilidad penal no solo no tiene que restringirse a los escalones inferiores, sino que puede incluso partir desde arriba.*” (DEMETRIO CRESPO. *Responsabilidad...*, p. 33). Método *bottom-up* (de baixo para cima) significa que a análise da imputação ao superior inicia-se pela verificação da conduta do subordinado para ir ascendendo progressivamente pela cadeia de mando até se chegar aos altos escalões da sociedade empresarial. Este método conforma-se exatamente ao instituto do *domínio da organização*, em que se verifica a conduta do executor, em primeiro lugar, para em seguida aferir a conduta do emissor da ordem. No mais, trata-se de método para construção teórico-dogmático nada tem a ver com mecanismos investigatórios, ainda que, a depender do caso, pode ser que a investigação obtenha sucesso se iniciar partindo-se da realização do fato até o emissor da ordem.

²⁸⁹ Em sentido contrário: FORNARI. *¿Resulta...*, p. 735.

²⁹⁰ BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 26.

²⁹¹ Deveras, o Código Penal alemão diz o seguinte sobre autoria mediata e imediata: “§ 25. *Autoría (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro.*”

²⁹² SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos...*, p. 65.

²⁹³ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos...*, p. 69.

²⁹⁴ ROXIN, *Autoria*, p.310.

Así pues, aquí reside la idea básica de la coautoría, siempre que se la conciba como dominio del hecho conjunto. Teniendo presente este punto de partida, se entiende perfectamente cómo es que cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros.²⁹⁵

Sobre os requisitos do *domínio funcional do fato*,²⁹⁶ também são didáticas e esclarecedoras as lições de Luiz Greco e Augusto Assis:

Coautoria é a realização conjunta do tipo. Os coautores não precisam realizar, de mão própria, os elementos do tipo, pois o que confere domínio na coautoria é a execução de uma tarefa fundamental no marco da realização do plano comum. Se, p.ex., A e B dividem as tarefas de um furto, de forma que a A caberá quebrar o cadeado da porta e vigiar a entrada e B caberá entrar na casa e subtrair os objetos, ambos cometerão furto qualificado (art. 155, § 4º, I, CP) – A não cometerá apenas crime de dano (art. 163, CP) e/ou invasão de domicílio (art. 150, CP) e B não cometerá apenas furto (art. 155, *caput*, CP); afinal, caso um dos dois não tivesse realizado a sua respectiva tarefa, o plano comum de realizar um furto com rompimento de obstáculo não teria obtido êxito. Portanto, de forma geral, são dois os requisitos da coautoria: um *plano comum* e uma *contribuição relevante* de cada autor. Desses dois requisitos deriva a consequência jurídica que é a nota característica dessa forma de domínio: ela fundamenta uma *imputação recíproca*.²⁹⁷

Ainda que o conceito de coautoria por meio do *domínio funcional do fato* seja um conceito aberto,²⁹⁸ ou seja, dependa da análise do caso concreto para aferição da sua afirmação,²⁹⁹ pode-se afastar, desde já, a *coautoria* nas hipóteses em que há uma *distância* significativa entre os superiores da empresa e seus subordinados, sem a intermediação de meios eletrônicos de comunicação.³⁰⁰ Ora, “[...] o afastamento entre as duas pontas comumente faz com que o superior hierárquico não saiba qual dos funcionários irá realizar a conduta ou quando ela será realizada.”³⁰¹ Não havendo mais *plano comum*, pois não há *decisão comum de como o delito será executado*, além de não haver *contribuição relevante na execução*.³⁰²

²⁹⁵ ROXIN. *Autoría...*, p. 309.

²⁹⁶ Segundo Jorge de Figueiredo Dias: “O que nesta figura existe de característico é a existência, por um lado de uma decisão conjunta; por outro lado de uma determinada medida de significado funcional da contribuição do co-autor para a realização típica;” (*Direito...*, p. 791)

²⁹⁷ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 88.

²⁹⁸ ROXIN. *Autoría...*, p. 312/315.

²⁹⁹ “‘domínio funcional do fato’, isto é, quando a contribuição que cada um traz para o fato é de tal natureza que, de acordo com o plano concreto do fato, sem ela o fato não poderia ter sido realizado [...]. Isto deve ser avaliado em consonância com cada fato concreto, e tendo em conta o seu planejamento. Assim, não se pode dizer a priori se o chamado ‘campana’ é autor (co-autor) ou partícipe, a não ser diante da modalidade operativa do delito: se o campana facilita a consumação de maneira a torná-la mais rápida, será partícipe, mas, se na sua falta, o fato não pudesse ter sido cometido, será um co-autor.” (ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual...*, p. 640).

³⁰⁰ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 92.

³⁰¹ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 92/3.

³⁰² ROXIN. *Autoría...*, p. 306.

Para a existência de *plano comum* exige-se que todos os coautores conheçam como o delito será executado e que eles decidam em conjunto executá-lo.³⁰³

Veja-se que com relação *conhecimento do plano*, tais dificuldades são mais facilmente contornáveis, pois não se exige que todos os coautores tenham participado da elaboração do plano, tampouco que todos manifestem expressamente a sua adesão a ele, sendo suficiente que o gerente tenha elaborado todo o plano e que o funcionário apenas dele tenha se inteirado.³⁰⁴

Ocorre que o verdadeiro empecilho para a configuração do *plano comum* nestas situações está na *decisão conjunta de executar o delito*.

Tal empecilho existe, pois, como o gerente não sabe qual dos funcionários irá praticar a conduta, nem quando ela será praticada, é provável que o gerente desconheça a intenção do funcionário de praticar o delito em coautoria com ele. Dessa forma, o funcionário aderiria de forma tácita ao plano elaborado pelo seu superior hierárquico, o que não é, contudo, o mesmo que decidir em conjunto com o seu superior hierárquico pela prática do delito.³⁰⁵

Veja-se que Claus Roxin reputa indispensável o requisito da *decisão comum*:

El acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias es, también para la postura aquí mantenida, requisito indispensable de la coautoría.³⁰⁶

Corroboram, ainda, com este entendimento as lições de Jorge de Figueiredo Dias ao afirmar que: “*Seguro é ainda que a responsabilidade do co-autor só se verifica na precisa medida em que a execução se encontre acobertada pela decisão conjunta.*”³⁰⁷

Ademais, verifica-se que não há *contribuição relevante na execução* por parte do superior que emitiu a ordem.³⁰⁸ Relevante é a contribuição da qual dependa o sucesso do plano criminoso,³⁰⁹ a partir de uma perspectiva *ex ante*.³¹⁰

³⁰³ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 92. ROXIN. *Autoría...*, p. 310, 311 e 324.

³⁰⁴ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 92.

³⁰⁵ ROXIN. *Autoría...*, p. 309.

³⁰⁶ ROXIN. *Autoría...*, p. 316.

³⁰⁷ FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 793.

³⁰⁸ Nilo Batista fala em “*realização conjunta da resolução comum*”: “*Não basta, pois, ao co-autor que seja ele co-detentor da resolução comum para o fato [...]; é de mister, já que se trata de um autor, que realize tal resolução, e isto se dá quando disponha ele do domínio funcional do fato.*” (*Concurso...*, p. 104). Cirino dos Santos fala em “*realização comum do fato*”: “*A realização comum do fato é constituída pelas contribuições objetivas de cada co-autor para o acontecimento total, que explicam o domínio funcional do tipo de injusto. As contribuições objetivas para o fato comum podem consistir na realização integral das características do tipo, na realização parcial dessas características ou, mesmo, na ausência de realização de qualquer característica do tipo, desde que a ação atípica realizada pelo co-autor seja necessária para realizar o fato típico: por exemplo, na co-autoria de roubo, um co-autor espera no carro com motor ligado para a fuga, outro co-autor desliga o alarme, um terceiro co-autor garante a retirada, um quarto co-autor controla as vítimas com a arma, um quinto co-autor apanha o dinheiro e, ainda, um sexto co-autor pode ter planejado, organizado ou dirigido a cooperação no fato comum [...].* (*Direito Penal...*, p. 370/1)

³⁰⁹ ROXIN. *Autoría...*, p. 310.

Novamente Luiz Greco e Augusto Assis em análise lapidar:

A segunda dificuldade em responsabilizar o gerente e o funcionário como coautores reside, portanto, no fato de que o gerente, por apenas organizar o plano e dar a ordem, não participa da execução. A coautoria apenas seria possível em casos em que o gerente, além de dar a ordem, praticasse ele próprio um ato na fase de execução, como estar em contato com o funcionário durante a execução, fornecendo informações imprescindíveis para o êxito desta.³¹¹

Nesse sentido é a orientação de Jorge de Figueiredo Dias: “*Essencial é a ideia segundo a qual o princípio do domínio do facto se combina aqui com a exigência de uma repartição de tarefas, que assinala a cada participante contributos para o facto [...]*.”³¹² Prossegue o eminente jurista português:

A referida repartição – que, em termos doutrinários, constitui a essência da co-autoria – tem, nos termos da lei [³¹³], de persistir no estágio da execução, é dizer, tem que reflectir-se ainda em *momento situado entre o do início da tentativa e o da consumação do facto*. É óbvio que os contributos para o facto não têm de ocorrer simultaneamente ou no mesmo período de tempo, como também não é indispensável que o co-autor se encontre presente no lugar em que vai dar-se a execução material. O que interessa é que a contribuição material possa ser vista como exercício do domínio do facto e, por conseguinte, como *parte do preenchimento do tipo*.³¹⁴

Ao cabo desta explanação, parece ter ficado claro que não é possível falar em coautoria entre o superior empresarial e seu subordinado, na hipótese em que aquele emite ordem e este comete determinado fato típico, uma vez que ausentes os requisitos do *domínio funcional do fato*.

Resta, assim, analisar a possibilidade de considerar que o superior hierárquico *participe* do crime perpetrado diretamente pelo subordinado em atendimento à ordem sua.

A participação depende do fato principal, uma vez que ela não possui conteúdo de injusto próprio, o que a faz depender do conteúdo de injusto do fato principal.³¹⁵ A isto dá-se o nome de *acessoriedade da participação*.

Num sistema diferenciador entre autoria e participação, como é o Direito Penal vigente no Brasil, convém diferenciar as possíveis formas de participação, que são: *instigação* e *cumplicidade*. Segundo Nilo Batista, “[a] participação consiste em livre e dolosa colabora-

³¹⁰ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 96.

³¹¹ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 96.

³¹² FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 794.

³¹³ Figueiredo Dias refere-se ao art. 26 do Código Penal português: “*É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.*”

³¹⁴ FIGUEIREDO DIAS. *Direito...*, p. 794.

³¹⁵ Segundo Nilo Batista, o art. 31 do CPB recepciona a tese da acessoriedade da participação. (BATISTA. *Concurso...*, p. 163)

ção no delito doloso de outrem.”³¹⁶ e ³¹⁷ Trata-se de uma extensão típica em virtude da qual um sujeito pode ser punido por lesionar bens jurídicos mediante sua conduta dolosa, ainda que carente do domínio do fato.³¹⁸

Contudo, conforme anota Nilo Batista, a acessoriedade admite graus e, segundo o penalista brasileiro: “[o] reiterado emprego da expressão crime na disciplina de concurso de pessoas (art. 29, seu § 2º, 30, 31, 62 e seus incisos) não permite a menor dúvida: prevalece, no direito brasileiro, uma acessoriedade limitada;”³¹⁹ ou seja, a dependência da participação limita-se à *tipicidade e antijuridicidade do fato principal*, isto é, ao *tipo de injusto* do fato principal. A *dependência* da participação *limitada* ao tipo de injusto do fato principal constitui a *acessoriedade limitada* da participação,³²⁰ em prejuízo da antiga *acessoriedade extrema*, hoje abandonada, que exigia, também, culpabilidade do fato principal.³²¹

Ademais, a participação exige que o fato principal seja doloso³²² e que a colaboração do partícipe no fato autor seja objetivamente (co)causante para o fato e subjetivamente dolosa.³²³

Nota-se que a *dependência* da participação, expressa em sua natureza *acessória* em face do fato principal, manifesta-se na ausência de *domínio do fato* do partícipe. Diante disso, Juarez Cirino dos Santos diz haver duas consequências importantes:

a) o partícipe não pode cometer *excesso* em relação ao fato objeto do dolo comum, porque excesso pressupõe *domínio comum do fato* e, portanto, *co-autoria*; b) a participação delimita a área das contribuições de *menor importância*, necessariamente incompatíveis com a existência do *domínio do fato* — embora nem toda participação seja de *menor importância* e, às vezes, a participação seja tão importante quanto a autoria, como ocorre em algumas situações de instigação (homicídio mediante recompensa, por exemplo).³²⁴

Enfim, a participação em *tipo de injusto* alheio pode dar-se mediante: (a) *instigação*, quando um agente, dolosamente, convence/provoca outro para a prática de fato típico doloso;

³¹⁶ BATISTA. *Concurso...*, p. 157.

³¹⁷ Para Roxin: “La participación es un ataque autónomo al bien jurídico mediante colaboración dolosa no constitutiva de autoría en un hecho típicamente antijurídico cometido con dolo típico.” (ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 204)

³¹⁸ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR. *Derecho...*, p. 795.

³¹⁹ BATISTA. *Concurso...*, p. 165. Também: CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 374; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR. *Derecho...*, p. 795. WELZEL. *Derecho...*, p. 121. Em sentido contrário, afirmando a exigência da *acessoriedade máxima*: VARGAS RAMOS. *Do concurso...*, p.74.

³²⁰ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 204.

³²¹ CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 372/3.

³²² CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 375. No mesmo sentido: ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 205.

³²³ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 206.

³²⁴ CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 374.

ou (b) por *cumplicidade* que ocorre quando alguém coopera/auxilia dolosamente outrem para a prática de fato típico.³²⁵

Registra-se que, segundo Nilo Batista, o fundamento da punibilidade da participação não está na corrupção do autor ou na causação do resultado, mas sim no desvalor intrínseco da colaboração prestada a um fato socialmente intolerável (“*teoria da promoção*”).³²⁶

O superior empresarial deve ser considerado *partícipe*, mediante *instigação*, em relação à conduta criminosa do subordinado que cumpre ordem por ele emitida.³²⁷ As seguintes palavras de Roxin confirmam esta conclusão:

Quando en una gran empresa moderna que participa en la vida económica dentro del ordenamiento jurídico, un jefe de departamento exhorta a un empleado a cometer falsedad documental, de llegarse a la comisión, es solo inductor del delito cometido en concepto de autor por el empleado (aun cuando el empleado sea fungible), puesto que de una organización que trabaja en el marco de la legalidad debe esperarse que no hay que obedecer las ordenes antijurídicas;³²⁸

A *instigação*, há de se mencionar, exige que o instigador seja o determinante para o autor cometer o fato, ou seja, pressupõe que o autor não estava decidido por si mesmo em realizar o fato criminoso.³²⁹

Luís Greco e Alaor Leite dedicaram-se no estudo de afastar o equívoco existente no Direito Penal brasileiro de se considerar autor o mandante.³³⁰ Para estes autores a confusão teria origem nas lições do penalista paulista Damásio Evangelista de Jesus, escritas no livro “*Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas. São Paulo: Saraiva, 2002*”: “*A raiz do equívoco é uma confusão entre domínio do fato, autoria mediata por domínio da organização e instigação.*”, prosseguem os autores numa passagem esclarecedora: “*É verdade que quem aceita mediata por domínio da organização transforma algumas hipóteses de instigação em autoria. Mas apenas algumas hipóteses, aquelas em que o comando é dado a partir de uma organização em que se apresentam os três requisitos acima mencionados.*”³³¹ Assim, se

A contrata B, para que este mate C, o amante de sua esposa. Após anos de maus-tratos nas mãos de P, M pede ao filho F maior de idade que mate o pai tirano. A e M são «mandantes», mas não autores, e sim partícipes, instigadores. Isso com ou sem a teoria do domínio do fato, mais até com elas do que sem ela. Porque sem a

³²⁵ BATISTA. *Concurso...*, p. 157.

³²⁶ BATISTA. *Concurso...*, p. 158.

³²⁷ Nesse sentido: FEIJOO SÁNCHEZ. *Derecho...*, p. 156; GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 107. ROXIN. *Autoría...*, p. 729.

³²⁸ ROXIN. *Autoría...*, p. 729.

³²⁹ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 227. No mesmo sentido: CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 376.

³³⁰ É importante deixar claro, conforme anotam Luís Greco e Augusto Assis, diante do que se tem visto na jurisprudência brasileira, que estar em um alto posto de uma estrutura hierárquica “*não confere domínio do fato ou torna alguém autor daquilo que fazem os inferiores.*” (GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 107). Este equívoco é notado também por Luís Greco e Alaor Leite em: “*O que é e o que não é...*” p. 36/7.

³³¹ GRECO; LEITE. *O que é e o que não é...*, p. 38.

teoria, o natural seria entender, arrimado na letra do art. 29, caput, CP, que A e M, já por terem concorrido para o crime, são autores. Só teorias que conectam a autoria à realização do tipo, como a teoria formal-objetiva ou a teoria do domínio do fato, farão de A e M partícipes.³³²

Beatriz Vargas Ramos tem a mesma conclusão destes autores citados, no que diz respeito à teoria formal-objetiva e especialmente no que tange à figura do “organizador”.³³³ Diz a penalista brasileira:

O agente que organiza ou promove a atuação dos demais, não é co-autor, visto que não realiza atos de execução, nem mesmo por intermédio de outras pessoas, pois limita-se à fase anterior execução, planejando-a, dispondo sobre seus meios e modos, definindo o papel dos diversos agentes.³³⁴

Logo, em coerência com o que foi recém-assentado, o superior empresarial deve ser considerado *partícipe por instigação* no que se refere ao cumprimento de suas ordens pelo subordinado.³³⁵

Resta apenas anotar a possibilidade de haver *coindução, indução mediata e indução em cadeia*.

A *coindução* verifica-se quando várias pessoas (superiores empresariais), acordadas entre si, conjuntamente “com papéis repartidos” persuadem o autor (subordinado) a praticar o fato.³³⁶

Já a *indução mediata* ocorre quando o instigador utiliza um terceiro, nas mesmas hipóteses da autoria mediata, a persuadir o autor a praticar o fato.³³⁷ Por fim, há indução em cadeia quando, no exemplo de Roxin, “A” persuade “B” para que induza “C” a uma falsificação de documento. Observa-se, contudo, que não é necessário que o instigador mais distante conheça nominalmente cada um dos indutores intermediários nem mesmo o autor. Sem embargo, certamente há de se examinar em detalhes as exigências de determinação e precisão do dolo do

³³² GRECO; LEITE. *O que é e o que não é...*, p. 37/8.

³³³ Segundo Beatriz Vargas Ramos, organizador “[é] aquele que, como o próprio nome está a indicar, organiza a atuação dos executores, planeja a execução, dispõe sobre os meios e os modos da atividade criminosa.” (*Do concurso...*, p. 33)

³³⁴ VARGAS RAMOS. *Do concurso...*, p. 34.

³³⁵ Há de se mencionar a seguinte passagem de Alaor Leite, citando uma manifestação oral do Ministro Joaquim Barbosa durante o julgamento da AP 470 do STF: “[...] o Min. Joaquim Barbosa realizou outra afirmação relevante do ponto de vista da distinção entre autor e partícipe no direito penal (f. 56.842): «Senhor Presidente, já faz algum tempo que eu proferi o meu voto, precisamente uma semana, mas eu creio ter deixado bastante claro, bastante explícito que o autor intelectual, o mandante, o controlador, o organizador é autor, e não partícipe.»” Alaor Leite prossegue para criticar: “Uma consulta das fontes revelaria o contrário do que afirmou o Ministro: para a teoria do domínio do fato, o «autor intelectual», o «mandante», são em regra partícipes (instigadores), e não autores” (*Domínio...*, p. 144)

³³⁶ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 270.

³³⁷ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 271.

indutor em cada indutor individual dentro da cadeia. Ademais, há de concorrer em cada indutor intermediário o caráter incitador de indução.³³⁸

Acrescenta-se, ainda, que haverá a incidência da *agravante genérica* do art. 62, III, do CPB,³³⁹ por ter o superior da empresa *instigado* alguém sob sua autoridade.³⁴⁰

Outrossim, cabe a referência à questão da *ordem* do superior ser ilegal. Quando a ordem for legal, o subordinado da sociedade empresária atuará no *estrito cumprimento de um dever legal*. Contudo, atuará no *exercício regular de um direito*, quando a ordem não decorrer de uma imposição de lei, mas estiver fundada no exercício de uma atividade *fomentada* ou *permitida* pelo sistema jurídico.³⁴¹ Aliás, tratam-se de condutas que poderão excluir a tipicidade ou a ilicitude do fato.³⁴²

Porém, tratando-se de *ordem ilegal*, como é o caso aqui, deve-se chamar a atenção para a *inaplicabilidade* da excludente de culpabilidade *obediência hierárquica* (art. 22 do CPB), por se tratar de relações de Direito Privado, podendo-se cogitar de inexigibilidade de conduta diversa.

La consideración de la obediencia debida como un instituto que opera exclusivamente en el ámbito del Derecho público y no en las relaciones laborales, la excluye del ámbito de la empresa privada y, por lo tanto, también la excluye como fundamento de la fungibilidad del ejecutor directo.³⁴³

Assim, diante de tudo que foi estudado, necessário se faz agora explorar, a partir do Direito vigente brasileiro, as propostas de técnicas dogmáticas capazes de atribuir ao superior empresarial pena de autor.

³³⁸ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 272. Ver também: CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 381 e ss.

³³⁹ “Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que: [...] III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;”

³⁴⁰ Não se trata da aplicação da agravante do “agente que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes.” (art. 62, I, CPB), uma vez que não se trata de coautoria. Nesse sentido, Nilo Batista: “Sem sombra de dúvida, o organizador é co-autor, ainda que não tenha qualquer envolvimento pessoal na execução do delito. [...] Sua co-autoria está fundada no domínio funcional do fato, e subsiste se e enquanto detiver este domínio. Não provém da simples circunstância de organizar a engenharia do empreendimento delituoso; [...] Assim, concluímos que a agravante prevista no art. 62, inc. I, CP só é cabível em hipóteses de co-autoria.” (Concurso..., p. 106/7)

³⁴¹ BRODT. *Do estrito...*, p. 181/2.

³⁴² “[...] o estrito cumprimento de dever legal [...] torna a conduta atípica. O exercício regular de direito, diferentemente, pode afastar a tipicidade ou excluir a ilicitude do comportamento. [...] Com efeito, enquanto os comportamentos em estrito cumprimento de dever legal são sempre exigidos pela ordem jurídica, porque embasados em normas preceptivas (cuja violação acarreta imposição de sanção criminal), quem exerce um direito pode estar realizando uma ação fomentada (embora não seja imposta como observância obrigatória) ou meramente admitida pelo sistema jurídico. Assim, no primeiro caso o exercício do direito conduz à atipicidade da conduta; no segundo, o que há é a exclusão da ilicitude.” (BRODT. *Do estrito...*, p. 182)

³⁴³ CERVINI. ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 154. No mesmo sentido: CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 336.

3.4. Punição do superior empresarial com pena de autor.

Também afirma se tratar de coautoria, por fundamentos diversos, Schünemann. O renomado penalista alemão perfila o critério do *domínio do fato* de Roxin para os *crimes de comissivos comuns* (não especiais, que não exigem condições ou circunstâncias especiais do sujeito ativo), aceitando, assim, se tratar de *participação* o caso objeto deste capítulo.³⁴⁴

Contudo, Schünemann entende que nos *crimes de empresa*, especialmente nas relações entre superior e subordinado, sobrepõe-se à participação uma *posição de garante* do superior em razão de seu dever de vigilância sobre a fonte de perigo, materializada na atividade empresarial (ou seja, *empresa* como fonte de perigo).³⁴⁵

No caso objeto deste capítulo, é o superior que toma a decisão determinante sobre a questão da lesão ao bem jurídico, ou seja, o superior é a pessoa que domina o curso do sucesso no marco de sua relação de domínio, e é sobre estas pessoas que o Direito Penal com a ameaça de pena deve se dirigir. Assim, sob esta diretriz, quem exerce o *domínio sobre uma fonte de perigo* não pode ser considerado apenas como mero partícipe.³⁴⁶

Nas palavras de Schünemann:

[...] considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por un lado, tiene una posición de garante [...], y, por outro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omissiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría.³⁴⁷

Enfim, em razão da soma dessa dupla posição sob a qual está submetido o superior empresarial (partícipe ativo e garante), Schünemann diz tratar-se de *coautoria*.

Contudo, deve-se ressaltar que a posição de garante do superior empresarial em razão do dever de vigilância sobre fonte de perigo não se presume em todo e qualquer momento. Deve-se analisar no caso concreto se se fazia presente o domínio ou não – cujo conteúdo será estudado no capítulo seguinte. Em suma, verificando o comando do superior, saberá que se trata de participação, mas deverá analisar ainda se havia o domínio sobre o fundamento do resultado para, possivelmente, afirmar a coautoria.

³⁴⁴ SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 428.

³⁴⁵ “*Quien conduce un vehículo o pasea con un perro peligroso domina esa fuente de peligro y, por conseguinte, posee un dominio sobre las consecuencias provenientes de esa fuente de peligro, independientemente de que intervenga activamente (por ejemplo, azuzando al perro contra un transeunte), o de que sencillamente deje correr el curso del suceso en el marco de su relación de dominio (poe ejemplo, cuando el perro se lanza contra un transeunte y no es llamado por su dueño para que regrese).*” (SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 41)

³⁴⁶ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 42.

³⁴⁷ SCHÜNEMANN. *Responsabilidad...*, p. 19.

Outrossim, como já foi adiantado, seguindo as lições de Wilfried Bottke, estabelecer uma dogmática de autoria com diversas exceções para casos especiais acaba por esvaziar a própria dogmática.³⁴⁸ Assim, criar um conceito específico de coautoria para os crimes de empresa esvazia a sistematização do instituto do concurso de pessoas.

Deveras, como bem adverte Roxin,³⁴⁹ e aderindo a tese de Wilfrid Bottke, o melhor caminho parece ser o da necessidade de uma norma de extensão capaz de atribuir ao superior empresarial uma pena equivalente à de autor, em razão dos crimes cometidos por seus subordinados derivados de ordens suas.

Assim, sistematizando o que foi dito – e em coerência com a opção sistemática de punir como autor aquele que exerce papel principal no fato típico –, duas soluções, *de lege ferenda*, apresentam-se plausíveis ao deslinde da questão em exame.

A primeira, e mais simples solução, é a tipificação expressa das condutas de emitir ordem para a realização de fato típico. Assim, pode o legislador criar delitos autônomos nucleados em condutas que ordinariamente aparecem como participação.³⁵⁰

Tal técnica já é empregada no direito pátrio, p. ex., o crime de fuga de pessoa presa (art. 351 do CPB): “[...] *facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança.*”³⁵¹

Nilo Batista, a respeito de tais hipóteses, comenta “[...] *temos condutas que normalmente constituiriam instigação (“ordenar”) ou cumplicidade (“facilitar”) tomadas em consideração como a própria substância típica da proibição. Por certo que esses casos se submetem à disciplina da autoria, e não da participação.*”³⁵²

Outra solução plausível, aderindo-se à tese de Wilfried Bottke, é a previsão de *norma de extensão* capaz de estabelecer previamente quem são os possíveis responsáveis pelos resultados ocorridos no marco de uma lei que abrange um grupo de crimes organizados sob uma mesma objetividade jurídica.³⁵³

A necessidade de haver esta *norma de extensão* decorre do caráter imperativo do *princípio da legalidade* que exige a definição prévia dos elementos do tipo. Isso significa que este tipo de cláusula, como anota Juarez Tavares, não pode ampliar indevidamente as possibilidades de punição,³⁵⁴ devendo possuir um caráter limitativo do poder punitivo.

³⁴⁸ BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 24.

³⁴⁹ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 124; Também em: ROXIN. *O dominio...*, p. 92.

³⁵⁰ BATISTA. *Concurso...*, p. 159.

³⁵¹ BATISTA. *Concurso...*, p. 159/60.

³⁵² BATISTA. *Concurso...*, p. 160.

³⁵³ BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 29.

³⁵⁴ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 344.

Cabe mencionar, relembando o que foi dito em linhas anteriores, a posição de Wilfried Bottke em não admitir a *teoria do domínio da organização* de Claus Roxin pelo simples fato de não haver essa previsão legal no Código Penal Alemão.^{355 e 356} Diz o penalista alemão: “*La figura del dominio de un autor mediato en virtud de la utilización de un aparato de poder no debe ser – frente a Roxin (y en parte, la jurisprudencia alemana) – admitida. Le falta suficiencia normativa, más exactamente, relevancia jurídico-fundamentadora de la pena.*”³⁵⁷

Tratam-se de *normas penais complementares*, ou seja, normas penais que delimitam a incidência de *norma penal incriminadora* (tipo-crime em espécie),³⁵⁸ cuja função, nestes casos, é determinar a possibilidade normativa de desvalor da conduta do superior, delimitando os possíveis sujeitos ativos e suas condutas.

Deve se ter em mente que estas *normas de extensão* não possuem o conteúdo capaz de determinar a reponsabilidade por conduta alheia, isto é, estas cláusulas não podem significar que o superior é responsável pela conduta de seu subordinado por simplesmente ocupar uma posição no interior da estrutura empresarial.³⁵⁹

É nesse sentido, p. ex., que caminha a proposta do Corpus Iuris para a proteção ou tutela dos interesses financeiros da União Europeia, art. 13:

Si se cometiere un delito por cuenta de una empresa por una persona que se halle sometida a la autoridad del director de la empresa o de otra persona dotada de poder de decisión o control en la empresa, es también penalmente responsable el director de la empresa o el titular de la decisión o el control, si tuvo conocimiento de la comisión del delito, dio instrucción u orden de comprometerlo, dejó que el delito sucediera u omitió las medidas de control requeridas.^{360 e 361}

³⁵⁵ BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 26.

³⁵⁶ Deveras, o Código Penal alemão diz o seguinte sobre autoria mediata e imediata: “§ 25. *Autoría (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro.*”

³⁵⁷ BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 26.

³⁵⁸ “No entanto, quando estabelece normas não incriminadoras, isto é, quando não tipifica condutas puníveis, o Direito Penal não utiliza a mesma técnica, mas formula proposições jurídicas das quais se extrai o conteúdo da respectiva norma, seja ela permissiva, explicativa ou complementar. Essa técnica encontra-se na Parte Geral do Código Penal e sua função, como vimos acima, está relacionada com a interpretação e delimitação do alcance da norma penal incriminadora. Com efeito, como destacam Muñoz Conde & García Arán, o fundamento desses tipos de proposições jurídicas não é outro que o de evitar repetições desnecessárias, ao longo da Parte Especial, no enunciado de regras comuns que repercutem na caracterização da infração penal e/ou na determinação da correspondente sanção.” (BITENCOURT. *Tratado...* [cap. VIII, item 2])

³⁵⁹ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 108.

³⁶⁰ Texto transcrito por Claus Roxin em: ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 124/5.

³⁶¹ “Se um fato punível é cometido através de uma empresa, por uma pessoa que está sob a autoridade do dirigente ou de outra pessoa que detenha o poder de controle ou decisão na mesma, então também o dirigente da empresa ou o detentor do controle ou da decisão é responsável, caso tivesse conhecimento do cometimento do fato punível, dado a ordem para o cometimento, deixado ocorrer o fato punível ou omitido as medidas de controle necessárias.” Texto traduzido por Pablo Alflen da citação feita por Roxin no artigo: “O domínio por organização como forma independente de autoria mediata”, p. 92.

Muito próximo disso, mas restrito aos crimes cometidos no exercício de cargos públicos,³⁶² é o que prevê o § 357 do Código Penal alemão:

§ 357. Inducción de un subordinado a un hecho punible (1) Un superior que induzca o trate de inducir a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo o que permita que suceda tal hecho antijurídico de sus subordinados, incurre en el castigo que amenaza a ese hecho antijurídico. (2) La misma determinación se aplicará a un titular de cargo, a quien se le ha encargado de la supervisión o control de los actos de servicio de otro titular de cargo, en tanto que el hecho antijurídico cometido por éste último titular de cargo, afecte los asuntos que se encuentran sometidos a su supervisión y control.

Esta tese é acolhida por Claus Roxin, diz ele

Esta proposta [de Bottke] corresponde inteiramente às minhas intenções. A «responsabilidade por conduta alheia» é incluída como forma independente de imputação da autoria nas disposições sobre autoria imediata, co-autoria e autoria mediata. O fato de basear-se no «ter que responder juridicamente» mostra que o dever de impedimento de determinados resultados fundamenta uma forma independente de autoria [...].³⁶³

Klaus Tiedmann perfila esta mesma proposta. Tiedmann comandou um grupo de penalistas para a estudos sobre crimes econômicos na União Europeia. O resultado destes estudos foi a publicação de uma proposta de projeto sob a seguinte denominação: “*Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión Europea*”. O artigo 15, item 2, “b” da proposta dispõe o seguinte:

Art. 15.

Responsabilidad por comportamientos ajenos

1. Será también sancionado como autor, en los supuestos a que se refiere el apartado segundo, quien debido a su dominio sobre otra persona está obligado legalmente a evitar que actúe elicitamente, siempre que tenga conocimiento del hecho y hubiera podido impedir o dificultar esencialmente su realización mediante supervisión adecuada. La pena se atenuará en un cuarto de su extensión si el autor únicamente podría haber dificultado la realización.

2. De acuerdo con el apartado primero, resultan responsables:

[...]

b) Los propietarios o directores de un establecimiento o empresa, así como las personas con poder de decisión o control por hechos realizados por subordinados pertenecientes al tráfico del establecimiento o de la empresa.³⁶⁴

Porém, a proposta de Wilfried Bottke de nova redação ao § 357 do Código Penal alemão circunscreve de forma mais precisa os limites do dever do superior empresarial:³⁶⁵

Quien, como superior habilitado para dirigir a sus subordinados en una empresa o unidad de explotación o en un departamento, incitara a la comisión de delitos referidos a esa empresa, unidad de explotación o departamento, o tolera que se cometi-

³⁶² § 331 e ss. do Código Penal alemão.

³⁶³ ROXIN. *O domínio...*, p. 92.

³⁶⁴ TIEDEMANN. *Derecho...*, p. 312.

³⁶⁵ Essa é a opinião de Claus Roxin. Vide: ROXIN. *O domínio...*, p. 92.

eran tales hechos antijurídicos, será merecedor de la pena asignada al autor de ese hecho antijurídico. Lo mismo rige para los miembros de una empresa, unidad de explotación o Departamento, a los que hayan sido transferidos la vigilancia o control sobre las actividades desempeñadas por otros miembros de la empresa, unidad de explotación o departamento, en tanto el hecho antijurídico cometido por éstos pertenezca al ámbito de actividades que el sujeto debió vigilar o controlar.^{366 e 367}

Assim, diante da impossibilidade de se afirmar a autoria do superior empresarial que emite ordem para seu subordinado executar fato típico (participação por indução), deve-se estabelecer uma norma de extensão, de natureza de norma penal complementar capaz de estabelecer antecipadamente a previsão de penal igual a de autor. Somente assim se poderá adequar o Direito positivo brasileiro aos anseios doutrinários de atribuir pena de autor àquele que, valendo-se de sua posição de poder de comando no seio da sociedade empresária, emite ordem para prática de crime de empresa.

³⁶⁶ BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 29.

³⁶⁷ “*Quem, na qualidade de superior legitimado a dar ordens em uma empresa, fábrica ou repartição pública, induz seus subordinados à prática de fatos puníveis relativos à empresa, à fábrica ou à repartição ou permite que aconteça tal fato ilícito, incorre nas penas cominadas para o autor deste fato ilícito. O mesmo vale para o membro de uma empresa, fábrica ou repartição que está encarregado da inspeção ou controle sobre as atividades realizadas por um outro dos seus membros, contanto que o ato cometido por este pertença às atividades que ele tem que fiscalizar ou controlar.*” Texto traduzido por Pablo Alflen da citação feita por Roxin no artigo: “*O domínio por organização como forma independente de autoria mediata*”, p. 92.

CAPÍTULO 4. ANÁLISE DA SITUAÇÃO PENAL DO SUPERIOR EMPRESARIAL PELA OMISSÃO DO DEVER DE VIGILÂNCIA.

O trabalho prossegue com a análise da situação penal dos superiores empresariais na hipótese em que sobre eles incide o dever de agir para evitar resultados penalmente relevantes no âmbito da execução da atividade empresarial.³⁶⁸

O pressuposto fático tratado aqui é a conduta típica ocorrida no exercício da atividade empresarial, diante da omissão dos superiores empresariais que tinham o *dever de vigilância*, em razão de *fontes produtoras de perigo*, característico da atividade empresarial, bem como em razão da *delegação de funções*.

Lembrando que aqui, da mesma forma que no capítulo anterior, deve se tratar sempre de *crimes comuns*, ou seja, daqueles que não exigem nenhuma qualidade especial do sujeito ativo.

Neste contexto, será examinada a adequação do recurso dos *crimes de omissão imprópria* para imputar aos superiores empresariais, a título de autoria, os fatos criminosos praticados diretamente por seus subordinados, tendo sempre presente que, para tanto, não é suficiente a mera condição de ocupar uma posição formal na estrutura da sociedade empresária.

Schünemann foi quem desenvolveu de forma pioneira e detalhada as condições especiais necessárias para colocar o superior empresarial na *posição de garante*, por meio de critérios materiais de verificação do *dever de vigilância* sobre *ações de seus subordinados* e sobre *coisas e procedimentos materiais perigosos* na atividade empresarial.

Essas hipóteses foram originalmente elaboradas por Bernd Schünemann em 1979 na obra “*Unternehmenskriminalität und Strafrecht*”,³⁶⁹ e posteriormente no artigo “*Strafrechtsdogmatische and kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*” de 1982.³⁷⁰ e

371

³⁶⁸ Wilfried Bottke coloca o problema nos seguintes termos: “*De lege lata cobra importancia el interrogante respecto a bajo qué condiciones responde penalmente un superior de una empresa o unidad de producción por los hechos cometidos personalmente por sus subordinados. Se trata de una cuestión polémica. La respuesta depende fundamentalmente de si alguien que no comete personalmente un delito puede ser autor detrás de quien actúa como autor y bajo qué presupuestos lo sería.*” (BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 24)

³⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymann, 1979.

³⁷⁰ Há ainda manifestação posterior de Bernd Schünemann no artigo “*Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*” apresentado no Seminário Internacional Complutense sobre a responsabilidade pelo produto, realizado em novembro de 2003 na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid.

³⁷¹ Wilfried também defende esta hipótese em: BOTTKE, Wilfried. *Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania*, trad. Soledad Arroyo Alfonso, *Revista Penal*, 1999.

A preocupação de Schönemann centrava-se em resolver problemas de prova (seara do Direito Processual Penal) e de imputação (campo do Direito Penal) nos *delitos de empresa*,³⁷² diante da relevância especial desses dois temas para que os verdadeiros responsáveis pelos resultados danosos não fiquem impunes em caso de crimes praticados em *organização complexa (sociedade empresária)*.³⁷³

Assim, deve-se analisar, de saída, a delimitação entre os delitos omissivos próprios e impróprios.

4.1. Caracterização da conduta omissiva e do tipo omissivo.

Os tipos penais, como se sabe, são comissivos ou omissivos. No primeiro caso, o legislador descreve uma ação e, *contrario sensu*, deduz-se uma proibição (*norma proibitiva*); no segundo caso, o legislador descreve uma omissão e, assim, a norma deduzida do tipo prescreve (*norma prescritiva*) a realização de uma ação.³⁷⁴

Deveras, não existe *omissão* em nível pré-típico, uma vez que omissão é ausência de ação, fazendo com que o conceito de omissão seja necessariamente *normativo*.³⁷⁵ Só existe omissão quando há um dever de fazer alguma coisa, omissão de uma ação determinada.³⁷⁶

Enfim, “**a**) no plano pré-típico só existem ações, enquanto **b**) no plano típico existem duas estruturas: **b.a**) uma que proíbe as condutas que descreve (comissiva ou ativa) e **b.b**) outra que proíbe as condutas distintas daquela que descreve (omissiva).”³⁷⁷

Portanto, a *tipicidade* (relação de subsunção entre o fato e a lei), ocorre, no tipo comissivo, pela *identidade* entre a conduta realizada e aquela descrita no tipo legal; enquanto que no tipo omissivo a tipicidade ocorre pela *diferença* entre a conduta realizada e a prescrita.³⁷⁸

Pode ocorrer, assim, que o comportamento dos superiores empresariais adeque-se diretamente à abstenção de conduta descrita em um tipo penal omissivo. É o caso, p. ex., de um administrador de sociedade empresarial que sonega informação sobre a situação financeira da

³⁷² SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 529.

³⁷³ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 529.

³⁷⁴ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 570.

³⁷⁵ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 145.

³⁷⁶ “Como a omissão não é mera não-ação, e sim um não fazer algo (não há omissão de nada, será sempre indispensável referenciá-la valorativamente: o conceito de omissão é necessariamente normativo.” ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 349; No mesmo sentido: TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 124; Também: MUNHOZ NETTO. *Os crimes...*, p. 10.

³⁷⁷ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 350.

³⁷⁸ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 347.

sociedade para um investidor (at. 6º, Lei 7.492/86).³⁷⁹ Entretanto, não são essas as hipóteses que aqui serão objeto de investigação.

Cuidar-se-á, aqui, daqueles casos em que o superior empresarial, diante da prática de fato típico por seu subordinado, não emite um comando no sentido de impedir o resultado ou não realiza qualquer que fosse a conduta devida.³⁸⁰ Logo, o estudo situa-se no contexto dos crimes *comissivos por omissão (omissão imprópria)*.

Assim, é importante neste ponto estabelecer o critério apto a diferenciar omissão própria e omissão imprópria, uma vez que a análise destes critérios trará informações fundamentais para o desenvolvimento do trabalho.

Haverá *omissão imprópria* sempre que a não realização da conduta mandada e possível de ser realizada implique no não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por meio de ação (isto é, há subordinação, ao mesmo tempo, a uma norma mandamental e proibitiva, que determina as qualidades específicas do sujeito). Haverá *omissão própria*, por outro lado, sempre que houver generalidade da imposição do dever quanto ao sujeito e a não realização da ação ordenada implicar por si mesma a violação de uma norma mandamental (isto é, haverá imposição de dever geral de assistência independentemente da ocorrência do resultado).³⁸¹

Portanto, o crime de *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318, CPB), no caso em que o agente executa a conduta de facilitar por meio de uma omissão de seu dever funcional, o sujeito (funcionário público) estará em uma posição especial de cumprir o mandamento legal por força de sua qualidade de servidor público. Desse modo, pode-se dizer que ele é garantidor da execução dos atos, conforme a lei, que impeçam o contrabando ou o descaminho, sendo-lhe proibido atuar de modo contrário.

Logo, há uma norma proibitiva: de efetuar atos contra a lei; e uma norma mandamental: de executar atos legais. Daí conclui Juarez Tavares: “*Nos delitos omissivos impróprios, a norma mandamental só tem existência a partir da norma proibitiva.*”³⁸²

Muito frequentemente se afirma que a diferença entre omissão própria e imprópria reside na verificação do resultado e na previsão expressa em lei. Assim, os *crimes omissivos próprios* seriam crimes de mera conduta e com previsão expressa em lei (tipicidade por su-

³⁷⁹ “Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.”

³⁸⁰ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 108.

³⁸¹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 309 e 310.

³⁸² TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 310.

bordinação direta com identificação expressa da conduta), enquanto que nos *crimes de omissão imprópria*, por seu turno, exigir-se-ia um resultado material e satisfar-se-ia com tipicidade por subordinação indireta (conduta não identificada expressamente em lei), por meio de uma norma de extensão (omissão equiparável à comissão).³⁸³ Enfim, são critérios baseados na modalidade da conduta e no resultado.³⁸⁴

Contudo, a partir de uma simples verificação da legislação vigente, observa-se que essa fórmula gera problemas irrespondíveis. É o caso, p. ex., do crime de *omissão de socorro qualificado pelo resultado morte* (art. 135, p. ún., CPB), que é crime de *resultado*. Por outro lado, também é possível falar da existência de *crimes omissivos impróprios de mera conduta*.³⁸⁵ Outrossim, afirma Juarez Tavares: “[m]ediante este critério [da modalidade de conduta], o desfecho seria simplesmente tautológico: crimes omissivos seriam os que resultariam de omissão; crimes comissivos por omissão, aqueles em que a omissão constitui uma modalidade de ação.”³⁸⁶

Outros penalistas destacam a *posição de garante* como critério diferenciador entre os omissivos próprios e impróprios, uma vez que somente sobre os autores de delitos omissivos impróprios recairia um dever especial de evitar um resultado.³⁸⁷ Enfim, o critério diferenciador está nas circunstâncias da imposição de deveres especiais que recai sobre o sujeito, que, segundo Juarez Tavares, trata-se do critério mais elementar:

Os crimes omissivos próprios não individualizam o sujeito. Todos podem ser sujeitos do delito, porque o dever de assistência, como se dá na omissão de socorro, é extensivo a toda a coletividade, uma vez presentes os seus pressupostos típicos. Essa é a posição, inclusive, adotada, *a contrario sensu*, pelo finalismo, ao atribuir aos delitos omissivos próprios a qualidade de delitos especiais, justamente em face da delimitação de seu círculo de autores.³⁸⁸

³⁸³ Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt: “*O crime omissivo divide-se em omissivo próprio e omissivo impróprio. Os primeiros são crimes de mera conduta, como, por exemplo, a omissão de socorro, aos quais não se atribui resultado algum, enquanto os segundos, os omissivos impróprios, são crimes de resultado [...]. Os crimes omissivos próprios são obrigatoriamente previstos em tipos penais específicos, em obediência ao princípio da reserva legi [...]. Os crimes omissivos impróprios, por sua vez, como crimes de resultado, não têm uma tipologia específica, inserindo-se na tipificação comum dos crimes de resultado, como o homicídio, a lesão corporal etc.*”

³⁸⁴ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 294.

³⁸⁵ O assunto será aprofundado no item sobre causalidade e resultado nos crimes omissivos impróprios.

³⁸⁶ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p., 294/5.

³⁸⁷ Esta é a posição de Günter Stratenwerth: “*La comparación de ambos grupos de delitos de omisión, demuestra que la equivalencia con el comportamiento activo, solamente tiene lugar cuando al autor le incumben especiales deberes de cuidado o vigilancia, pero no cuando se trata de deberes generales de ayuda que no presuponen una mayor responsabilidad del autor con respecto al bien jurídico. Solo cuando, excepcionalmente, sobre la base de una posición que obligue al autor a un deber especial, tenga que responder de la no evitación de un resultado jurídicamente desaprobado, la omisión de evitar el resultado tendrá la misma significación que la acción de producirlo. En estos casos, hablamos de una posición de garante o deber de garante.* (Derecho..., p. 291/2)

³⁸⁸ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 307/8.

Para Armin Kauffmann, o critério preferível é o da previsão legal.³⁸⁹ Kauffmann expõe dois critérios possíveis de diferenciação: um *dogmático* e outro *valorativo*. O critério *dogmático* diz respeito à posição de garante, tal como visto acima. Porém, este critério é inválido para o penalista alemão, porque “*los mandatos de impedir el resultado no sólo subyacen a delitos de omisión impropia, sino, asimismo, a algunos delitos de omisión propia.*” Mais: “[...] *exigencias especiales dirigidas al sujeto del mandato se encuentran también en el ámbito de los delitos de omisión propia.*”³⁹⁰ Logo, o critério correto, para Armin Kauffmann, é o valorativo: “*Me parece preferible esta segunda vía, que no se vincula sólo a la equiparación como tal, sino, además, a la problemática de la equiparación que reside en la ausencia de tipificación legal.*”³⁹¹; ou seja, são omissivos próprios quando a lei descreve a modalidade de omissão; já para os impróprios não existe tipificação da omissão como tal.

Contudo, apesar destes critérios conseguirem resolver a maior parte do problema, eles não satisfazem para a solução quando os tipos penais preveem ação e omissão como formas de seu cometimento. Os exemplos são dados por Juarez Tavares:³⁹² no caso em que alguém facilita a fuga do preso deixando a porta do presídio aberta (art. 351, CPB).³⁹³ Trata-se de uma omissão prevista na lei, mas que impõe deveres especiais ao sujeito (o carcereiro). Também no caso em que o pai (sobre quem recaem deveres especiais) abandona (omissão) o filho (art. 133, CPB).³⁹⁴ O mesmo ocorre no crime de *facilitação de contrabando ou descaminho* (art. 318, CPB), que é crime de “*mera conduta*”, mas que pode ser cometido por omissão imprópria: o “*facilitar*” pode ser perpetrado ao fazer “*vista grossa*” a determinadas exigências burocráticas. Então, trata-se de uma omissão prevista em lei e também há uma delimitação do círculo de autores possíveis: “*infração de dever funcional*”.³⁹⁵

Diante destas evidências, principalmente com relação à importância da posição de garantidor, Juarez Tavares afirma que o critério em relação ao *sujeito* é mais relevante do que o

³⁸⁹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 308.

³⁹⁰ KAUFMANN. *Dogmática...*, p. 282. Exemplifica o autor valendo-se do crime de omissão de socorro atualmente previsto no § 323 c do StGB: “[...] *se encuentra una «posición de garante» microcósmica si se interpreta este precepto em el sentido de que el ámbito de los obligados se limita a quienes se encuentran em las proximidades del accidente.*” (p. 283)

³⁹¹ KAUFMANN. *Dogmática...*, p. 284.

³⁹² TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 308.

³⁹³ “Art. 351 - Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.”

³⁹⁴ “Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos.”

³⁹⁵ “Art. 318 - Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334): Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.”

critério legal, “porque faz destacar no tipo um componente não escrito, que não se encontra presente, normalmente, nem nos delitos omissivos próprios, nem nos puros delitos de omissão. Mas, a pesar disso, não é o critério decisivo.”³⁹⁶

Desse modo, passa a ser decisiva a *estrutura normativa* dos crimes omissivos e não exatamente a expressa previsão legal, além da especial posição de garantidor que ocorre nos crimes omissivos impróprios.³⁹⁷

Pela própria natureza dos crimes omissivos impróprios, que não se constituem de simples omissão de deveres de assistência, mas do não impedimento de determinado resultado^[398], tem-se que sua identificação, mais do que com vistas ao sujeito e sua especial relação de proteção para com o bem jurídico, depende de sua estrutura normativa. Esta não está alicerçada apenas na omissão de uma ação possível como tal, mas fundamentalmente na violação de uma norma proibitiva mediante o desatendimento de uma norma mandamental. Daí exigir-se em algumas legislações que os crimes omissivos impróprios preencham a *cláusula da equivalência*, ou da *absoluta identidade*, isto é, que o não impedimento do resultado, como omissão, corresponda ou se identifique à produção do resultado, como ação.³⁹⁹

Assim, o estudo dos critérios de delimitação no âmbito de atribuições inerentes à posição de garantidor torna-se fundamental à definição da situação penal do superior empresarial por omissão ao dever de vigilância.

Tal dever, entretanto, somente alcança o superior empresarial em relação aos atos que lhe possam ser imputados, o que exige a verificação da possibilidade concreta de atendimento às atribuições inerentes à posição de garantidor e a satisfação dos demais pressupostos necessários à tipificação objetiva e subjetiva.

Por isso, antes de adentrar na análise dos mencionados critérios, vai-se examinar a *possibilidade de atuação* em conformidade com o dever e a questão da *causalidade na omissão*; e, ainda, em virtude da polêmica que o tema suscita, adotar-se-á posição quanto à legitimidade de recorrer-se à técnica legislativa da criminalização da omissão imprópria.

4.2. Poder atuar.

³⁹⁶ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 309.

³⁹⁷ “Somente através da análise, portanto, da estrutura normativa e da especial posição de garantidor, que integram conjuntamente o tipo dos delitos omissivos, é que se pode traçar uma diferença correta entre delitos omissivos próprios e impróprios.” (TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 309)

³⁹⁸ E com isso refuta-se a posição de Armin Kaufmann, uma vez que se diferencia a exigência legal para cada espécie de crime omissivo.

³⁹⁹ ROXIN. *O Domínio...*, p. 91.

A tipicidade nos delitos omissivos pressupõe uma *inação*. Contudo, *inação* é diverso do simples *não agir*. *Inação* é o deixar de agir quando lhe era possível diante de um dever de agir imposto pela norma mandamental.

Observa-se, ademais, que a análise da *inação* depende dos elementos do tipo do qual se extrai o dever de atuar, o que significa a *situação típica*. Como diz Jescheck: “*Al tipo del delito de omisión pertenece por naturaleza la ausencia de la acción requerida conforma a la situación típica.*”⁴⁰⁰

Situação típica é algo além da mera *inação* do sujeito, é o *dever de agir* que surge da norma mandamental e dos *fundamentos* deste dever, dos quais se podem extrair a ocorrência da *inação*. Nesse sentido, aliás, está Juarez Tavares, para quem as *situações típicas omissivas* “*são aquelas características que fundamentam a omissão constante do tipo como expressão do conflito social que o direito quer regular através da determinação de condutas.*”⁴⁰¹

Assim, a *inação* e a *situação típica* somente são aferíveis a partir da existência de uma norma mandamental. Contudo, poderia o Direito exigir condutas impossíveis? Não. Logo, é pressuposto da norma mandamental a possibilidade de agir do sujeito. Não é outra a exigência do art. 13, § 2º, do CPB, ao falar que “[a] *omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.*” (sem o destaque no original).

O Direito não pode exigir que alguém faça algo impossível, assim, a norma mandamental dos crimes omissivos não pode vincular àquele que não pode agir.⁴⁰²

Disso resulta que o mandamento da norma penal nos crimes omissivos não pode ser um mandamento incondicional, mas deve ser sim um mandamento condicionado, uma exigência condicionada. Enfim,⁴⁰³ condicionada à possibilidade de agir do sujeito.

O *poder atuar* pode estar no plano físico, ou seja, são os casos de *ausência de ação*, ou seja, casos nos quais “*o sujeito está impedido de realizar qualquer ação (inconsciente, comatoso, manietado e amordaçado por coação física irresistível etc.)*”⁴⁰⁴ enfim, nestes casos o sujeito está impossibilitado de realizar qualquer tipo de ação. Conforme observa Juarez Tavares, a possibilidade física de realizar a conduta devida pertence à própria conduta (condição da ação, ou seja, capacidade no sentido de qualidade física de atuar).⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ JESCHECK. *Tratado...*, p. 560.

⁴⁰¹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 355.

⁴⁰² Juarez Cirino dos Santos fala em “*poder concreto de agir*” e “*capacidade de realizar a ação mandada*” (*Direito...*, p. 211).

⁴⁰³ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 352.

⁴⁰⁴ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; e SLOKAR. *Direito...*, p. 352/3.

⁴⁰⁵ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 353.

Outro nível do *poder atuar* constitui a capacidade de agir com êxito para conjurar o perigo que paira sobre o bem, salvando-o e, em consequência, afastando a ocorrência do evento típico.⁴⁰⁶

Enfim, é preciso que o garante esteja psicofisicamente em situação de planejar a ação imposta pela lei, encontrando os meios e impulsionando seu projeto de ação.⁴⁰⁷

No que tange especialmente aos *crimes de empresa*, afirma Enrique Gimbernat Ordeig: “*El dueño del negocio sólo tiene que vigilar los eventuales focos de peligro explotados por su empresa, a fin de impedir, en lo posible, que puedan resultar de ellos lesiones de bienes jurídicos.*”⁴⁰⁸

4.3. Causalidade e Resultado.

Diz o art. 13, *caput*, do CPB: “[o] resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. Contudo, isso não pode ser interpretado no sentido de que para existir crime tem que existir resultado, mas sim no sentido de que nos crimes que possuem resultado material, este é exigido.

Não é sem outro motivo que Nilo Batista corrige dogmaticamente o dispositivo: “A melhor redação seria: ‘o resultado, de que dependa a existência do crime (...)’.”⁴⁰⁹

Tem-se afirmado que há crimes sem resultado material. Estes seriam os crimes de *mera conduta*, os crimes de *perigo abstrato*, os *crimes omissivos* (próprios e impróprios). Segundo Hans Welzel:

En algunos casos, la mera acción de hecho, como tal, es punible, cuando el acto en sí mismo es ético-socialmente impuro o reprobable; p. ej., el incesto (§ 173), los actos sexuales *contra naturam* (§ 175), es decir, los delitos de pura actividad.⁴¹⁰

Na omissão, a partir de uma análise empírica, não há resultado nem causalidade, pois um não fazer (uma não-conduta) não gera nenhuma modificação no mundo exterior, e a não geração de modificação no mundo exterior não depende de nenhuma relação de causalidade. Enfim, nada pode vir de uma omissão.

⁴⁰⁶ BIERRENBACH. *Crimes...*, p. 82.

⁴⁰⁷ BIERRENBACH. *Crimes...*, p. 82.

⁴⁰⁸ GIMBERNAT ORDEIG. *Estudios...*, p. 326.

⁴⁰⁹ BATISTA. *Concurso...*, p. 43.

⁴¹⁰ WELZEL. *Derecho...*, p. 72.

Hans Wezel nega a causalidade na omissão por não haver produção de resultado, sendo que a responsabilidade penal surge da *não evitação* do resultado proibido,⁴¹¹ trata-se do que Welzel chama de *fórmula heurística* da causalidade:

La teoría de las condiciones parte acertadamente del concepto causal ontológico, y establece una fórmula “heurística” sobre la base de preguntas, para determinar nexos causales y eliminar la causalidad ausente. Ella aplica la idea de que todo efecto tiene una pluralidad de condiciones causales, y que, en el nexo causal, cada una de estas condiciones es igualmente necesaria para el resultado, y, en este sentido, todas las condiciones son causalmente “equivalentes” (por eso “teoría de la equivalência”). La fórmula heurística dice: *Causa es toda condición que, suprimida mentalmente, tiene por efecto que el resultado* (en forma concreta) *no se produzca*. RG., 44-244; *conditio sine qua non*. Para la omisión se formula la teoría de la manera siguiente: Una omisión es causal, si agregada mentalmente la acción omitida, el resultado se suprime.⁴¹²

Zaffaroni, Aliaga e Slokar, por sua vez, falam do *nexo de evitação* para o problema da causalidade nos crimes omissivos; segundo eles: “*En la tipicidad omisiva no existe un nexo de causación, justamente porque debe existir un nexo de evitación.*”⁴¹³

Porém, é certa a crítica desenvolvida por Juarez Tavares quanto a estas bases neokantistas de causalidade:

Procurando superar os percalços da concepção causal originária, Mezger, com base nos postulados assentados pelo *neokantismo* da Escola de Baden, principalmente de Rickert, enfatizara que «o problema da causalidade nos delitos de comissão por omissão aparece situação exatamente da mesma maneira e exatamente da mesma forma do que no fazer ativo, só que não em referência à omissão como tal, senão à ação positiva esperada e ao seu resultado». A pergunta decisiva será, portanto, a seguinte: «o resultado juridicamente desaprovado teria sido evitado pela ação esperada»? Se a resposta for afirmativa, a omissão será considerada causa do resultado. Contudo, a referência à ação esperada, que só pode ser vista em face da exigência da ordem jurídica, está em contradição com a concepção causal primitiva, porque desloca a questão do plano natural da causalidade para o mundo dos valores e só pode viger sob o enfoque da teoria da relevância jurídica. Com isso, esta teoria deixa de ser uma verdadeira teoria da causalidade para se transformar-se em teoria de imputação de resultado. Isso está perfeitamente claro, porque [...] é a conclusão de um juízo de evitabilidade com base na ação esperada e não de cognição.⁴¹⁴

A ação esperada não é outra senão a que efetiva o nexo de evitabilidade, ou seja, os autores citados não se esquivam da análise puramente normativa da causalidade.

Um exemplo criado por Roxin e lembrado por Juarez Tavares põe em cheque o *nexo de evitabilidade*:

Em edifício em chamas, encontra-se um sujeito, com seus dois filhos menores, confinado em seu apartamento, em andar alto. No solo, estão seus vizinhos, que, com

⁴¹¹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 365.

⁴¹² WELZEL. *Derecho...*, p. 49.

⁴¹³ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR. *Derecho...*, p. 574.

⁴¹⁴ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 363.

gestos e acenos, gritam-lhe: «jogue as crianças, que nós as apanhamos aqui embaixo, sem qualquer problema». O pai, acossado diante da situação de desespero e, ademais, nervoso pela demora da chegada do corpo de bombeiros, está nesse dilema: jogar as crianças ou esperar o salvamento. Sobre isso, reflete, entretanto, que se jogassem as crianças, apesar de toda a atenção dos vizinhos, estas poderiam morrer, por causa da altura; e, se não as jogassem, poderiam morrer sufocadas pela fumaça ou queimadas pelo fogo.⁴¹⁵

Supondo que o pai decide permanecer no apartamento esperando o salvamento, mas em razão da sua capacidade pulmonar ser maior do que as das crianças, ele sobrevive, mas elas não. Colocando o caso estritamente sob o problema da causalidade, sem questionarmos sobre a colisão de deveres do estado de necessidade, eliminando a ação devida (jogar as crianças pela janela), o resultado permanece? Não, responde Juarez Tavares, pois “[n]ão se sabe, é hipotético, poderia ou não desaparecer. A fórmula é incapaz de dirimir essa dúvida.”⁴¹⁶ Se a opção do pai fosse jogar as crianças, a resposta seria a mesma: jogar as crianças (conduta devida) evitaria o resultado morte? Não se sabe.

Foi visto que nas omissões não há resultado, nem há causalidade, pois uma omissão não gera modificações no mundo exterior. Então, como se podem punir omissões? Omissões somente são punidas a partir do momento em que o ordenamento jurídico determina uma ação para que evite determinados resultados, o que se faz por meio de tipos penais (*princípio da reserva legal*).

Isso porque o legislador supõe que no mundo das coisas há diversas causalidades em desenvolvimento, provocadas pelas mais diversas pessoas ou eventos naturais, que cedo ou tarde terão resultados, e diante disso impõe a determinadas pessoas a prática de condutas capazes de evitá-los.

Há, então, a causalidade em andamento que ocorre no mundo fático que é prevista pela norma; mas há também uma causalidade potencial⁴¹⁷ que deve ser desenvolvida pelo receptor da norma mandamental e que está prevista de forma abstrata no tipo.

Então, refazendo a pergunta: há *resultado* nos crimes omissivos? Sim, está na norma mandamental do tipo e que se pretende evitar. Há *causalidade* nos crimes omissivos? Sim, está prevista na norma mandamental do tipo que se desenvolverá até chegar ao resultado que se quer evitar.

O legislador poderia então criar de forma arbitrária as mais diversas formas de causalidade e resultados? Não! O legislador deve respeitar o ser das coisas, somente pode descrever

⁴¹⁵ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 367.

⁴¹⁶ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 367.

⁴¹⁷ No mesmo sentido Armin Kauffman.

causalidades e resultados possíveis de ocorrer no mundo das coisas. Assim, o legislador não poderia criar uma norma obrigando que as pessoas deixassem de respirar em todos os dias pares. Não poderia fazer isso porque é uma causalidade que não respeita o ser das coisas: as pessoas precisam respirar todos os dias.

Daí Juarez Tavares afirmar que “[a] causalidade, portanto, deve estar vinculada, fundamentalmente, à norma mandamental.”⁴¹⁸

Logo, prossegue Juarez Tavares, “[a] fórmula da condição tem que ser interpretada em face dos limites impostos em cada tipo penal e da realidade empírica, de modo que se promova uma inversão negativa do critério da eliminação hipotética.”⁴¹⁹ Assim,

[e]m lugar de se afirmar que a omissão será causa de um resultado quando sua eliminação hipotética implique também a inoportunidade do resultado, deverá se proceder a um juízo negativo: não haverá causalidade quando a exigência da ação devida não possa orientar a conduta do sujeito, com base no critério da probabilidade nos limites da certeza do resultado e da lesão do bem jurídico.⁴²⁰

Assim:

(a) No *nexo de evitabilidade*, o juízo para verificar a existência de causalidade é supor a conduta devida e verificar se o resultado permanece. Se o resultado desaparecer, há “causalidade”;

(b) Na fórmula dada por Juarez Tavares, faz-se a seguinte análise: (b.1) verifica-se se a norma mandamental do tipo pôde orientar a conduta do sujeito, sob o critério da probabilidade nos limites da certeza. Ou seja, deve-se formular a seguinte pergunta: a *conduta devida* (pela norma mandamental) foi capaz de orientar, nos limites da certeza, a atitude do sujeito?

Se a resposta à pergunta for sim, há causalidade. Se a resposta for não, não há causalidade.

Aplicando-se isso ao exemplo lembrado por Juarez Tavares: a conduta devida pela norma mandamental direcionada ao pai foi capaz de orientar qual atitude tomar? Lembrando que o critério deve ser o da *probabilidade nos limites da certeza*, ou seja, a norma mandamental foi capaz de gerar no sujeito (o pai) a certeza de que uma determinada atitude impediria o resultado? A resposta é não. Ele não tinha essa certeza, a norma mandamental não foi capaz de gerar ao sujeito a certeza (ou uma probabilidade de certeza) de que a execução da ação evitaria o resultado.

⁴¹⁸ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 369.

⁴¹⁹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 369.

⁴²⁰ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 369.

4.4. Os delitos de omissão imprópria como técnica adequada.

Verificados estes pressupostos de análise da conduta típica omissiva, passa-se fundamentar a confirmação da hipótese de pesquisa.

À dogmática penal cabe a função de impedir a irracionalidade da *vendeta*, fornecendo elementos (critérios) de análise para o exercício do poder punitivo, que é, essencialmente, irracional e ilimitado. De modo que os critérios dogmáticos formam tentativas de racionalizar o irracional.⁴²¹

É sob essa premissa que se desenvolve este trabalho. O que se pretende é estabelecer critérios dogmáticos racionais capazes de fundamentar/limitar a responsabilidade penal dos superiores hierárquicos das sociedades empresárias.

O binômio “fundamentar/limitar” indica, por um lado, que se está fundamentando o poder punitivo (= permitindo a punição desde que respeitados determinados critérios) e limitando-o (= não permitindo a punição quando não forem respeitados determinados critérios), uma vez que, segundo Juarez Tavares, os elementos da dogmática penal só se legitimam se utilizados como delimitadores da intervenção estatal, diante do caráter do Direito Penal de garantia individual.⁴²²

Com Schünemann fundamenta-se, aqui, a legitimidade da utilização da mencionada técnica:

[...] frente al característico *tratamiento desigual* en el ámbito del Derecho penal patrimonial – tratamiento desigual que afirman serias investigaciones criminológicas en los últimos tiempos y que se realiza a través de una selección desventajosa para las capas sociales bajas –; pero también por otro lado, frente al amenazante peligro de un *abandono de principios jurídico-constitucionales irrenunciables*, a causa de una irreflexiva criminalización – peligro concretado ya en parte a través de las normas de Derecho penal económico promulgadas hasta ahora –, la legislación, la jurisprudencia y la ciencia penal se enfrentan a la tarea del establecimiento de módulos de imputación en el área de la criminalidad de empresa – casi la cuadratura del círculo –, de *mejora en el tratamiento igualitario* de los comportamientos socialmente dañinos, y de aumento del *efecto preventivo del Derecho penal*; todo ello sin lesionar la vigente *exigencia jurídico-constitucional* de que el Derecho Penal constituya la última *ratio* de la política criminal.⁴²³

O critério de estabelecer-se a imputação penal recorrendo-se à atribuição da posição de garantidor é o mesmo que responsabilizá-lo pelo mero fato de ocupar uma posição na estrutura empresarial? Não!

⁴²¹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 273.

⁴²² TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 273.

⁴²³ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 532.

No Brasil, o art. 13, § 2º,⁴²⁴ exige que, pelo menos, o omitente *possa* e também tenha o *dever de agir* para evitar o resultado.⁴²⁵

Bem observa Jesús María Silva Sánchez quanto ao caráter dogmático-limitador da punibilidade nos crimes de omissão imprópria, dizendo que a atribuição de responsabilidade por comissão por omissão requer a constatação de uma posição de garantia concreta, o que depende de uma relação material que se estabelece entre o sujeito e o bem jurídico concreto, e não da simples existência de um dever.⁴²⁶ Deveras, essa relação material deve ser aferida por meio da relação de domínio sobre o fundamento do resultado entre o superior empresarial e a fonte produtora de perigo.

Por outro lado, é da experiência comum que o *comando* (a ordem do administrador da sociedade empresarial para a realização do fato delitivo) pode dar-se, inclusive, sem nenhuma manifestação física, a ordem pode estar evidente pelo simples silêncio ou pode estar diluído na procedimentalização das ações empresariais. Daí falar-se na impossibilidade de se provar o que é apenas um ato em meio a um complexo e emaranhado conjunto de ações que caracterizam os crimes empresariais.

Ora, num Estado de Direito sob os auspícios da impossibilidade da proteção deficiente e da dignidade da pessoa humana, que assegura a autonomia/responsabilidade individual por lesões a bem jurídicos, a responsabilidade penal não pode deixar de ser efetivada quando existentes todas as indicações (provas!) de envolvimento do administrador da sociedade em fato delituoso.

Enfim, negar essas possibilidades fáticas é manter a criminalização exclusiva dos atos toscos e bizarros dos mais desfavorecidos; é negar uma realidade fática de modernização da prática empresarial com técnicas e tecnologias extremamente sofisticadas que fazem suavizar ou tornar impessoais as ações.

Corroborando com esta posição estão as lições de Bernd Schünemann:

La eminente importancia político-criminal del delito impropio de omisión en el ámbito de la criminalidad de empresa resulta de la habitual divergencia, ya mencionada, entre acción y responsabilidad en las instituciones jerárquicas. Como consecuencia del principio de *descentralización*, característico en la organización de la empresa moderna, y de la transformación de la función de poder y de decisión de las altas instancias, por él condicionada, la «organización de la responsabilidad» – por decirlo con una expresión tópica – amenaza con convertirse en la «organizada irresponsabilidad», lo que desde un punto de vista jurídico-penal se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia abajo, si no hacia los miembros

⁴²⁴ “§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.”

⁴²⁵ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 109.

⁴²⁶ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos...*, p. 81.

de la organización que están más abajo, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo.⁴²⁷

Devem-se acrescentar ainda as seguintes conclusões de Zaffaroni, Slokar e Alagia sobre a incapacidade de as ciências penais e suas agências de conter a criminalidade exercida com sofisticação e suavidade pelos homens de colarinho branco:

En la criminalización la regla general se traduce en la selección (a) por hechos burdos o groseros (la *obra tosca de la criminalidad*, cuya detección es más fácil); y (b) de personas que causen menos problemas (por su incapacidad de acceso positivo al poder político y económico o a la comunicación masiva). En el plano jurídico, es obvio que esta selección lesiona el principio de igualdad, que no sólo se desconoce *ante la ley*, sino también *en la ley*, o sea que el principio de igualdad constitucional no sólo se viola en los fundamentos de la ley sino también cuando cualquier autoridad hace una aplicación arbitraria de ella.⁴²⁸

Prosseguem os penalistas argentinos tecendo detalhes sobre os processos de criminalização autorreferenciados típicos na América Latina:

Los hechos más groseros cometidos por personas sin acceso positivo a la comunicación terminan siendo proyectados por ésta como *los únicos delitos* y las personas seleccionadas como *los únicos delincuentes*. Esto último les proporciona una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un *estereotipo* en el imaginario colectivo. Por tratarse de *personas desvaloradas*, es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de *prejuicio*, lo que termina fijando una *imagen pública del delincuente*, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos. El estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria, por lo cual son observables ciertas *regularidades de la población penitenciaria* asociadas a desvalores estéticos (personas feas) que el biologismo criminológico consideró como *causas del delito*, cuando en realidad son *causas de la criminalización*, aunque terminen siendo causa del delito cuando la persona acaba asumiendo el rol asociado al estereotipo (en el llamado *efecto reproductor* de la criminalización o *desviación secundaria*).⁴²⁹

Parece evidente que a prática penal (em nível deontológico e ontológico) reproduza estas práticas alavancada por um instinto coletivo construído por meio da repetição de signos punitivistas dos desvios grosseiros, mas não menos danoso que os delitos mais sofisticados e suavizados pela característica difusa das vítimas.

Outrossim, as pessoas dos órgãos executores das tarefas empresariais por vezes não se dão conta que fazem parte de uma engrenagem criminosa, diante da característica da divisão de trabalho e do déficit de informação global da empresa que essas pessoas possuem. Tudo isso sem contar com a alta disposição ou baixa resistência dessas pessoas para realização dos comandos, inclusive por meio de técnicas de neutralização “*eu apenas cumpro ordens*”.⁴³⁰

⁴²⁷ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 533.

⁴²⁸ ZAFFARONI. ALAGIA. SLOKAR. *Derecho...*, p. 09.

⁴²⁹ ZAFFARONI. ALAGIA. SLOKAR. *Derecho...*, p. 09.

⁴³⁰ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 533.

Todos esses cuidados justificam-se para que não se dê ao Estado a tarefa de impor às sociedades empresariais, por meio do Direito Penal, “*a boa conduta empresarial*”, como alerta Juarez Tavares que, no contexto atual, tem se multiplicado por meio de *normas mandamentais* (delitos omissivos).⁴³¹ Não pode o Estado, no marco do Estado Democrático de Direito, impor a *boa organização empresarial*, sob pena de a “*desorganização da empresa, quanto ao cumprimento de obrigações fiscais [passar] a justificar a incriminação da pura omissão de recolher tributos*”⁴³²

Daí a conclusão que, de um lado, o instituto dos *crimes comissivos por omissão* seja capaz de atribuir o fato criminoso àqueles que estão situados em nível hierarquicamente superior aos dos executores materiais das condutas⁴³³ e, por outro lado, capaz de evitar a responsabilidade objetiva destas mesmas pessoas, desde que, obviamente: (a) estejam precisas e claras as condições pessoais de vinculação entre o omitente e a vítima ou entre o omitente e a fonte produtora do perigo, que implicam a geração do dever de impedir o resultado; (b) seja demonstrado que o agente era capaz de realizar a ação necessária a evitar o resultado, conforme suas características típicas.⁴³⁴

Fixadas tais premissas teóricas, pode-se agora tratar dos critérios de estabelecimento do âmbito da posição de garantidor.

4.5. Posição de garante (dever).

A evolução da dogmática penal sobre a posição de garantidor divide-se em dois momentos,⁴³⁵ conforme bem leciona Juarez Cirino dos Santos:

- a) o critério *formal* ou *clássico* considera a *lei*, o *contrato* e a *ação precedente perigosa* como fontes do dever de garantia;
- b) o critério *material* ou *moderno* trabalha com duas fontes alternativas do dever de garantia: 1) por um lado, garantia de proteção/guarda de *pessoa determinada* (ou de *bem jurídico determinado*) contra *situações de perigo indeterminadas*; 2) por outro lado, garantia de segurança/vigilância de *fontes de perigo determinadas* para proteger bens jurídicos indeterminados (ou *pessoas indeterminadas*).⁴³⁶

⁴³¹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 275.

⁴³² TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 276.

⁴³³ No mesmo sentido: GIMBERNAT ORDEIG. *Estudios...*, p. 326 e ss.; CESANO. *La imputación...*, p. 177 e ss.; DEMETRIO CRESPO. *Responsabilidad...*, p. 65; SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos...*, p. 79 e ss.; Em sentido contrário: CERVINI; ADRIASOLA. *El Derecho...*, p. 201 e ss.

⁴³⁴ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 45.

⁴³⁵ Sobre a evolução da posição de garantidor, vide: TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 136 a 139.

⁴³⁶ CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 214.

São precisas, também, as observações de Juarez Cirino dos Santos sobre as vantagens e desvantagens de cada um dos critérios:

O critério formal oferece segurança jurídica, mas a natureza limitada e rígida das categorias formais explica seu desprestígio na literatura moderna: por exemplo, nem a lei, nem a validade do contrato determinam a posição de garantidor, mas a relação de confiança (no caso da lei) e a assunção fática da garantia (no caso do contrato); por outro lado, o critério material e abrangente e flexível — e, por isso dominante na doutrina e jurisprudência contemporâneas —, mas a natureza difusa das categorias conceituais que o estruturam reduz a segurança jurídica.⁴³⁷

É cediço, entretanto, que o CPB adotou expressamente o critério formal para a definição da posição de garantidor, art. 13, § 2º. Assim, diante das deficiências apresentadas por ambos os critérios e de acordo com os postulados de política criminal perfilados neste trabalho, a combinação de ambos os critérios se revela mais acertada.⁴³⁸

Devem-se acrescentar, ademais, as lições de Zaffaroni, Batista, Slokar Alagia, no sentido de que a norma do art. 13, § 2º, ‘b’ do CPB (“*de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*”) é hipótese de “*infiltração do critério material, deslocando para segundo plano o elemento formal do contrato [...]*”, permitindo a internalização dos critérios materiais no Direito Penal pátrio.^{439 e 440}

No mais, deve-se ter em mente que a análise da posição de garantidor que se fará neste trabalho restringir-se-á aos limites de seu objeto, isto é, aos *crimes de empresa*. Isso significa, mais precisamente, que o critério material de posição de garantidor terá como objetivo a análise das relações empresariais, seguindo a tese elaborada por Bernd Schünemann sobre o tema:

Ni la triada clásica de garantía de Ley y contrato, ni su materialización a través de las categorías de vinculación natural (o bien de concreta relación vital) y de la aceptación, contienen elementos de partida suficientes para la deducción de una equivalencia entre la acción y la omisión fundamentada en el deber de impedir el resultado de la jerarquía de la empresa; por otra parte, la moderna división de la posición de garante «bien para la defensa en torno a un determinado bien jurídico, bien para asegurar una determinada fuente de peligro», es demasiado poco especí-

⁴³⁷ CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 214.

⁴³⁸ No mesmo sentido: TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 319; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 1. 10. ed., 2010, p. 300; REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal, parte geral*, vol. 1, 2002, p. 261.

⁴³⁹ ZAFFARONI. BATISTA. ALAGIA. SLOKAR. *Dereito...*, p. 360.

⁴⁴⁰ Sheila Bierrenbach, por outro lado, afirma que a penetração dos critérios materiais elaborados por Armin Kaufmann, especialmente no que tange aos “*deveres de controle de determinadas fontes de perigo*.” Aí incluindo, segundo Sheila Bierrenbach, “*a responsabilidade do garantidor acerca da atuação de terceiras pessoas, o que lhe impõe o dever de dominar os perigos provenientes daquele a quem tem o dever de vigiar*.” (*Crimes...*, p. 68/9)

fica como para poder deducir de ella exigencias en cuanto al contenido de las particulares posiciones de garante [...].⁴⁴¹

4.5.1. Critérios formais à posição de garantidor: art. 13, § 2º, CPB.

O estudo dos critérios formais deve estar limitado às hipóteses que possam estar de alguma maneira estar relacionadas com a prática empresarial. Estes critérios estão previstos no art. 13, § 2º, do CPB:

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Conforme já anotado, Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia afirmam que a hipótese da alínea “b” (*assunção fática da responsabilidade*) é a disposição legal que permite a infiltração dos critérios materiais de posição de garantidor. A aceitação desta tese não exclui, seguindo as lições de Juarez Tavares, as noções desenvolvidas sobre a relação fundamentadora/limitativa que ambos os critérios estabelecem entre si; pelo contrário, reafirmam-nas.

Seguindo este entendimento, deve-se estabelecer a seguinte sistematização sobre os critérios formais: (a) para as atividades perigosas cujos deveres de gestão da fonte do perigo decorra de lei, aplica-se, obviamente, a alínea ‘a’; (b) para as atividades empresariais sem previsão expressa em lei sobre os deveres, aplicam-se os critérios materiais de domínio material e domínio pessoal, assim, permitidos pela alínea ‘b’; (c) para os casos de sociedades de fato que exercem a atividade empresarial de forma clandestina (“*empresas de fachada*”) aplica-se a alínea ‘c’.⁴⁴²

(a) *A lei como fonte do dever de garantidor: art. 13, § 2º, ‘a’.* A previsão legal para a afirmação da posição e garantidor pode advir da Constituição, das leis civis e Código Civil, leis profissionais ou de também uma norma penal, mas, como bem leciona Juarez Tavares: a lei a que se refere o art. 13, § 2º, a, do CPB, é aquela emanada do processo legislativo previsto

⁴⁴¹ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 534. Bernd Schünemann expressa de forma mais clara a superação do critério formal em: SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 265.

⁴⁴² ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 363/4. A

na Constituição Federal (art. 59 da CF/88) ou nas Constituições Estaduais,⁴⁴³ o que exclui, por outro lado, as normas infralegais, por força do art. 5º, II, da CF/88.⁴⁴⁴

A alínea ‘a’ é clara ao expor as esferas situacionais sobre as quais a lei poderá incidir para impor o dever de atuar. Assim, não é qualquer dever que é imposto por lei, senão os deveres de *cuidado*, *proteção* ou *vigilância*, situação que pode ocorrer, segundo Juarez Tavares, entre subordinados, ascendentes e descendentes e cônjuges.⁴⁴⁵

Conforme foi adiantado, Sheila Bierrenbach afirma que este dispositivo em análise, especialmente, em razão da expressão “*vigilância*”, permite a penetração dos critérios materiais elaborados por Armin Kaufmann, especialmente no que tange aos “*deveres de controle de determinadas fontes de perigo*”, incluindo-se aí, segundo Sheila Bierrenbach, “*a responsabilidade do garantidor acerca da atuação de terceiras pessoas, o que lhe impõe o dever de dominar os perigos provenientes daquele a quem tem o dever de vigiar.*”⁴⁴⁶

Entretanto, seja em razão da tese de Sheila Bierrenbach ou da tese de Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia, o Direito brasileiro permite a adoção dos critérios materiais de definição de garantidor.

Ocorre que, em razão de necessidade de sistematização da exposição da pesquisa, esses critérios materiais serão expostos em item apartado logo em seguida, cabendo alertar apenas que se deve ter em mente que ditos critérios estão localizados, em última análise, no espaço destes dispositivos.

Contudo, cabe mencionar que vigilância significa observação, “*acompanhamento da integridade do bem jurídico*”, nas lições de Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia.⁴⁴⁷ Prosseguem os eminentes juristas: “*temperando o esquematismo do critério formal, é indispensável que o obrigado se encontre concretamente numa estreita e especial relação vital com o bem jurídico.*”⁴⁴⁸

Disso se extraem duas observações: uma primeira mais ampla, no sentido de que o critério material funciona aqui como limitador ao critério formal; uma segunda mais estrita, no sentido de que, nos casos em que houver imposição legal de vigilância ao superior empresari-

⁴⁴³ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 319. No sentido de que somente leis penais podem atribuir a posição de garante: CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 215.

⁴⁴⁴ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 320. No mesmo sentido: CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 215. Também: BIERRENBACH. *Crimes...*, p. 66.

⁴⁴⁵ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 320.

⁴⁴⁶ BIERRENBACH. *Crimes...*, p. 68/9

⁴⁴⁷ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 360.

⁴⁴⁸ Exemplificando: “*Todos os policiais em serviço sujeitam-se abstratamente ao dever de zelar pela incolumidade das pessoas (obrigados); mas o policial incumbido da proteção da testemunha ameaçada mantém concretamente com o bem jurídico uma específica relação material funcional (garantidor).*” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 360)

al em relação aos seus subordinados, devem-se observar as limitações impostas pelos critérios materiais que serão analisados em seguida. De modo que, com a análise apenas da lei, o superior é mero obrigado; mas com a conjunção da análise do critério material de relação com o bem jurídico, o superior é garante.

(b) *Assunção de responsabilidade: art. 13, § 2º, 'b'*. Consta do CPB que o dever de agir incumbe àquele que assumiu a responsabilidade de impedir o resultado.

Assumir, segundo Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia, significa *avocar, arcar, imputar-se, apropriar-se*: “através da assunção voluntária o sujeito se assenhora da tarefa de manter ileso o bem jurídico periclitante, com o qual, portanto, passa a manter estreita e especial relação [...]”.⁴⁴⁹

A assunção pode dar-se por meio de contrato ou por relações de fato informais.

No que tange ao contrato, este pode ser verbal ou escrito, bem como não interessa a capacidade civil do sujeito.⁴⁵⁰

Ademais, há que se diferenciarem as responsabilidades civis e penais que podem surgir do contrato (ou respectivamente: violação de cláusula contratual ou violação do dever de garantidor), que estão esclarecidas com dois exemplos dados por Juarez Tavares:

Se um médico se obriga a realizar o tratamento em um paciente, mas resolve viajar e deixa seu encargo nas mãos de outro médico, que assume esse tratamento, não pode responder por lesões que resultem de erros no diagnóstico de seu colega. Nesse caso, o primeiro médico só pode responder por perdas e danos, por tratar-se de mero ilícito civil. Da mesma forma, o guia de uma excursão, que não comparece no dia combinado e, assim, não impede a morte de um excursionista, que resolvera realizar sozinho a subida da montanha, não pode ser responsabilizado por essa morte na condição de garantidor, mas unicamente por descumprimento contratual.⁴⁵¹

Essa observação é relevante, pois o descumprimento do contrato social, de contratos com fornecedores, de contrato de trabalho etc., por si só, não indica a posição de garante na estrutura da empresa. Assim, o supervisor que falta ao trabalho e não impede o vazamento de material poluente acima do permitido não está sob o dever de garante; sem prejuízo da possibilidade de ter sido negligente (crime culposos).

Essencialmente, o conteúdo da *assunção fática* resume-se à criação de uma especial confiança na vítima ou no garantidor originário de cuidado, proteção ou vigilância sobre o bem jurídico periclitante,⁴⁵² fazendo com que a meras disposições de contrato não sejam capazes de colocar o sujeito em posição de garantidor; ao contrário, será a efetiva relação material

⁴⁴⁹ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 361.

⁴⁵⁰ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 325.

⁴⁵¹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 326.

⁴⁵² Nesse sentido: ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 360 e 361.

entre o sujeito e o bem jurídico que será capaz de determinar a posição de garante.⁴⁵³ Segundo Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia:

Quando existir contrato, é mister verificar se ele impõe ao sujeito uma obrigação de tal intensidade que possa convertê-lo em garantidor [...] Por isso, afirma-se que o contrato só se converte em fonte do dever de agir quando a confiança depositada no sujeito exprime uma especial obrigação de cuidado, proteção ou vigilância [...]. [V]erifica-se claramente que a fonte do dever de agir reside na confiança imanente à assunção voluntária, e não no contrato.⁴⁵⁴

Deve-se fazer um destaque, por fim, com relação à *promessa*, no sentido de que a declaração de anúncio a outrem de ação futura não é capaz de colocar o promitente em posição de garantidor. Juarez Tavares cita o seguinte exemplo: os pais confiando que a babá chegaria às 21 horas, conforme combinado, saem de casa minutos antes, vindo a criança a queimar-se por falta de vigilância. Segundo o penalista brasileiro, não é caso de imposição de dever à babá atrasada, porque disso decorreria a aceitação de constituição de uma posição de garantidor unicamente com a manifestação de vontade, sem a necessária assunção real do dever de impedir o resultado; enfim, a simples promessa não justifica a confiança da vítima ou de outros garantidores originários.⁴⁵⁵ Logo, p. ex., o diretor de determinado setor que promete fornecer ao fisco a nota fiscal ou documento equivalente, relativo à venda de mercadoria (art. 1º, V, Lei n. 8.137/90), no lugar da pessoa responsável por isso, e não o faz, nem também o responsável originário; o promitente não assume o dever de garante pela promessa.⁴⁵⁶

(c) *Ingerência: art. 13, § 2º, 'c'*. São os casos em que se fundamenta o dever na conduta precedente criadora do risco da ocorrência do resultado.⁴⁵⁷ Conforme adiantado, esta hipótese tem relevância para os casos de sociedades empresárias que se instalam e funcionam clandestinamente, sem existência de licenciamento ou autorização (“*empresas de fachada*”).⁴⁵⁸

A relevância penal da ingerência surge em razão de o sujeito, anteriormente, ter efetuado uma ação capaz de produzir o resultado e não haver impedido o seu desdobramento.⁴⁵⁹ Logo, a causalidade não reside na omissão, mas sim na ação precedente à omissão.

⁴⁵³ Mai uma vez fica evidente a relevância do critério material como limitador ao critério formal. Sheila Bierrenbach afirma que “A tradicional fonte formal da posição de garantia fundada nas relações contratuais vem merecendo algumas correções através dos critérios materiais.” (BIERRENBACH. *Crimes...*, p. 69)

⁴⁵⁴ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 362.

⁴⁵⁵ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 326/7. No mesmo sentido: ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. *Direito...*, p. 361.

⁴⁵⁶ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 326/7.

⁴⁵⁷ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 322.

⁴⁵⁸ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; e SLOKAR. *Direito...*, p. 3.5

⁴⁵⁹ BIERRENBACH. *Crimes...*, p. 71.

Contudo, neste ponto valem as críticas elaboradas por Schünemann, que não aceita nenhuma hipótese de posição de garante por meio da *ingerência*, pois aqui não haveria domínio real, apenas domínio potencial.⁴⁶⁰

El dominio del omitente reside, en los casos de injerencia, completamente en el pasado, no presentando por tanto la *actualidad* requerida según nuestras reflexiones, dirigida al futuro. En el momento de la omisión, el injerente no se distingue de ninguna manera del *quivis ex populo*, pues ambos tienen simplemente un *dominio potencial* sobre al acontecer, caracterizado por la posibilidad de impedir. Mediante la acción previa, el que se injiere ha «despedido» el curso causal de su ámbito de dominio (el propio cuerpo, el coche, la casa), perdendo por tanto su dominio com infracción de los deberes de cuidado de ahí derivados; lo que, como ya hemos visto, fundamenta la imputación del resultado. Pero precisamente por esto se enfrenta ontológicamente al acontecer ulterior como cualquier outro; las fases subsiguientes del curso causal sólo pueden imputarse a su esfera de dominio a través de lacto desencadenante. Si quien se injere de repente se torna doloso, se trata de un dolo sin dominio y por tanto de mera mala voluntad sin hecho. El dominio requiere um substrato objetivo en que operar; el mero curso causal no viene a tal efecto em consideración, salvo que se quiera incurrir em el error de equiparar el dominio (actual) a la posibilidad de evitar (potencial).⁴⁶¹

Ora, desvalorar a ação precedente para a punibilidade da omissão é reconhecer a omissão como algo juridicamente indiferente e fundamentar a punibilidade da omissão em algo que lhe é diverso.

Diante destas críticas pertinentes e da previsão expressa dessa possibilidade em nosso CPB, pode-se admitir esse tipo de critério para a colocação do sujeito em posição de garante? Seguindo parcialmente as lições de Juarez Tavares, a resposta é sim, desde que respeitadas determinadas condições. Estas condições são: (aa) limitação objetiva da causalidade; (bb) ilicitude da ação precedente; (cc) âmbito de responsabilidade do sujeito.^{462 e 463}

Antes, porém, deve-se esclarecer o porquê de seguir *parcialmente* Juarez Tavares neste ponto. Além destes três limites, Juarez Tavares acrescenta um quatro: “limitação do risco autorizado”, que se desdobra em mais outros cinco sub-requisitos: (i) a conduta do sujeito não esteja acobertada pelo risco permitido; (ii) a conduta do sujeito não se inclua no risco habitual da vida; (iii) o risco desencadeado pela ação precedente possa se exaurir no resultado; (iv) o risco seja objeto a norma; (v) a inatividade posterior não tenha sido objeto de uma avaliação exclusiva ou complementar por outra norma.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 108.

⁴⁶¹ SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 364.

⁴⁶² TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 333.

⁴⁶³ Em sentido próximo, Sheila Bierrenbach, que estabelece os seguintes requisitos: (a) a ação precedente deve ser objetivamente antijurídica; (b) o perigo criado pelo ingerente deve ser avaliado como adequado ou idôneo à produção do resultado típico; (c) a conduta prévia transformadora do ingerente em garante há de causar perigo para o bem. (BIERRENBACH. *Crimes...*, p. 74 e ss.)

⁴⁶⁴ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 334 a 340.

Ocorre que toda a limitação à punibilidade que estes requisitos pretendem exercer já está suficientemente realizada com as outras três condições impostas à ingerência e também pela necessidade de domínio sobre a causa do resultado (domínio material e domínio pessoal). De modo que o desenvolvimento destes critérios somente traz complexidade à análise estratificada do processo de imputação sem utilidade prática, podendo, por outro lado, trazer prejuízos diante da análise subjetiva de critérios puramente normativos.

Veja-se a atuação no âmbito do risco permitido (*i*), quando o risco permitido é estabelecido por normas jurídicas (legais ou infralegais), a conduta sob o risco não permitido será também ilícita. Diz ainda, Juarez Tavares: “[...] *não se insere no âmbito da ingerência as ações precedentes que são praticadas corretamente, mas sob a perspectiva de que possam gerar riscos futuros, quando se possa confiar que esses riscos não serão aumentados por obra de outrem.*”⁴⁶⁵ Ora, acredita-se que estes casos estão resolvidos pela *limitação objetiva da causalidade*, conforme será visto em seguida. A mesma coisa se passa com os *riscos habituais* e o *risco como objeto da norma*.

Com exaurimento do risco no resultado, Juarez Tavares afirma que a “*circunstância empírica de que o resultado ocorreria de qualquer modo impede uma avaliação acerca da necessidade da ação devida para impedir a lesão de bem jurídico.*”⁴⁶⁶ Entretanto, esta condição é prévia até mesmo à imposição do dever, e não somente à hipótese de ingerência. A verificação de que o resultado ocorreria mesmo com a ação devida é um elemento supralegal do próprio *dever*.⁴⁶⁷

Por fim, as hipóteses de *risco previsto em norma complementar* são resolvidas pelo instituto *conflito aparente de normas*, como o próprio autor expõe em suas razões:⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 336.

⁴⁶⁶ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 336.

⁴⁶⁷ Por isso ser evidentemente inconstitucional a norma do art. 304, p. ún., do CTB, que exige socorro ainda que a vítima esteja morta.

⁴⁶⁸ “*Caso controvertido é a incidência de uma norma complementar que discipline a conduta da vida. Essa hipótese é típica da legislação brasileira que prevê um aumento de pena para a omissão de socorro, quando se tratar de ações precedentes culposas de homicídio e lesão corporal. A maioria da doutrina brasileira se inclina no sentido de compreender que a disciplina, como agravante, nesses casos, exclui a ingerência. O sujeito responderia somente pelos delitos culposos de homicídio ou lesão corporal, agravados pelo fato de não prestar socorro à vítima, ficando de fora a omissão de socorro. [...] a matéria se complica com a edição do Código de Trânsito Brasileiro (arts. 302, III, e 303, parágrafo único), que reproduz a mesma regra dos delitos culposos de homicídio e lesão corporal, mas acrescenta outro dispositivo (art. 304), que prevê uma modalidade específica de omissão de socorro em face de acidente anterior. Apesar de a nova regra do Código de Trânsito Brasileiro disciplinar separadamente a matéria, a solução será a mesma: havendo ação culposa provocadora do acidente e omissão de socorro, está estará absorvida pelos delitos culposos de homicídio e lesão corporal. Se o acidente for provocado dentro dos limites do risco autorizado e o motorista não prestar socorro, incidirá tão só o delito especial de omissão de socorro previsto no art. 304.*” (TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 339)

(aa) o garante deve possuir o domínio da causalidade, de modo que a conduta antecedente deve ter sido praticada diretamente pelo sujeito.

Assim, no exemplo de Juarez Tavares, um carnavalesco que mantém em sua casa, sem os devidos cuidados, uma caixa de fogos de artifício, que são deflagrados por uma visita e atinge outras pessoas;⁴⁶⁹ ou no caso em que o engenheiro agrônomo tem armazenado na fazenda produtos agrotóxicos para eliminação de insetos que prejudicam a lavoura e não contam com as autorizações legais para armazenamento e utilização em alimentos, porém os trabalhadores aplicam os produtos por meio de aviões monomotores, espalhando-os para uma unidade de conservação ambiental vizinha, matando diversas espécies da fauna.

Embora o carnavalesco e o engenheiro agrônomo estejam ligados aos desdobramentos dos fatos, ou seja, embora não tivessem iniciado a ação arrisca precedente (deflagrar os fogos de artifício e aplicar o produto tóxico) ou não a dominassem desde o começo, eles estão casualmente ligados a ela. Contudo, não podem ser responsabilizados por estes resultados. Primeiro, porque não possuem mais domínio material (o fato não estava nos limites espaciais de domínio do superior) e também porque não há domínio pessoal (não houve ordem do superior). Segundo, porque há uma limitação objetiva da causalidade de forma a se impedir o regresso ao infinito, por meio da causa superveniente relativamente independente que exclui a imputação, quando por si só tenha produzido o resultado (art. 13, § 1º, CPB).⁴⁷⁰

A responsabilidade do engenheiro agrônomo resume-se ao armazenamento não autorizado do produto, ou no caso de um possível vazamento deste produto enquanto permanecia armazenado de forma ilícita, mas, sobre o resultado “matança de espécimes da fauna”, o engenheiro não possui nenhum domínio, nem está causalmente ligado a ele, logo, não há ingerência que fundamente o dever de agir.

(bb) A ação precedente deve ser contrária ao Direito. Logo, se a ação precedente for autorizada pelo Direito, não há ingerência e, conseqüentemente, não há posição de garante.

Deve-se esclarecer que a ação deve ser lícita a partir da análise de atos normativos em sentido estrito emanados do poder público, pois os atos de autorização, licença etc. não são capazes de excluir a ilicitude do ato antecedente, justamente por serem atos concretos, isto é, direcionados a pessoas concretas.

⁴⁶⁹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 334.

⁴⁷⁰ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 334.

(cc) a ação devida não pode estar incluída no âmbito de responsabilidade da vítima. Isso decorre diretamente de um dos pressupostos deste trabalho, que é da dignidade da pessoa humana como indivíduos detentores de autodeterminação/responsabilidade.⁴⁷¹

4.5.2. Critérios materiais de garante nos crimes de empresa.

A partir da teoria desenvolvida por Armin Kaufmann, o conteúdo material da posição de garantidor subdivide-se em dois grupos: (a) a *especial posição de defesa de certos bens jurídicos*. Neste caso pressupõe-se que alguém se encontre *incapacitado* ou *sem condições* de proteger seus próprios bens jurídicos, fazendo com que outra pessoa (o garantidor) esteja encarregada disso;⁴⁷² (b) *responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo*. Para este caso pressupõe-se um *dever de vigilância* do garante em relação a objetos ou pessoas, que se encontrem a ele subordinados.⁴⁷³

Ademais é importante fixar, como já foi adiantado, que estas relações materiais que colocam determinadas pessoas em situação de *garante* devem ser limitadas pelas delimitações legais impostas pelo nosso CPB. Nesse sentido, Juarez Tavares:

Apesar de a assertiva funcional estar amparada sobre uma base material correspondente a aspectos sociais relevantes, como as relações familiares sociais ou profissionais, ou a responsabilidade por fontes de perigo, a posição de garantidor, assim concebida, não atende suficientemente ao princípio da legalidade, porque, diante da variedade de fatos que pode englobar, comporta extensões intermináveis que tornam incerta a segurança jurídica.⁴⁷⁴

Bernd Schünemann acompanha a moderna divisão da posição de garante com base nos critérios materiais,⁴⁷⁵ mas propõe que o critério básico para a determinação do poder de garante esteja no poder sobre o fundamento do resultado. E com isso “*entende que o garantidor é obrigado a impedir o resultado porque se achava investido do poder de controle sobre o acontecimento em face de duas situações.*”⁴⁷⁶

Porém, para Bernd Schünemann estes critérios materiais ainda são pouco específicos e incapazes de determinar com precisão o conteúdo particular da posição de garantidor com relação aos crimes de empresa.⁴⁷⁷

⁴⁷¹ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 340.

⁴⁷² TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 316.

⁴⁷³ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 317.

⁴⁷⁴ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 317.

⁴⁷⁵ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 39.

⁴⁷⁶ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 138.

⁴⁷⁷ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 535.

Em 1971, com a pretensão de se afastar da tese de Roxin sobre os *delitos de dever*, Schünemann fundamentou que nos *crimes omissivos impróprios* é possível também haver *domínio*,⁴⁷⁸ que não se trata de um domínio sobre o próprio movimento corporal, mas sim um *domínio sobre o fundamento do resultado*.^{479 e 480}

Segundo Schünemann este *domínio sobre o fundamento do resultado* subdivide-se em: (a) *domínio sobre uma situação de desamparo do bem jurídico* (dever de proteção), que abrange as situações de vida em comunidade, a comunidade de riscos e a assunção de vigilância; e (b) *domínio sobre uma fonte de perigo* (ou *domínio sobre uma causa essencial do resultado*), que abrange, por sua vez, o domínio sobre o próprio corpo nos crimes comissivos, e nos delitos omissivos abrange a posição de garante em razão dos deveres no tráfego,⁴⁸¹ provenientes do controle de fontes de perigo, do domínio sobre pessoas ou instalações perigosas, e, por fim, o domínio de quem dirige a empresa.⁴⁸²

Assim, verificadas as situações desta ordem, a omissão corresponderia à ação.⁴⁸³

Então, quem conduz um veículo, ou passeia com um cão feroz, ou executa a atividade empresarial *domina a fonte de perigo* e, conseqüentemente, possui um domínio sobre as conseqüências provenientes desta fonte, independente se intervém ativamente (p. ex., ataca o cão para atacar um transeunte ou emite título mobiliários sem lastro) ou se simplesmente deixa desenvolver o curso do sucesso no marco de sua relação de domínio (p. ex., o cão feroz se lança contra o transeunte e o seu dono não emite comando para que regresse ou o gerente de setor da empresa que vê o funcionário avançar no desmatamento de área de proteção permanente e nada faz para evitar a investida).^{484 e 485}

⁴⁷⁸ Tese exposta na seguinte obra: “*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*. Otto Schwarz & Co., Gotinga, 1971.” Traduzido para o espanhol e publicado pela editora Marcial Pons em 2009: “*Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*.”

⁴⁷⁹ SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 275 e ss.; Também: SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 29 e ss.

⁴⁸⁰ No mesmo sentido: DEMETRIO CRESPO. *Responsabilidad...*, p. 37. Por fundamentos diversos, Pablo Alflen chega a mesma conclusão de que nos crimes omissivos permanece o critério do domínio: ALFLEN. *Teoria...*, p. 184 e ss.

⁴⁸¹ “El alcance concreto de los deberes del tráfico *se determina por el cuidado requerido en la convivencia. La concreción hasta cierto punto satisfactoria de este principio sólo resulta posible en función de las categorías de acontecer fácticas. Aspectos determinantes de la ponderación son aquí, por una parte, la utilidad de la respectiva actividad para la comunidad, y por otra parte el grado del peligro de ella derivado. Por ejemplo, la conducción de vehículos, que conlleva peligros, está asociada a menos cautelas que el funcionamiento de una central nuclear, más peligrosa; vice-versa, disparar, actividad relativamente menos peligrosa, pero también totalmente inútil, sólo puede realizarse en un despoblado (§ 367 I núm. 8 StGB).*” (SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 340)

⁴⁸² SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 46.

⁴⁸³ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 138.

⁴⁸⁴ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 41. Os exemplos empresariais não pertencem ao autor.

⁴⁸⁵ Sobre a aquisição e perda do domínio, diz Schünemann na obra de 1971: “*Este acto volitivo de adquisición del dominio, sin embargo, no tiene que ser necesariamente expreso e individual, sino que basta con que sea concluyente y general (quien toma posesión de una casa asume así también el dominio relativo a sus muebles). Para la*

Tudo isso sem se afastar da teoria do domínio do fato de Roxin para os crimes comissivos. Em verdade, trata-se de estabelecer uma sistematização do conceito de autor a partir do *critério único de domínio*, que se caracteriza nos crimes comissivos pelo *domínio do fato* (ou *domínio sobre o próprio corpo*), e nos delitos omissivos e delitos especiais no *domínio sobre o sucesso*, no sentido de um controle sobre um âmbito social (*domínio sobre uma situação de desamparo ao bem jurídico e domínio sobre uma fonte de perigo*). “[Todos] son formas de manifestación del dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría.”⁴⁸⁶

Porém, com relação especificamente aos *crimes de empresa*, Schünemann avança e compreende que o domínio *sobre el fundamento del resultado* do superior na (!) *sociedade empresaria* pode resultar: (a) do *domínio material*: domínio fático sobre os elementos perigosos do estabelecimento; (b) do *domínio pessoal*: seu poder de mando sobre os trabalhadores.⁴⁸⁷

(a) *Domínio material* (sobre coisas e procedimentos): o domínio sobre as coisas e sobre os procedimentos da *empresa* recaem sobre o *titular da custódia*, isto é, o responsável imediato pela guarda da coisa ou pela execução material do ato que compõe a procedimentalização da atividade empresarial. Contudo, na maioria dos casos como há um domínio material escalonado, cada co-titular da custódia será responsável segundo sua parte de domínio.⁴⁸⁸

Trata-se da hipótese em que há domínio compartilhado sobre coisas, ou seja, casos em que duas ou mais pessoas exercem em comum o poder sobre coisas ou procedimentos.⁴⁸⁹ Carece de maiores problemas os casos em que pessoas do mesmo nível possuem o domínio, nestes casos a cada co-possuidor domínio incumbe os mesmos deveres. O problema recai nos casos em que há posse conjunta de domínio em diferentes níveis, ou seja, nas relações de superioridade e subordinação. Segundo Schünemann, não há dúvidas que o mais próximo da coisa tem que conter à fonte de perigo. Porém, nas relações organizacionais, aquele que exerce a direção da atividade possui o poder central sobre as coisas integradas na organização, de modo que se tem aí a forma de domínio mais importante e característica da atualidade.⁴⁹⁰

continuación del dominio basta incluso una intensidad volitiva bastante reducida, la consciencia latente de la posesión, lo que prácticamente sólo se extingue con el abandono del dominio.” (SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 341)

⁴⁸⁶ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 47.

⁴⁸⁷ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 537. Também: DEMETRIO CRESPO. *Responsabilidad...*, p. 146.

⁴⁸⁸ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 537.

⁴⁸⁹ O domínio, conforme leciona Schünemann, pode ser adquirido mediante uma situação originária ou mediante assunção. (*Fundamento...*, p. 344) E quem, como funcionário ou empregado, assume um posto no qual estão institucionalizadas relações de domínio, assume também o poder de domínio associado. (*Fundamento...*, p. 346)

⁴⁹⁰ SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 342.

Contudo, no que tange especialmente à *empresa*, este domínio pressupõe uma posição, por parte do garante, espacialmente (territorialmente) limitada de influência onde se encontra o objeto ou ocorre a execução do ato. De modo que a saída do garante do local de influência faz extinguir o *domínio material*; porém, poderá iniciar a outra forma de domínio: o domínio pessoal, com base no poder de mando que o garante possui sobre as pessoas que permaneceram no local.⁴⁹¹

Schünemann apresenta um exemplo para aclarar estes conceitos:

Mientras el conductor de camión se encuentra todavía con el camión de la firma en el patio de la misma, tiene, además de él, el jefe del servicio de automóviles un (superior) dominio material, del cual resulta para él la correspondiente posición de garante para la defensa ante un peligro (como, por ejemplo, si el camión se dispone a ser utilizado para la comisión de hechos punibles). Sin embargo, la situación es otra si el conductor ha abandonado con el camión el patio de la firma: si bien el jefe del servicio de automóviles mantiene un derecho de mando hacia el conductor, esto no es suficiente para la fundamentación de una posición de garante que dominio material por la falta de una posibilidad física inmediata de influencia en la cosa misma.⁴⁹²

Diante disso, dessa circunstância faz-se uma subdivisão dos *deveres de garante* segundo a sua posição em relação à coisa: (aa) *deveres primários de garante*: aqueles que estão mais próximos da coisa e executam as atividades materiais de acordo com as suas atribuições no estabelecimento (local) indicado para o controle da fonte de perigo; (bb) *deveres secundários de garante*: são os superiores hierárquicos, co-titulares da custódia, que estão obrigados pela coordenação e controle da fonte de perigo.^{493 e 494}

Contudo, por outro lado, os deveres de garantia do possuidor subordinado são regidos, em concreto, na medida do poder recebido.⁴⁹⁵

As razões para esta diferenciação são expostas por Schünemann:

Dado que, como sucede con todos los objetos y procedimientos un poco complicados como consecuencia de la división del trabajo en la empresa, sólo se puede conseguir una eliminación del peligro resultante a través de una coordinación de las acciones particulares, cuya institucionalización en un cargo superior atribuye al titular de este

⁴⁹¹ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 537. O penalista alemão faz, neste ponto, uma comparação com o que, a partir do Direito brasileiro, consideramos *detenção*, instituto previsto no art. 1.198 do CC: “*Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.*” É o exemplo clássico caseiro em relação ao imóvel de seu patrão.

⁴⁹² SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 537.

⁴⁹³ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 538.

⁴⁹⁴ “*Lo más importante es aquí la distribución de los deberes del tráfico: mientras que a la persona más próxima a la cosa le incumben los deberes del tráfico directos o inmediatos, el poseedor de rango superior tiene el deber de supervisar la actividad del poseedor de subordinado, a cuyo dominio «espiritualizado» le corresponde, pues, una función de garantía «espiritualizada».*” (SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 344)

⁴⁹⁵ SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 344.

cargo el correspondiente dominio – con lo que aquí el conocimiento se convierte en poder y el poder en deber de garante [...].⁴⁹⁶

Por conseguinte, ao superior (co-titular da custódia) corresponde o dever de evitar o uso anormal da coisa perigosa pelos subordinados. De modo que a infração a este dever coloca o superior como responsável pelas consequências do uso anormal da coisa perigosa.⁴⁹⁷

Porém, uma consideração importante aqui deve ser feita: o dever do superior subsiste até o momento da perda de seu domínio. Em outras palavras: se o superior observou seus deveres de controle e de coordenação exigidos no âmbito de seus limites espaciais, então não se considerará nenhuma responsabilidade do superior. Mais: também não se considerará a responsabilidade do superior mesmo que depois se verifique uma maior periculosidade do produto.⁴⁹⁸

Diante destas conclusões, *Schünemann* lembra a hipótese do que no Brasil chama-se de *recall* (previsto no art. 10º, § 1º do CDC):⁴⁹⁹

El deber de llamada para la devolución (*Rückrufpflicht*) del fabricante de productos defectuosos, peligrosos para el tráfico tras su venta, generalmente afirmado en la doctrina civilista, no puede originar, pues, *ninguna* posición de garante de la empresa bajo aspectos jurídico-penales. Cabría pues, considerar como un parche la deducción de una posición de garante por ingerencia de la obligación de Rückruf en conexión con la acción peligrosa de la venta del producto.⁵⁰⁰

Por fim, deve-se advertir que não se pressupõe de modo algum que a posse do domínio seja lícita, senão pode também basear-se numa ocupação ilícita.⁵⁰¹ Assim, p. ex., o subordinado que, paralelamente às suas atribuições, empenha-se em atuar em área sem ter os conhecimentos técnicos necessários, terá ele o domínio (ilegítimo, é verdade) sobre a coisa ou procedimento sobre o qual atua; por outro lado, se o superior responsável o expulsa do local, encerra-se para o subordinado o domínio.⁵⁰²

⁴⁹⁶ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 538.

⁴⁹⁷ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 538.

⁴⁹⁸ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 538.

⁴⁹⁹ “§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.”

⁵⁰⁰ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 538/9.

⁵⁰¹ SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 343.

⁵⁰² Paráfrase do seguinte exemplo de Schünemann: “[...] quien, cavando sin permiso en heredad ajena en busca de un tesoro, abre una fosa, está obligado a asegurarla, pues ejerce dominio (si bien ilegítimo) sobre ella. Sólo si el dueño le expulsa de la finca, pierde este dominio y así, como hemos de poner de manifiesto, también queda liberado de sus deberes del tráfico.” (SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 343)

(b) *Domínio pessoal (jurídico de mando sobre os trabalhadores)*. Este domínio decorre do poder que o superior mantém sobre seus subordinados, por sua vez, resultante da organização hierárquica empresarial.⁵⁰³

Trata-se de dever independente da responsabilidade penal dos subordinados.⁵⁰⁴

Outrossim, esta forma de domínio não se resume apenas ao poder legal de mando que o superior possui sobre o subordinado para a direção das atividades empresariais, mas também em razão da circunstância de sob o superior reunir uma maior quantidade de informações globais sobre o exercício da atividade, tendo os subordinados apenas informações fragmentadas. [C]onocimiento que, al igual que su poder de mando, institucionalizado en polifacéticas formas, puede también utilizar en conexión con la fungibilidad del concreto subordinado para una dirección de las conductas que, en el caso ideal, es completa.⁵⁰⁵

Anote-se, ademais, que este tipo de domínio subsiste até o momento em que a atitude do subordinado desprende-se ou excede os limites da atividade específica daquela sociedade empresarial.

Ciertamente este «dominio personal sobre un individuo con mayoría de edad penal» supone en todo caso que el subordinado se deje también *motivar realmente* por las *medidas de la autoridad empresarial*, esto es, por las instrucciones y directivas, de modo que el deber de garante del superior nunca pueda implicar otras medidas de dirección que las *específicas de la empresa* y que, por ejemplo, una renuncia a la puesta en marcha de la actividad de la policía, no pueda dar lugar nunca a una responsabilidad por omisión del superior: puesto que su dominio de garante sólo alcanza hasta donde el hecho sea expresión del dominio del grupo, y en este sentido sea un «echo de grupo», este cae sin reemplazo posible con una «emancipación» del subordinado, del mismo modo que el dominio material en el caso de pérdida de la custodia.⁵⁰⁶

Isso porque, se o subordinado executor do ato atua no interesse da sociedade empresarial, supõe-se que atua conforme as regras, comandos e controles desta sociedade. Ao reverso, se atua em interesse próprio, manifesta seu distanciamento das ações do grupo.

Em resumo, o fato de essas noções de *domínio material sobre coisas e procedimentos* subsistirem (ser permanente, permanecer) diante do *anormal* ocorre porque a perda da custódia da coisa contraria o dever de controle e fundamenta a imputação das consequências que disso derivam; porém, não subsiste diante da descentralização organizativa empresarial, pois a simples posição hierárquica não pode fundamentar responsabilidades penais. Já no *domínio pessoal*, esta subsiste (não é permanente) sobre o *anormal*, pois os atos dos subordinados em

⁵⁰³ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 539.

⁵⁰⁴ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 539.

⁵⁰⁵ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 540.

⁵⁰⁶ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 540.

seu próprio interesse quedam-se fora da força do domínio do grupo; no entanto subsiste diante da descentralização da estrutural da empresa, porque somente nos escalões mais altos da hierarquia empresarial encontram-se o poder legal de mando e a concentração das informações globais da atividade empresarial. Complementando, diz Schünemann: “*de modo que aquí – al menos desde un punto de vista teórico – se encuentra incluso la forma más intensa de dominio.*”⁵⁰⁷

O que já foi afirmado refere-se à constituição da posição de garante, resta, portanto, precisar a que título o superior empresarial que omite a diligência devida responde criminalmente na hipótese de o subordinado praticar diretamente conduta criminosa.

4.6. Posições doutrinárias: autoria, coautoria e participação.

Roxin afirma que *autor* é a figura central de um fato criminoso,⁵⁰⁸ sendo que, nos casos em que o acontecer delitivo seja dominável, a *teoria do domínio do fato* é o critério capaz de determinar quem é a figura central.

Entretanto, para o renomado penalista alemão, em alguns tipos penais o legislador recorre a outro critério de determinação da autoria,⁵⁰⁹ ou seja, em alguns casos o *domínio do fato* (e suas modalidades) é o critério válido para diferenciar autor de partícipe, em outros, contudo, será um *dever especial* destinado a certa pessoa que possibilitará diferenciar o autor do partícipe, pois “[f]rente a esos deberes, el obligado sobresale por una especial relación con el contenido de injusto del hecho, y eso, precisamente, es lo que le otorga el rol de figura central del suceso, es decir, de autor.”⁵¹⁰

Com isso, Roxin cria um sistema de autoria bipartido entre *delitos de domínio* e *delitos de dever*.⁵¹¹

O primeiro consiste numa descrição tão exata quanto possível de ações: “Quem, através de violência contra uma pessoa, ou ameaça de perigo atual para o corpo ou a vida, subtrai a outrem coisa alheia móvel na intenção de apoderar-se dela antijuridicamente” – esta é uma descrição de fatos externos e internos que juntos mostram um ladrão em ação. Pode-se falar aqui de um delito de ação. O legislador vale-se de um segundo método, porém, preferentemente onde lhe interessam não

⁵⁰⁷ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 540 e 541.

⁵⁰⁸ ROXIN. *Autoría...*, p. 129. Contudo, Pablo Alflen critica esta premissa: “*O equívoco de Roxin, ao definir o autor como a figura central, foi não ter observado que a figura central sempre terá o domínio do fato, porém, nem sempre quem tem o domínio do fato será a figura central.*”

⁵⁰⁹ RESTON. *Los Delitos...*, p. 21. Vide: ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 179.

⁵¹⁰ RESTON. *Los Delitos...*, p. 24. Vide: ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 179/80.

⁵¹¹ ROXIN. *Política...*, p. 42.

tanto as características da conduta, porque o fundamento da sanção está em que alguém infringe as exigências de um papel social por ele assumido.⁵¹²

Que exigências são essas? São os deveres destinados a determinadas pessoas. São deveres extrapenais que colocam a pessoa numa situação jurídica diferente das demais. Esses deveres extrapenais provêm das normas de direito privado, de direito público não-penal ou de situações sociais admitidas ou reconhecidas indiretamente pela norma jurídica.^{513 e 514}

Essa distinção sistêmica de Roxin é extraída da observação da prática legislativa ao descrever tipos penais e diante da constatação de que o *domínio do fato* não é, sem exceções, a única forma de verificação da figura central dos fatos típicos:

Podría ocurrir que el legislador no quisera caracterizar en todos los casos la figura central del suceso de la acción a través del dominio del hecho, sino a veces mediante otros criterios. En todo caso, no está justificado aplicar un concepto de autor [...] sólo por eso indiscriminadamente y sin reparos a todo género de actividad delectiva, como suele ocurrir.⁵¹⁵

Um exemplo: imagine-se que um chefe de polícia instiga seu irmão – que estava na delegacia naquele dia específico, e que também compartilha do sentimento de que se deve fazer justiça com as próprias mãos – a torturar um investigado. Veja-se que quem detém o domínio do fato é o irmão e o chefe de polícia é o instigador (partícipe) dessa conduta.⁵¹⁶ É o que se conclui a partir da *teoria do domínio do fato*, porque a partir da noção dos *crimes de dever* a situação inverte-se: quem possui o dever de preservação da integridade corporal do investigado? O chefe de polícia ou seu irmão que estava acidentalmente naquele dia na delegacia de polícia? Parece óbvio que é o delegado de polícia.⁵¹⁷

Para Roxin, os crimes omissivos impróprios pertencem à categoria dos *crimes de dever* (*Pflichtdelikte*),⁵¹⁸ ao lado dos crimes *próprios* (ou *especiais*) e dos crimes de *mão própria*.⁵¹⁹

⁵¹² ROXIN. *Política...*, p. 32/3.

⁵¹³ BATISTA. *Concurso...*, p. 78/9.

⁵¹⁴ Em sua mais recente manifestação sobre o tema, Roxin questiona-se: “[...] *me ha ido pareciendo dudoso que los deberes especiales fundamentadores de la punibilidad, tal como estimé originariamente, sean todos de índole extrapenal.*” (ROXIN. *Autoría...*, p. 744). Porém, Roxin não desenvolve o tema e promete deixá-lo para um trabalho específico, qual ainda não foi produzido.

⁵¹⁵ ROXIN. *Autoría...*, p. 369.

⁵¹⁶ BACIGALUPO. *Autoría...*, p. 59.

⁵¹⁷ ROXIN. *Autoría...*, p. 385.

⁵¹⁸ Claus Roxin, que, ao posicionar-se contra a aplicação da teoria do *domínio da organização* na seara empresarial, faz a seguinte ponderação: “*Parece-me mais preciso recorrer à figura jurídica dos delitos de dever, desenvolvida por mim já há décadas, e fundamentar com seu auxílio a autoria dos membros da direção, na medida em que se lhes atribui a posição de garantidores em defesa da legalidade dos atos da empresa.*” (ROXIN. *O Domínio...*, p. 91)

⁵¹⁹ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 108.

Tudo isso porque entre eles há algo em comum: são *delitos especiais*. Nos crimes *comissivos por omissão*, o autor é aquele que está na *posição de garantidor*, e *garantidor* não é outra coisa senão aquele sobre a qual recai algumas exigências especiais de dever pessoal, ou seja, são normas extrapenais que definem a centralidade do interveniente e não o domínio.

Então, de acordo com Roxin, o critério de autoria nos crimes omissivos é a infração do dever de evitar o resultado, que fundamenta o tipo, além da necessidade de verificação dos demais requisitos típicos.⁵²⁰ Diz Roxin: “*Si concurren estos criterios, se há realizado la omisión típica. Dado que la autoría es la realización del tipo, no se puede exigir nada más para ella.*”⁵²¹ Logo, de acordo com esse entendimento, o superior empresarial, nos casos que formam o objeto deste capítulo, deve ser considerado autor.⁵²² Roxin cita o seguinte exemplo: o pai que observa impassível a mãe afogar o filho recém-nascido é autor por omissão, sempre que ele com sua intervenção puder impedir o resultado. A atitude interna do pai (aprovação, indiferença, desaprovação etc.) é indiferente, nada modifica sua condição de autor.⁵²³

Juarez Tavares, sem adotar completamente a teoria dos delitos de dever, chega à mesma conclusão. Segundo o eminente penalista brasileiro, inexistente domínio na omissão.⁵²⁴ Entretanto persiste uma certa individualização dos sujeitos, em razão da existência de deveres de atuar impostos a eles, seja porque estão concretamente diante de uma situação de perigo, seja porque apresentam uma especial vinculação para com a proteção do bem jurídico.⁵²⁵ Diz Juarez Tavares:

Embora a norma mandamental possa se destinar a todos, como na omissão de socorro, o preenchimento do dever é pessoal, de modo que não é qualquer pessoa que pode ser colocada na posição do omitente. Somente podem ser sujeitos ativos dos delitos omissivos, primeiramente, aqueles que se encontrem aptos a agir e se situem diante da chamada situação típica; depois, aqueles que, estando em condições reais de impedir a concretização do perigo, tenham uma vinculação especial para com a vítima ou para com a fonte produtora do perigo, de forma que se vejam submetidos a um dever especial de impedir o resultado.⁵²⁶

Com isso, Juarez Tavares chega à mesma conclusão de Welzel e Kaufmann – além de Roxin: inexistente concurso de pessoas nos crimes omissivos, não se pode falar em coautoria ou participação nos crimes omissivos.⁵²⁷ Assim, tratando-se de várias condutas omissivas colaterais, haverá tantas autorias quantas forem as condutas. Da mesma forma, se tratar-se da hipó-

⁵²⁰ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 801/2.

⁵²¹ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 802.

⁵²² GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 116; ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 801 e ss.

⁵²³ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 802.

⁵²⁴ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 407. No mesmo sentido: BATISTA. *Concurso...*, p. 84.

⁵²⁵ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 405.

⁵²⁶ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 405.

⁵²⁷ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 405/6. Ver: KAUFMANN. *Dogmática...*, p. 202.

tese em que um terceiro pratica uma ação que contribui para a omissão de quem tinha o dever de impedir o resultado: “*Cada qual – agente e omitente – serão igualmente autores do fato, o primeiro, de crime comissivo e o outro, de crime omissivo*”, diz Juarez Tavares.⁵²⁸

Por outro lado, Luís Greco e Augusto Assis lembram a posição de Gallas.⁵²⁹ Para Gallas, o garante omitente junto ao autor comissivo será sempre um *partícipe*.⁵³⁰ Contudo, adverte Roxin, isso só é válido enquanto o autor do crime comissivo permanece com o domínio do fato. Assim, se o omitente se depara com uma situação em que já não há mais domínio por parte do autor comissivo, p. ex., encontra uma pessoa gravemente ferida vítima de um atropelamento, e queda-se inerte, deverá ser considerado autor, de acordo com a posição de Gallas.⁵³¹

Há, ademais, a posição de um grupo de penalistas que diferenciam os garantes a partir do tipo de dever que fundamenta essa posição.⁵³² Assim, sendo caso de *dever de proteção*, haverá sempre *autoria*; porém, tratando-se de *dever de vigilância* haverá *participação*.

El garante protector o de protección, que tiene que preservar de todo peligro un bien jurídico, como por ejemplo el padre la vida y la salud de su hijo pequeño, será siempre un autor por omisión si infringe su deber de evitación del resultado. [...] Por el contrario, según esta concepción el garante de vigilancia o control, así por ejemplo la enfermera que debe resguardar los medicamentos tóxicos del acceso a terceros, será sólo cooperador(a) por omisión si de manera consciente no impide que una persona no autorizada acceda al medicamento venenoso y com éste mate a alguien.⁵³³

Isso porque a relação do garante em razão de dever de vigilância não mantém com o bem jurídico periclitante uma relação direta de proteção. Quem possui essa relação direta de proteção é o terceiro.

Schünemann está dentre este grupo de penalistas de que fala Roxin.⁵³⁴ Essa é a sua posição ao tempo da obra de 1971. “*De manera que*” – diz o penalista alemão – “*el dominio*

⁵²⁸ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 407. “*Da mesma forma que inexiste participação ou coautoria nos delitos omissivos, quando os sujeitos se omitirem em face da mesma situação de perigo, aqui também será impossível admitir-se a relevância dessa outra modalidade de participação. Deve-se seguir neste contexto a ponderação de Roxin, ao estipular como pressuposto de qualquer concurso de agentes que todos os participantes estejam subordinados aos mesmos critérios de imputação, o que não se dá quando se trata de delitos comissivos e omissivos, em face da própria estrutura da norma.*” (TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 407)

⁵²⁹ GALLAS, Wilhelm. *Anmerkung zu BGH*, StR 59/50, de 12.02.1952, JZ 1952, p. 371 e ss.

⁵³⁰ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 806; GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 116.

⁵³¹ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 806.

⁵³² Segundo Roxin, perfilam essa posição: Schröder, Herzberg e Schünemann. Vide: ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 808; e GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 116.

⁵³³ ROXIN. *Derecho... Tomo II*, p. 808.

⁵³⁴ SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 428.

*sobre el desvalimiento de la víctima (deber de protección) fundamentará autoría, el dominio sobre una cosa peligrosa (deber del tráfico), en cambio, sólo complicidad.*⁵³⁵

Contudo, conforme já foi estudado no capítulo anterior, Schünemann muda de posição quando de sua apresentação no Seminário Internacional Complutense sobre responsabilidade pelo produto, realizado em novembro de 2003 na Faculdade de Direito da Universidade de Complutense de Madrid.

Schünemann passa a entender que se trata de caso de *coautoria*, uma vez que sobre o superior hierárquico recai dupla condição em relação ao fato. De um lado, o superior está numa posição de garante em razão do seu dever de vigilância e, por outro lado, possui um controle significativamente intenso sobre o fato, que se dá por meio de aportes, que, isoladamente considerados, podem configurar induções ou participações omissivas.⁵³⁶

4.7. O superior empresarial como autor de injusto próprio.

Entretanto, parece que a exigência da norma de extensão feita por Wilfried Bottke, estudada no capítulo anterior, é a que melhor se adequa ao Direito Penal brasileiro, em obediência ao princípio da legalidade.

Esta exigência decorre da possibilidade de o legislador estabelecer previamente quem são os possíveis responsáveis pelos resultados ocorridos, seja na parte geral do Código Penal, seja no marco de uma lei especial que abrange um grupo de crimes, organizados sob uma mesma objetividade jurídica (p. ex., como já existe na lei dos crimes ambientais, na lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional e que serão estudadas no capítulo seguinte).⁵³⁷

Verifica-se, ademais, que o art. 13, § 2º, do CPB define, no direito pátrio, quando a omissão é penalmente relevante e estabelece a quem incumbe o dever de agir.

Tal dispositivo constitui verdadeira norma de extensão e permite que se puna, a título de autor, pela prática de crime descrito em tipo comissivo, aquele que tinha a posição de garantidor.

Contudo, constata-se que o art. 13, § 2º, do CPB, é pouco preciso na delimitação com dos possíveis sujeitos ativos, no que tange, especialmente, à relação entre superior e subordinado nos crimes empresariais, devendo ser complementado pelas normas de extensão existentes nas leis especiais.

⁵³⁵ SCHÜNEMANN. *Fundamento...*, p. 428.

⁵³⁶ SCHÜNEMANN. *Responsabilidad...*, p. 19.

⁵³⁷ BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 29.

Entretanto, há que se ter presente a especificidade da criminalidade de empresa. Nesse âmbito, como é notório, há um escalonamento vertical e divisão horizontal de trabalho.

As relações interpessoais, aí, em princípio, são orientadas pelo princípio da estrita separação de esferas (princípio da competência). Em decorrência de tal princípio não se permite fundamentar a existência de um dever especial de neutralização de riscos e neutralização de resultados que se produzem em esferas de organização alheia.⁵³⁸

Porém, quando houver um dispositivo normativo que fundamente um dever especial, quebra-se a separação das esferas, estabelecendo-se um dever especial de solidariedade e, por isso, de vigilância.

Tal dever especial de vigilância tem como pressuposto um conhecimento mínimo da prática de atos que superem o risco permitido. Mais precisamente, com Silva Sanchez, pode-se afirmar que, o superior que dispõe de dados suficientes para saber que a conduta de seus subordinados, executadas no âmbito de suas funções e no marco de seu poder de direção, cria um risco juridicamente desaprovado, é responsabilizado por omissão se não exerce as faculdades de controle, que lhe correspondem sobre o subordinado, ou não atua para impedi-lá.⁵³⁹

A infração ao dever de vigilância não é punível em si mesma, requer sempre que à dita infração, siga sempre ao menos o início da execução de um delito ou a própria execução do delito por parte do subordinado vigiado.

Quanto ao modo de exercer a vigilância, Silva Sanchez esclarece que este não pode identificar-se com uma revisão total dos atos do subordinado que tornaria inútil a própria delegação efetuada. Porém, tão pouco, basta uma simples atitude passiva ou reativa, à espera de indícios de uma atuação defeituosa do subordinado. Assim a vigilância pode cumprir-se de diversos modos: implantando sistemas de inspeção periódica mais ou menos aleatórios; ou, assim mesmo, estabelecendo procedimentos ou protocolos *bottom-up* de informação periódica (sobretudo, ante o advento de situações excepcionais), inclusive criando um órgão específico. Uma vez estabelecido o sistema periódico de inspeção ou de remissão de informações o superior hierárquico pode considerar-se amparado pelo princípio da confiança. O que significa que, uma vez estabelecido um procedimento de vigilância, a desconfiança passa a ser substituída pela confiança.⁵⁴⁰

Por fim, cabe salientar que o princípio da confiança tem um efeito limitador da posição de garantidor.

⁵³⁸ Nesse sentido é a lição de: SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos...*, p.166.

⁵³⁹ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos...*, p.174.

⁵⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos...*, p.17/45.

Como já foi adiantado, as normas de extensão têm natureza jurídica de *normas penais complementares*, ou seja, normas penais que delimitam a incidência de norma penal incriminadora,⁵⁴¹ cuja função, nestes casos, é determinar a possibilidade normativa de desvalor da conduta do superior, delimitando os possíveis sujeitos ativos e suas condutas.

Estas normas de extensão não possuem o conteúdo capaz de determinar a reponsabilidade por conduta alheia. Estas cláusulas não podem significar que o superior é responsável pela conduta de seu subordinado. O resultado é atribuído ao superior como sendo dele. O superior é responsável pelo resultado que lhe é imputado por meio de uma omissão própria. E é por isso que se deve analisar todos os demais elementos que formam o conteúdo dogmático desta espécie de crime. Do contrário, esta norma de extensão tivesse o caráter de impor responsabilidade do superior pela conduta praticada pelo subordinado, bastava-se analisar os elementos dogmáticos do fato punível praticado pelo subordinado e daí concluir, por meio da norma de extensão, a responsabilidade – poderíamos dizer: automática – do superior.

Como foi colacionado no capítulo anterior, Wilfried Bottke lança mão de uma proposta de redação de norma de extensão, que merece ser reproduzida:

Quien, como superior habilitado para dirigir a sus subordinados en una empresa o unidad de explotación o en un departamento, incitara a la comisión de delitos referidos a esa empresa, unidad de explotación o departamento, o tolera que se cometieran tales hechos antijurídicos, será merecedor de la pena asignada al autor de ese hecho antijurídico. Lo mismo rige para los miembros de una empresa, unidad de explotación o Departamento, a los que hayan sido transferidos la vigilancia o control sobre las actividades desempeñadas por otros miembros de la empresa, unidad de explotación o departamento, en tanto el hecho antijurídico cometido por éstos pertenezca al ámbito de actividades que el sujeto debió vigilar o controlar.⁵⁴²

Com isso, diante de tudo o que estudado neste capítulo, a autoria do superior empresarial em razão de crimes cometidos por seus subordinados, em hipóteses em que não há uma ordem expressa, determina-se por meio de uma infração do dever de vigilância, de acordo com os critérios que foram arrolados acima, desde que existente norma de extensão capaz de, em nível normativo, estabelecer o dever de agir do superior.

Ou seja, a afirmação da autoria é verificada somente com *infração do dever de vigilância*, aferível por meio do domínio sobre o fundamento do resultado, desde que existente

⁵⁴¹ “No entanto, quando estabelece normas não incriminadoras, isto é, quando não tipifica condutas puníveis, o Direito Penal não utiliza a mesma técnica, mas formula proposições jurídicas das quais se extrai o conteúdo da respectiva norma, seja ela permissiva, explicativa ou complementar. Essa técnica encontra-se na Parte Geral do Código Penal e sua função, como vimos acima, está relacionada com a interpretação e delimitação do alcance da norma penal incriminadora. Com efeito, como destacam Muñoz Conde & García Arán, o fundamento desses tipos de proposições jurídicas não é outro que o de evitar repetições desnecessárias, ao longo da Parte Especial, no enunciado de regras comuns que repercutem na caracterização da infração penal e/ou na determinação da correspondente sanção.” (BITENCOURT. *Tratado...* [cap. VIII, item 2])

⁵⁴² BOTTKE. *Criminalidad...*, p. 29.

norma de extensão que afirme o dever de agir dos superiores empresariais. Ou, dizendo de outro modo, o conteúdo dessa norma de extensão é, exatamente, os critérios materiais capazes de aferir o domínio sobre o fundamento do resultado. E só com esta norma com este conteúdo é possível afirmar a autoria dos superiores empresariais, uma vez que sobre ele recairá um dever específico, diverso do dever ou da conduta de seu subordinado.

CAPÍTULO 5. ANÁLISE DA SITUAÇÃO PENAL DO SUPERIOR EMPRESARIAL NOS CASOS DOS DELITOS ESPECIAIS.

Como bem observa a Professora Sheila Jorge Selim Sales,

[e]m sua maioria, nos tipos penais previstos na Parte Especial do nosso Código Penal, não se requereu quaisquer condições especiais no sujeito ativo para a prática da conduta delitiva; entretanto, em certos tipos penais, a conduta só pode ser praticada por aquelas pessoas que possuem a condição especial prevista pela lei.⁵⁴³

Os delitos *especiais*, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, constituem uma classificação dos crimes quanto ao *círculo de autores*.⁵⁴⁴

Do ponto de vista do círculo de autores, os tipos classificam-se *em gerais e especiais*: a) os *tipos gerais* podem ser realizados por qualquer pessoa, como homicídio, lesão corporal, furto; b) os *tipos especiais* somente podem ser realizados por sujeitos portadores de qualidades descritas ou pressupostas no tipo legal, como a qualificação de funcionário público no peculato (art. 312), na concussão (art. 316), na corrupção passiva (art. 317) etc.⁵⁴⁵

Porém, Juarez Cirino dos Santos chama a atenção para as seguintes subespécies:

Complementarmente, distinguem-se os tipos especiais em *próprios e impróprios*: a) tipo especial *próprio*, se a qualidade especial do autor *fundamenta* a punibilidade, como os crimes do funcionário público contra a administração em geral; b) tipo especial *impróprio*, se a qualidade especial do autor apenas *agrava* a punibilidade, como a qualidade de funcionário público na falsificação de documento público (art. 297, §1º) ou na falsidade ideológica (art. 299, parágrafo único).⁵⁴⁶

Ademais, segundo a Professora Sheila Jorge Selim Sales, essa tal qualidade posta ao sujeito ativo nos tipos penais, pode ser – salvo as posições em contrário – natural ou jurídica.⁵⁴⁷ “A qualidade natural é aquela que diz respeito a algumas características próprias do indivíduo, tais como o sexo e determinadas condições biológicas ou biopsicológicas.”⁵⁴⁸ Por sua vez, a qualidade jurídica “consiste numa dada situação jurídica pertinente à pessoas do agente, podendo advir dos mais diversos ramos do Direito.”⁵⁴⁹

Destas notas já se pode concluir, por óbvio, que sob as sociedades empresárias somente recairão as qualidades jurídicas.

⁵⁴³ SALES. *Do sujeito...*, p. 59.

⁵⁴⁴ CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 114.

⁵⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 114.

⁵⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 114. Importante lembrar da hipótese de *tipos de mão própria*, que somente podem ser realizados por *autoria direta*, como, por exemplo, o crime de falso testemunho (art. 342) e, que, portanto, constituem exceção à regra de que os tipos penais podem ser realizados por autoria direta ou mediata. (CIRINO DOS SANTOS. *Direito...*, p. 114)

⁵⁴⁷ SALES. *Do sujeito...*, p. 60.

⁵⁴⁸ SALES. *Do sujeito...*, p. 60.

⁵⁴⁹ SALES. *Do sujeito...*, p. 61.

Visto isso, percebe-se que os *delitos especiais* assumem uma relevância peculiar na *criminalidade de empresa*, sobretudo quando as condições ou qualidades pessoais reúnem-se sobre pessoa diversa daquela que pratica a conduta prevista no verbo núcleo do tipo.

É possível notar que essas condições ou qualidades pessoais podem recair sobre outra pessoa física que ocupa determinada função na estrutura empresarial ou, por outro, pode recair sobre a própria *sociedade empresária* (pessoa jurídica) enquanto que a conduta é praticada pela pessoa física que a (re)presente.⁵⁵⁰

Ademais, deve-se ter como pressuposto aqui as hipóteses estudadas nos capítulos anteriores. Assim, p. ex., o superior, sendo quem possui as qualidades especiais, ordena a realização de fato típico ou omite-se no dever de vigilância, mas cuja execução foi realizada por um subordinado sem as tais qualidades exigidas pelo tipo; ou, ainda, pode ser que quem detém as qualidades especiais é a sociedade empresária e não o superior, que, da mesma forma, poderá ser quem ordena a realização de fato típico ou omite-se no dever de vigilância, sendo a execução levada a termo por um subordinado sem possuir as condições especiais.

5.1. As qualidades especiais recaem sobre outra pessoa física da sociedade empresarial.

Pode acontecer de o tipo penal exigir do autor qualidade que somente pode ser satisfeita pelo superior empresarial, mas quem executa a conduta prevista no verbo núcleo do tipo é o subordinado, que pode ocorrer em razão de uma emitida pelo superior ou mesmo em razão de cumprimentos de procedimentos empresariais, independentemente de ordem recebida.

O crime de *gestão fraudulenta*, nos termos do art. 4º da Lei 7.492/86, significa gestão de instituição financeira com fraude ou ardil, visando a obter indevida vantagem, por meio de simulação de operações ou maquiagem de balanços para desviar ativos da instituição e enganar investidores, outras instituições financeiras ou as autoridades que fiscalizem o mercado.⁵⁵¹ É possível verificar que estes atos podem ser praticados pelo próprio diretor ou administrador da instituição financeira em conjunto com seus subordinados, gerentes, em razão de uma ordem ou em razão da realização de procedimentos ordinários.

Desde que esteja presente o conhecimento e a vontade, ambos (administrador e gerente) serão coautores do crime de *gestão fraudulenta*, em razão do que dispõe o art. 30 do

⁵⁵⁰ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 117.

⁵⁵¹ REGIS PRADO. *Direito...*, p. 162.

CPB,⁵⁵² que impõe a comunicabilidade das condições elementares pessoais. Assim, a condição especial “gestor” comunica-se com os demais, fazendo que todos sejam autores.⁵⁵³

Contudo, é importante lembrar que, para Roxin, tratar-se-ia de hipótese em que a pessoa que possui a condição pessoa deve ser considerada *autora*, enquanto que os demais devem ser considerados partícipes, em razão da teoria dos *delitos de dever*.⁵⁵⁴

5.2. As qualidades especiais recaem sobre a sociedade empresária.

Trata-se, em verdade, de um problema subdimensionado pela doutrina nacional, notadamente por aqueles que se dedicam a tratar dos tipos em espécie da criminalidade de empresa. Invariavelmente, faz-se anotações equivocadas sobre o possível sujeito ativo destas espécies de crimes, confundindo-se o executor da ação com o sujeito ativo exigido pelo tipo penal.

É o caso do delito de *apropriação indébita previdenciária* (art. 168-A).^{555 e 556} A doutrina especializada faz os seguintes comentários sobre o sujeito ativo deste crime:

Sujeito ativo, tanto do tipo básico como nas figuras assemelhadas inseridas no parágrafo 1º do artigo 168-A, é o agente que tem um vínculo legal ou convencional com o órgão previdenciário (INSS), pelo qual se obriga a repassar ou a recolher a contribuição social, bem como a pagar o benefício ao segurado (delito especial próprio). Aqui podem ser citados o empresário individual e todos aqueles que ocupam cargos administrativos ou técnico-contábil-financeiros nas sociedades empresariais, como os sócios-gerentes, os membros do Conselho de Administração, os diretores, contadores, os gerentes de contabilidade, os gerentes de departamento de emissão de documentos fiscais de interesse do INSS, o agente que trabalha na agência bancária conveniada, entre outros.⁵⁵⁷

Então, segundo estas lições feitas por Luiz Regis Prado, o *sujeito ativo* do crime supracitado é a pessoa que possui vínculo legal ou convencional com o órgão previdenciário.

Contudo, a partir do que foi investigado para este trabalho, tem-se como certo que esta pessoa que possui vínculo é unicamente o *empresário*, que pode ser *pessoa jurídica (sociedade empresária)* ou *pessoa física empresária*, pois são estes os empregadores e sobre os quais recai a obrigação de recolher as contribuições devidas à previdência.

Luiz Greco e Augusto Assis fazem esta mesma observação, que merece ser mencionada integralmente aqui:

⁵⁵² “Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.”

⁵⁵³ Nesse sentido: GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 118.

⁵⁵⁴ Nesse sentido: GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 118.

⁵⁵⁵ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 118.

⁵⁵⁶ “Art.168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional: Pena- reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

⁵⁵⁷ REGIS PRADO. *Direito...*, p. 324.

O art. 168-A CP incrimina a conduta de «deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes». O dispositivo não estabelece, entretanto, a quem incumbe tal repasse. Camargo* afirma com acerto que a solução comumente dada pela doutrina, a de que é o responsável pelo recolhimento o detentor da qualidade especial, resolve apenas parcialmente a questão. Afinal, a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada pelo cometimento do delito em questão. Camargo defende, portanto, que o dever de repasse mencionada recai sobre a pessoa que «se encontra na posição fático-institucional de cumprir essa obrigação», ou seja, a(s) pessoa(s) a quem incumbia a tarefa dentro da empresa.⁵⁵⁸

Prosseguem os renomados autores para a conclusão da crítica:

O raciocínio de Camargo é, em si, correto. É na aplicação desse raciocínio ao direito positivo brasileiro que reside, contudo, o problema a que a nossa doutrina pouco atentou. Se o tipo pressupõe um dever (de repasse de contribuição previdenciária) que é, contudo, da pessoa jurídica, e não da pessoa física, como aplicar o tipo a essa pessoa física, que não é titular do dever?⁵⁵⁹

Percebe-se, então, que essa problemática resulta da estrutura do tipo idealizada pelo legislador, que para determinar a qualidade especial do sujeito ativo não utiliza a sua função (ou atividade) exercida, mas sim um *status* social, p. ex., utiliza-se “empregador” e não “a pessoa que na gestão das contas da seguridade social realiza funções de empregador”⁵⁶⁰; ou seja, por um lado, quem reúne as condições legais para ser autor do delito não terá realizado nenhuma conduta e, salvo as controvérsias a respeito, não pode ser responsabilizada penalmente (em virtude do princípio *societas delinquere non potest*). Por outro lado, contudo, a pessoa física que praticou a conduta também não pode ser responsabilizada por não reunir as condições exigidas pelo tipo penal.⁵⁶¹

Há mais casos destes espalhados pela legislação penal especial. Veja-se o que ocorre no CDC. A maioria dos tipos penais previstos no CDC refere-se, como sujeitos ativos, ao *fornecedor* (prestador de serviços ou que exerce atividade de produção ou circulação de bens), tal como conceituado pelo art. 3º do mesmo diploma legal.^{562 e 563} O problema sobressai quando se trata de *fornecedor pessoa jurídica* (sociedade empresária).⁵⁶⁴

* Os autores referem-se à Beatriz Corrêa Camargo: “Sobre o domínio do fato no contexto da criminalidade empresarial, *RBCC*, n. 102, 2013, p. 385 e ss.”. Comentam ainda os autores em nota de rodapé: “Entretanto, ela, de maneira equivocada, não considera o delito de apropriação indébita previdenciária um delito especial.” (GRECO. ASSIS. *O que significa...*, p. 118)

⁵⁵⁸ GRECO. ASSIS. *O que significa...*, p. 118.

⁵⁵⁹ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 118/9.

⁵⁶⁰ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 542.

⁵⁶¹ SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos...*, p. 64.

⁵⁶² “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

⁵⁶³ Nesse sentido: REGIS PRADO. *Direito...*, p. 92 e ss.

⁵⁶⁴ Jesús María Silva Sánchez colaciona alguns exemplos da legislação espanhola: “Así, la condición de deudor en las insolvencias punibles (arts. 305, 310, etc.); la de ‘productor, distribuidor o comerciante’ en los delitos en

Percy García Cavero coloca com precisão o problema:

Si se comete um delito común desde las actividades de la empresa, no habrá mayor problema, en cuanto al tenor de los tipos penales, para imputar responsabilidad penal al administrador de hecho que realiza el delito. El problema se presenta, más bien, cuando se trata de delitos especiales que exigen una calidad especial para poder ser autor del delito. Si la calidad especial recae en la empresa como autores del delito, en la medida que ellos no reúnen el elemento especial exigido por el tipo.⁵⁶⁵

Ou seja, nestes delitos os problemas derivam de um vazio legislativo entre as ações e as atribuições que tem lugar em toda atividade que se desenvolve conforme o princípio da divisão do trabalho no marco de uma organização hierarquizada. Isto é, problemas de identificação dos autores responsáveis e problemas de prova.⁵⁶⁶ Conforme anota Luis Gracia Martín:

A los problemas que surgen para la determinación del sujeto responsable en el ámbito de las reglas comunes de autoría y participación y en relación con el delito o la infracción cometidos a partir de una actuación para una empresa se sobreañade en el caso de los delitos especiales una nueva dificultad.⁵⁶⁷

Por exemplo, o art. 69 do CDC: “*Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena Detenção de um a seis meses ou multa.*”⁵⁶⁸ O sujeito ativo do tipo penal é o fornecedor (anunciante)⁵⁶⁹ do produto ou serviço, que é quem possui os dados fáticos, técnicos ou científicos que dão base à publicidade. Logo, o dever de organizar estas informações é do fornecedor.

Na lei dos crimes ambientais há a mesma coisa. Cita-se a hipótese de uma sociedade empresária que exerce atividade industrial de produção de móveis residenciais. Nesta sociedade há uma pessoa responsável pela compra dos insumos para a fabricação dos móveis, incluindo a compra de madeira. Ocorre que esse empregado aceita o recebimento das madeiras sem exigir a exibição de licença do vendedor outorgada pela autoridade competente, incorrendo, assim, nas penas do art. 46 da Lei 9.605/1988;⁵⁷⁰ o tipo penal fala em “*para fins co-*

materia de productos nocivos (art. 363), entre otros. En el caso de la comisión del delito en el marco de una persona jurídica, puede resultar, por tanto, que la condición de deudor o la de obligado tributario recaigan precisamente en la persona jurídica (deudas sociales, impuesto de sociedades, del valor añadido, etc.).” (Fundamentos..., p. 63/4)

⁵⁶⁵ GARCÍA CAVERO. *La competencia...*, p. 379.

⁵⁶⁶ GRACIA MARTÍN. *Instrumentos...*, p. 215.

⁵⁶⁷ GRACIA MARTÍN. *Instrumentos...*, p. 215.

⁵⁶⁸ “Art. 36. [...] *Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.*”

⁵⁶⁹ REGIS PRADO. *Direito...*, p. 114.

⁵⁷⁰ “Art. 46. *Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe a venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.*”

merciais ou industriais”. No exemplo dado quem exerce a finalidade comercial e industrial é a pessoa jurídica (sociedade empresária) e não o empregado responsável pelas compras.

O mesmo ocorre no crime do art. 69-A da Lei 9.605/1998.⁵⁷¹ Tratando-se de uma sociedade empresária requerente da licença ambiental, quem apresenta no estudo ambiental laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso é a pessoa jurídica empresária, ainda que esta contrate outra pessoa para elaborá-lo.

Luiz Greco e Augusto Assis lembram ainda a hipótese do art. 1º da Lei 4.729/1965: “omitir [...] com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei.” Tratando-se de devedor tributário pessoa jurídica empresarial, o problema se repete.⁵⁷²

Nos delitos falimentares (Lei 11.101/2005), invariavelmente, os tipos penais exigem que o sujeito ativo seja *falido*. Somente pode ser falido a pessoa do empresário e sendo sociedade empresária, mais uma vez está-se diante do mesmo problema.

Enfim, o problema repete-se constantemente nos delitos econômicos e empresariais. Tanto é verdade que afirma Luis Gracia Martín: “Autor típico de los delitos económicos es el empresario y por esto muchos de ellos son tipos especiales”.⁵⁷³ Sendo certo que “empresário” aqui deve-se considerar o *empresário individual* e o *empresário pessoa jurídica* e não os *sócios*.⁵⁷⁴

Qual seria a solução sem que se comete o equívoco de compreender como sujeito ativo também as pessoas físicas pertencentes à sociedade empresária que costumeiramente exercem a função descrita no tipo?

Diante deste quadro, cinco posturas podem ser tomadas para uma solução.⁵⁷⁵ A primeira é considerar estes tipos penais inaplicáveis, uma vez que quem detém as qualidades especiais exigidas é a pessoa jurídica empresária que, por sua vez, não pode cometer o delito. Assim, não havendo norma de extensão capaz, a ninguém se poderia impor responsabilidade. Uma segunda solução seria seguir ignorando o problema e seguir aplicando estes dispositivos por meio de arremedos interpretativos quanto ao sujeito ativo. A terceira possibilidade seria buscar uma solução *de lege lata* no art. 30 do CPB (comunicabilidade das circunstâncias e

⁵⁷¹ “Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.”

⁵⁷² GRECO. ASSIS. *O que significa...*, p. 119.

⁵⁷³ GRACIA MARTÍN. *La polémica...*, p. 10.

⁵⁷⁴ Outros exemplos na legislação espanhola são dados por Luis Gracia Martín. Vide: GRACIA MARTÍN. *Instrumentos...*, p. 213.

⁵⁷⁵ Luís Greco e Adriano Assis sistematizaram quatro possibilidades. Aqui acrescentará mais uma, que é justamente a que se verifica no Brasil. Vide: GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 120.

condições de carácter pessoal elementares do tipo). Contudo, tal dispositivo regula a comunicabilidade entre pessoas, na forma que o Título onde está inserido dispõe: “Do concurso de pessoas”. A quarta possibilidade é, *de lege ferenda*, incluir uma norma geral, na Parte Geral do CPB, de imputação que possibilite a transmissão da qualidade da pessoa jurídica para a pessoa física que a representa. Por fim, uma quinta possibilidade, tal como ocorre no Brasil, é haver regras específicas na legislação esparsa.⁵⁷⁶

Todos os países estudados lançam mão de estabelecer uma *norma de extensão* na Parte Geral de seus respectivos códigos, p. ex., Código Penal português (art. 12);⁵⁷⁷ Código Penal espanhol (art. 31);^{578 e 579} Código Penal alemão (§ 14);⁵⁸⁰ Código Penal boliviano.⁵⁸¹

⁵⁷⁶ GRECO; ASSIS. *O que significa...*, p. 120.

⁵⁷⁷ “Artigo 12º Actuação em nome de outrem 1 - É punível quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime exigir: a) Determinados elementos pessoais e estes só se verificarem na pessoa do representado; ou b) Que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado. 2 - A ineficácia do acto que serve de fundamento à representação não impede a aplicação do disposto no número anterior.”

⁵⁷⁸ “Artículo 31.1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

⁵⁷⁹ Sobre a evolução deste instituto na dogmática espanhola: “Precisamente para salvar este problema de legalidad, se incorporó en la reforma del año 1983 una cláusula de actuar en lugar de outro en el art. 14 bis del Código Penal anterior. Con esta cláusula especial se podía castigar al representante de una persona jurídica como autor del delito especial cometido, aun cuando no reuniese el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal. La crítica que salto inmediatamente fue el hecho de dejar al margen a los administradores fácticos que carecían de una relación de representación forma con la empresa. Atendiendo a esta crítica, el Código Penal de 1995 amplió el alcance de la cláusula del actuar en lugar de outro, reconociendo en su art. 31 que también podía responder por los delitos especiales cometidos desde la empresa el administrador de hecho. Lo que ahora se discute es la extensión de esta ampliación, es decir, si se aplica a todos los delitos especiales y a todas las formas de administración fáctica.” (GARCÍA CAVERO. *La competencia...*, p. 380).

⁵⁸⁰ “§ 14. Actuar por otra persona (1) Alguien actúa 1. como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos 2. como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas; o, 3. como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales personales), también se debe aplicar al representante aún cuando esas características no las tenga él pero si existen en el representado. (2) Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello 1. encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa; o, 2. expresamente encargado a salvaguardar bajo su propia responsabilidad, tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa el con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aún cuando esas características no las tenga él, pero si existen en el propietario de la empresa. 2 Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa. Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar mutatis mutandis la primera frase. (3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz.”

⁵⁸¹ “Art. 13º ter. – (RESPONSABILIDAD PENAL DEL ÓRGANO Y DEL REPRESENTANTE). El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de outro, responderá personalmente siempre que en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre concurren las especiales relaciones, cualidades o circunstancias personales que el correspondiente tipo penal requiere para el agente.”

Trata-se, enfim, do instituto do *atuar em nome de outrem*, elucidado por Luis Gracia Martín na seguinte passagem:

La laguna de punibilidad que produce esta escisión de los elementos del tipo sólo puede ser colmada por el legislador mediante la introducción de disposiciones específicas de extensión de la autoría formal de los delitos especiales a quienes actúan en lugar del sujeto cualificado.⁵⁸²

A finalidade político-criminal do do *atuar em nome de outrem* é cobrir os vazios de punibilidade que se apresentam nos delitos especiais quando o crime for cometido pelo administrador e o elemento especial da autoria recair sobre a pessoa jurídica (sociedade empresária).⁵⁸³ Isso porque o legislador precisa determinar legalmente, de maneira mais precisa possível, as condutas penalmente castigadas.

Segundo Daniel Laufer, essa lacuna de punibilidade foi debatida pela primeira no Tribunal Supremo Prussiano, em que se julgava a responsabilidade por “*falência simples*” de um membro do Conselho de Administração de uma cooperativa, que suspendeu o pagamento dos salários dos funcionários.⁵⁸⁴

Disso resultaram dúvidas quanto à imputação penal de determinado fato delituoso, pois de acordo com o delito de bancarrota (parágrafo 283-2 do RStGB) a conduta somente poderia ser realizada pelo devedor e o devedor em questão era a pessoa jurídica e não o membro do Conselho de administração.⁵⁸⁵

A partir desta constatação os legisladores de alguns países europeus deram-se conta da lacuna legal. Assim, na Alemanha introduziu-se a primeira norma deste tipo pela Lei de Introdução à Lei de contravenções (EGOWiG) de 24 de maio de 1968, incluindo a cláusula “atuar em lugar de outrem” no parágrafo 50 do StGB (como 50a).

5.3. Hipóteses na legislação brasileira (dever formal).

Visto a evolução de o instituto *atuar em nome de outrem* no direito estrangeiro, faz-se necessário, neste momento, verificar as regras do Direito positivo brasileiro que se caracterizam como tal.

Esse instituto, conforme ficou assentado, materializa-se por meio de uma *norma de extensão* capaz de estabelecer o círculo possível de autores dos injustos penais, transferindo-se

⁵⁸² GRACIA MARTÍN. *Instrumentos...*, p. 216/7.

⁵⁸³ GARCÍA CAVERO. *La competencia...*, p. 380.

⁵⁸⁴ LAUFER. *Artigo 25...*, p. 176.

⁵⁸⁵ LAUFER. *Artigo 25...*, p. 176.

as *qualidades especiais* da sociedade empresária à pessoa física que executa pessoalmente a ação típica.

Anota-se, porém, que a possibilidade de transferências das qualidades especiais exigidas do sujeito ativo para o autor deve dar-se nos limites exatos previstos pelas *normas de extensão* que serão estudadas a seguir, de modo que a não menção a uma condição, pessoa ou conduta não pode ser superada por analogia ou interpretação extensiva.

(a) *Crimes contra as relações de consumo* (art. 75, CDC).⁵⁸⁶ A primeira parte do dispositivo reproduz a regra prevista no art. 29 do CPB, que trata do concurso de pessoas. Já na segunda parte do artigo e no que diz respeito à indicação dos possíveis sujeitos ativos, este dispositivo fala expressamente do *diretor, administrador e gerente* da pessoa jurídica. Figuras que foram tratadas no capítulo 01 deste trabalho.

Administrador é aquele que *apresenta* a pessoa jurídica empresária, é o elemento anímico da sociedade, aquele que fala em nome da sociedade.⁵⁸⁷

A figura do *diretor*⁵⁸⁸ refere-se exclusivamente às sociedades anônimas ou às sociedades anônimas que optaram pela aplicação subsidiária da LSA. Assim, *diretor* é o membro da *diretoria* ou do *conselho de administração* das sociedades anônimas (art. 138, LSA).⁵⁸⁹ Trata-se de órgão de *apresentação* da sociedade, equivalente ao *administrador*. Porém, o dispositivo nada fala dos membros do *conselho fiscal* da sociedade, previsto no art. 161 da LSA.⁵⁹⁰ Logo, a norma a eles não se estende, em razão do princípio da legalidade.

Já o *gerente* é aquele que recebe parcela dos poderes do administrador (ou do conselho de administração) por meio de contrato de mandato (expresso ou tácito).⁵⁹¹

⁵⁸⁶ “Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por 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.”

⁵⁸⁷ Vide: LAUFER. Artigo 25..., p. 114/5.

⁵⁸⁸ Vide: LAUFER. Artigo 25..., p. 115 a 120.

⁵⁸⁹ “Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. § 1º O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores. § 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.”

⁵⁹⁰ “Art. 161. A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas. § 1º O conselho fiscal será composto de, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela assembleia-geral. § 2º O conselho fiscal, quando o funcionamento não for permanente, será instalado pela assembleia-geral a pedido de acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) das ações com direito a voto, ou 5% (cinco por cento) das ações sem direito a voto, e cada período de seu funcionamento terminará na primeira assembleia-geral ordinária após a sua instalação. § 3º O pedido de funcionamento do conselho fiscal, ainda que a matéria não conste do anúncio de convocação, poderá ser formulado em qualquer assembleia-geral, que elegerá os seus membros.”

⁵⁹¹ Vide: LAUFER. Artigo 25..., p. 120 a 122.

Ademais, a *pessoa jurídica* de que fala o dispositivo é a *pessoa jurídica fornecedora* tal como conceitua o art. 3º do CDC.⁵⁹²

Por fim, o CDC estabelece algumas condutas especiais a serem praticadas pelas pessoas acima indicadas para que se possa falar na extensão da norma punitiva, são elas: (a) promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de *produtos* (b) ofertar ou prestar *serviços*, sendo que todas essas condutas devem estar proibidas pelo CDC.

(b) *Crimes contra o meio ambiente* (art. 2º, Lei 9.605/98).⁵⁹³ Tal como o art. 75 do CDC, a primeira parte deste dispositivo reproduz a regra prevista no art. 29 do CPB.

Com relação aos possíveis sujeitos ativos, este dispositivo fala expressamente do *diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto* ou *mandatário* de pessoa jurídica. As figuras do *diretor, administrador e gerente* foram tratadas no item anterior.

Com relação ao *mandatário*, trata-se de redundância do legislador, pois *mandatário* é o mesmo que *gerente*, ou seja, aquele que recebe parcela dos poderes do administrador (ou do conselho de administração) por meio de contrato de mandato (expresso ou tácito).

Já o conceito de *preposto* é extremamente abrangente a ponto de abarcar pessoas sem nenhum poder dentro da estrutura empresarial. *Preposição* é qualquer elemento humano que dá *ânimo* (vida) à sociedade empresarial, que pode surgir das mais variadas formas de relação com a pessoa jurídica, p. ex., contrato de trabalho, contrato de prestação de serviços, contrato de mandato, de comissão, representação etc.

No que diz respeito aos *membros de conselho e de órgão técnico*, as sociedades anônimas podem criar outros órgãos, de natureza técnica ou de natureza consultiva, pois é possível que seja conveniente para a sociedade a criação desses órgãos auxiliares da administração.⁵⁹⁴ Assim, p. ex., uma companhia do setor elétrico pode instituir um conselho técnico composto por peritos que devem chancelar as atividades que envolvam engenharia civil ou

⁵⁹² “Art. 3º *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*”

⁵⁹³ “Art. 2º *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.*”

⁵⁹⁴ ULHOA COELHO. *Direito...*, par. 13.332.

elétrica, meio ambiente etc. Para estes órgãos aplicam-se aos seus membros as normas dirigidas aos demais órgãos da administração (art. 160).⁵⁹⁵

Já o *auditor* é o profissional responsável pela análise, avaliação e correção de determinadas especialidades da atividade da sociedade empresária e pode ser interno ou externo, ou seja, trabalhador contratado da própria pessoa empresarial ou de outra pessoa jurídica. O auditor não possui poder de mando, mas tem a competência de certificar a correção dos procedimentos inerentes à empresa, incluindo o controle contábil, financeiro e operacional, a análise dos riscos estratégicos, cumprimento de normas administradas e legais etc.⁵⁹⁶

Ademais, o dispositivo diz que estas pessoas devem pertencer a pessoa jurídica, sem qualificar esta pessoa jurídica; diz apenas: “de pessoa jurídica”.

Já na parte final do artigo, faz-se menção à necessidade de que essas pessoas tenham conhecimento da conduta criminosa, mas que, mesmo sabendo do fato, deixam de impedi-lo, quando era possível agir; ou seja, trata-se exatamente de alguns dos elementos dos crimes comissivo por omissão. Verifica-se que essa norma tem apenas a função de indicar a necessidade de analisar os elementos do tipo omissivo impróprio, não sendo suficiente apenas a análise do conhecimento da conduta criminosa de outrem e do poder atuar. É necessária a existência do dever de atuar, de uma situação típica, de causalidade etc.⁵⁹⁷

(c) *Crimes contra o sistema financeiro nacional* (art. 25, Lei 7.492/1986).⁵⁹⁸ Com relação aos possíveis sujeitos ativos, este dispositivo fala expressamente do *controlador* e dos *administradores*, que podem ser os *diretores* ou o *gerente*. O dispositivo traz duas figuras: o *controlador* e o *administrador*. Foi visto que a administração nas sociedades anônimas é exercida por meio da *diretoria* ou por meio do *conselho de administração*, que são compostos por *diretores*. Também foi visto que o gerente nada mais é senão aquele que recebe, expressa ou tacitamente, alguns poderes de administração.

Já o *controlador* é aquele de que trata o art. 116 da LSA:⁵⁹⁹

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

⁵⁹⁵ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 536.

⁵⁹⁶ CHIAVENATO. *Introdução...*, p. 238.

⁵⁹⁷ No mesmo sentido: GOMES. MACIEL. *Crimes...*, p. 26.

⁵⁹⁸ “Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).§ 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico.§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

⁵⁹⁹ ANDREUCCI. *Legislação...*, p. 605.

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Enfim, trata-se do acionista com o detentor da maioria de votos decisivos nas deliberações de assembleia.⁶⁰⁰

Ademais, o dispositivo da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro não faz nenhuma exigência para a punibilidade destas pessoas.

(d) *Crimes falimentares* (art. 179 da Lei 11.101/2005).⁶⁰¹ O dispositivo trata expressamente das seguintes figuras: *sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros* (de fato ou de direito) e *administrador judicial*.

Antes de se analisar cada uma destas pessoas, é importante verificar qual é o objetivo desta norma.

Deve-se ter em mente que o sujeito com capacidade para se tornar falido é apenas o sujeito empresário, que por sua vez pode ser empresário pessoa física ou empresário pessoa jurídica, lembrando, para este último caso, que o sócio não se confunde com a sociedade: somente a sociedade é empresária. Desse modo, quando uma pessoa jurídica empresária (sociedade empresária) tem decretada a sua falência, esta atinge somente a pessoa jurídica, jamais as pessoas dos sócios. Ocorre que, atento, o legislador percebeu que as condutas são materializadas, obviamente, pelas pessoas que dão animo à sociedade: as pessoas físicas. Para resolver este problema é que o dispositivo em comento equipara, para fins penais, a sociedade às pessoas que menciona.

Veja-se que não se trata especificamente de estabelecer uma norma de extensão para os superiores hierárquicos por crimes cometidos pelo subordinado, mas sim um mecanismo de possibilitar a punibilidade dos crimes falimentares que são levados a cabo efetivamente por pessoas físicas. Isso porque a maioria dos tipos penais leva em consideração a pessoa do falido como sujeito ativo do crime (são os crimes falimentares próprios: arts. 168, 171, 176 e 178).⁶⁰²

As figuras do *diretor, gerente e administrador* já foram tratadas nos itens anteriores.

⁶⁰⁰ ULHOA COELHO. *Direito...* (vol. 2), par. 12.50. Vide também: LAUFER. *Artigo 25...*, p. 112 a 114.

⁶⁰¹ “Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.”

⁶⁰² ANDREUCCI. *Legislação...*, p. 140.

Sócio é o membro da sociedade empresária, aquele que detém cotas ou ações da sociedade.⁶⁰³ Já os *conselheiros* (de fato ou de direito) são os membros do *conselho de administração* das sociedades anônimas (art. 138, LSA)

Por fim, o *administrador judicial*, que pode ser pessoa física ou jurídica, é o agente auxiliar do juiz que, em nome próprio, cumpre com as funções cometidas pela lei de falência. Assim, tem a função de auxiliar do juiz na administração da falência, sendo também o representante da comunhão de interesses dos credores (massa falida subjetiva). Lembra Fábio Ulhoa Coelho que, exclusivamente para fins penais, o administrador judicial é considerado funcionário público. Para os demais efeitos, no plano dos direitos civil e administrativo, ele é agente externo colaborador da justiça, da pessoal e direta confiança do juiz que o investiu na função.⁶⁰⁴

(e) *Crimes de sonegação fiscal* (art. 6º da Lei 4.729/1965).⁶⁰⁵ O cotado dispositivo, apesar de sua precisão técnica ao mencionar “quando se tratar de pessoa jurídica”, falha ao não precisar de forma detalhada, como se exige no Direito Penal, as pessoas que podem figurar como sujeitos ativos dos crimes da referida lei. O dispositivo limita-se a mencionar de forma genérica e abrangente a responsabilidade de *todos* os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.

Diante disso a norma não é capaz de materializar o instituto do *atuar em nome de outrem*.

Por fim, deve-se mencionar as disposições do art. 177 do CPB, que menciona as figuras do *diretor* e do *gerente* como sujeito ativo de todas as figuras delituosas do § 1º do art. 177 do CPB.⁶⁰⁶

Assim, estabelecidos os parâmetros formais das normas existentes no Direito positivo brasileiro, passa-se, a seguir, a verificar o conteúdo material destes dispositivos, pois, conforme anota Percy García Caverro:

El fundamento dogmático del actuar en lugar de otro no se puede determinar con la sola indicación de que su ámbito de aplicación es el de los delitos especiales, sino que es necesario precisar la estructura material de los delitos especiales y cómo

⁶⁰³ MAMEDE. *Direito...* (vol. 2), p. 38.

⁶⁰⁴ ULHOA COELHO. *Direito...* (vol. 3), par. 17.142.

⁶⁰⁵ “Art 6º Quando se trata de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta Lei será de todos os que, direta ou indiretamente ligados à mesma, de modo permanente ou eventual, tenham praticado ou concorrido para a prática da sonegação fiscal.”

⁶⁰⁶ PEDRAZZI; DA COSTA JÚNIOR. *Direito...*, p. 17.

se justifica que la responsabilidad penal alcance al que actúa em lugar del sujeto cualificado.⁶⁰⁷

Ademais, sendo pessoal o dever de atuar, ou seja, tratando-se de uma condição pessoal, esta somente se transfere nos casos expressamente previstos em lei.⁶⁰⁸

5.3. Conteúdo, fundamento e limites dogmáticos do “atuar em nome de outrem”.

Se o elemento da autoria concorre à pessoa do representante, a atribuição da responsabilidade a ele pode realizar-se a partir do tipo penal previsto na Partes Especial no CPB ou na legislação extravagante, prescindindo da cláusula *atuar em nome de outrem*.⁶⁰⁹

A função da cláusula *atuar em nome de outrem*, segundo Luis Gracia Martín, é a de ampliar a autoria do delito especial de modo que, a partir dela, se possa dar entrada ao representante da sociedade empresária ao círculo de autores possíveis dos delitos.⁶¹⁰

Assim, em essência este instituto visa a transferir as circunstâncias e as condições especiais da sociedade empresária figurante como sujeito ativo do tipo para a pessoa física de sua estrutura que pratica a ação em seu nome. Contudo, isso só é possível se ao representante carece tais condições ou qualidades especiais.⁶¹¹

Percy García Caveró bem coloca que os delitos especiais não se associam a uma razão material, pois sua criação depende simplesmente de um uso linguístico do legislador. O que o legislador pretende é determinar legalmente, de maneira mais precisa, as condutas penalmente castigadas.⁶¹²

Contudo, como já tem sido afirmado, não há coincidência entre a pessoa prevista no tipo como sujeito ativo e a pessoa que pratica as ações no mundo fenomênico em nome da sociedade empresária, de modo que qualquer arremedo interpretativo que pretenda corrigir isto levará a uma indesejável analogia *in mallam partem* no Direito Penal.⁶¹³

Claus Roxin qualifica os *delitos especiales* como *delitos de deber* e, portanto, considera a responsabilidade daquele que atua no lugar do outro como uma responsabilidade do representante que transladam os deveres especiais do representado.⁶¹⁴

⁶⁰⁷ GARCÍA CAVERO. *La competencia...*, p. 380. No mesmo sentido: SILVA SÁNCHEZ. *Fundamentos...*, p. 130.

⁶⁰⁸ TAVARES. *Teoria dos crimes omissivos*, p. 321.

⁶⁰⁹ GRACIA MARTÍN. *Instrumentos...*, p. 219.

⁶¹⁰ GRACIA MARTÍN. *Instrumentos...*, p. 219.

⁶¹¹ GRACIA MARTÍN. *Instrumentos...*, p. 219.

⁶¹² GARCÍA CAVERO. *La competencia...*, p. 381.

⁶¹³ GARCÍA CAVERO. *La competencia...*, p. 381.

⁶¹⁴ ROXIN. *Derecho... Tomo I*, p. 338.

Por outro lado, Schünemann considera que os delitos especiais são também delitos de *domínio*.⁶¹⁵ Assim, de acordo com Percy García Caveró, o *actuar em nome de outrem* não se reduz às meras situações de representação, senão a uma responsabilidade por assumir uma posição de garantia.⁶¹⁶ Com isso, transcende-se a teoria dos deveres formais de natureza Civil, para se determinar a responsabilidade penal por meio de uma posição de domínio findada na assunção de funções.⁶¹⁷

São precisas as palavras de Schünemann quanto ao seu abandono da teoria dos deveres formais:

Em mi opinión, la aplicación de estas nociones [de dominio] no puede reducirse a los delitos improprios de omisión, sino que debe reconocerse también em los delitos especiales que la responsabilidad penal tampoco puede vincularse aquí com la infracción de um deber especial extrapenal como tal. La vía de solución debe hallarse a través de um análisis de la responsabilidad penal por el actuar en lugar de outro [...]. Cuando, conforme a ello, le son imputados al representante de una persona jurídica o natural los elementos especiales que fundan la punibilidad, el fundamento de ello no puede consistir en la figura jurídica de la representación del Derecho Civil, justamente porque las consecuencias jurídicas de Derecho Civil no son, como tales, idénticas a las consecuencias jurídicas penales.⁶¹⁸

De acordo com esse raciocínio, Schünemann afirma que o *actuar em nome de outrem* não é outra coisa senão a *transmissão de posições de garantia*, já que a posição de autor nos delitos especiais é, em si, uma formulação de uma posição de garante, isto é, posição de garante em razão do domínio sobre o fundamento do resultado⁶¹⁹, uma vez que o sucesso do injusto penal se imputa a quem domina o respectivo âmbito social de onde se originam os riscos. Enfim, “*responsabilidad jurídica concierne a quien también efectivamente decide acerca de la lesión al bien jurídico*”⁶²⁰; ou seja, para a posição penal de autor, o critério decisivo é o domínio e não as normas de Direito Civil (normas extrapenais), como quer Roxin por meio dos *delitos de deber*.⁶²¹

Viu-se que os *delitos de deber* (*Pflichtdelikte*) se apartam completamente de elementos materiais/empíricos de imputação, orientando-se exclusivamente por elementos normativos.

Essa compreensão de Schünemann parte da constatação da obsolescência – utilizando a expressão do próprio autor – da teoria formal do dever jurídico nos crimes omissivos impróprios e nos delitos especiais: “*Esta teoria hace depender la equiparación de la omisión*

⁶¹⁵ SCHÜNEMANN. *Cuestiones...*, p. 544. No mesmo sentido: GRACIA MARTÍN. *Actuaciones...*, p. 884.

⁶¹⁶ GARCÍA CAVERO. *La competencia...*, p. 382.

⁶¹⁷ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 55/6.

⁶¹⁸ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 43.

⁶¹⁹ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 52.

⁶²⁰ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 52.

⁶²¹ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 45. No mesmo sentido: GRACIA MARTÍN. *Actuaciones...*, p. 875.

con el hacer activo de que se haya lesionado un deber de actuar del autor proveniente especialmente de la ley o de un contrato, es decir, de una fuente de Derecho extrapenal”.⁶²² Prosegue o eminente penalista alemão justificando a posição de Roxin:

Por eso Roxin concibió en el año 1963 los delitos impropios de omisión como delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*), en el sentido de fundar la autoría aquí no sobre la base del dominio del hecho, sino sobre la base de la infracción de un deber especial extrapenal.⁶²³

Em razão de o Código Penal alemão não prever expressamente o critério formal de garante, a teoria do dever jurídico foi amplamente abandonada, segundo Schünemann. Contudo, Roxin prosseguiu sem rever a sua posição.⁶²⁴

Consideremos que ni siquiera Roxin há logrado presentar en su famosa monografía sobre *Autoría y dominio del hecho* un principio material uniforme para la teoría del autor, y tengamos en cuenta que la teoría de los delitos de infracción de deber, la teoría formal del deber jurídico en los delitos impropios de omisión y la teoría de la responsabilidad penal del representante – fundada en sus orígenes en el Derecho Civil –, se alejaron de una determinación de la autoría específicamente penal, e invirtiendo la “liberación del Derecho Penal del pensamiento civilista” proclamada por Bruns, acabaron en su esclavización.⁶²⁵

Desse modo, aplicam-se todo o conteúdo de domínio sobre o fundamento do resultado que foi estudado no capítulo anterior para aqui formar o conteúdo material das cláusulas instituidoras do *atuar em nome de outrem*.

Contudo, algumas questões práticas – que só ocorrem diante dos delitos especiais – merecem uma análise mais próxima.

A primeira delas diz respeito à *cadeia de representantes* na estrutura organizacional da sociedade empresária e nos processos de trabalho. São os casos de *delegações de funções*, que não se contentam com o mero trespasse formal da competência, e exigem uma transferência material da execução das atribuições.

Nessas situações, a responsabilidade penal original pertence ao administrador da sociedade. Porém, se este transfere concretamente uma determinada medida de suas atribuições, o subordinado que recebeu a atribuição passa a possuir qualidade especial exigida pelo tipo penal, isto é, passa a ter o domínio sobre a fonte do resultado. Entretanto, o domínio do superior transforma-se em razão do seu dever de controle ou vigilância. Assim, p. ex., um engenheiro, em sua função de diretor de obra, encomenda a um subordinado a instalação o filtro de ar

⁶²² SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 39.

⁶²³ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 39.

⁶²⁴ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 39/40.

⁶²⁵ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 47/8.

obrigatório; a partir desse momento, o subdelegado (subordinado) é autor idôneo do delito especial e o engenheiro passa a ter o dever de controle (posição de garante).⁶²⁶

Essa situação decorre da observação feita por Luis Gracia Martín:

La condición que hace posible una actuación en lugar de otro es la escisión personal entre la titularidad jurídico-formal de un determinado status y el ejercicio material de las funciones y competencias que son propias de aquél. [...] A su vez, el que actúa en lugar de otro posee también su propio y diferenciado status personal, del que derivan funciones y competencias que pueden también ser materialmente ejercitadas por otros sujetos distintos.⁶²⁷

Uma segunda questão prática diz respeito à contratação de pessoas para a prevenção e segurança de acidentes de trabalho. Tais pessoas têm por função controlar o cumprimento das normas sobre proteção do trabalho no interior da empresa. Segundo Schünemann, seguindo o princípio do *domínio*, essas pessoas não estão em posição de garante, uma vez que unicamente estão presentes para o controle externo, não estando incluídas no processo interno de produção e, por isso, não exercem nenhum poder sobre as coisas e os processos da atividade interna da empresa.⁶²⁸

A necessidade da norma de extensão para afirmar a autoria dos superiores empresariais, que ficou assentada nos capítulos anteriores, deve ser repetida aqui, pois

Una disposición legal de actuaciones en lugar de otro debe tener la naturaliza jurídico penal de una disposición de extensión de la autoría en los delitos especiales y de ampliación del tipo subjetivo en los delitos delimitados por tendencias subjetivas egoistas y su finalidad político criminal primordial es la de cubrir lagunas de punibilidad y proporcionar apoyo constitucional a la aplicación del Derecho penal.⁶²⁹

Dessa forma, diante do que ficou exposto, reafirma-se tudo o que foi dito nos capítulos anteriores com relação à interdependência entre os preceitos formais e materiais de imposição ao superior empresarial em posição de garante. Assim, os critérios de domínio sobre o fundamento do resultado expostos aqui somente têm sua permissão de passagem nos exatos limites do Direito positivo brasileiro, que é expresso, nesse caso especial pelas normas que foram estudadas acima.

Assim, para a afirmação da autoria do superior empresarial nos casos de delitos especiais em que as condições e as qualidades jurídicas especiais recaem sobre a pessoa jurídica, é necessário verificar, primeiramente, a existência de norma penal de extensão que atribua essa

⁶²⁶ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 53/4.

⁶²⁷ GRACIA MARTÍN. *Actuaciones...*, p. 884.

⁶²⁸ SCHÜNEMANN. *El dominio...*, p. 55/6.

⁶²⁹ GRACIA MARTÍN. *Actuaciones...*, p. 885.

responsabilidade aos superiores para em seguida verificar se sobre ele havia imposição de deveres de vigilância.

CONCLUSÃO.

Após a pesquisa realizada conclui-se que:

1. *Empresa e empresário* não se confundem. *Empresa* é um conjunto de atos praticados por agentes econômicos demarcados pela relação capital x trabalho; trata-se, portanto, de um ente abstrato, uma *atividade*. *Empresário* é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966, CC). O *empresário* pode ser pessoa física (*empresário individual*) ou pessoa jurídica (*sociedade empresária*);
2. *Administrador* é aquele que *presenta* a sociedade empresária. Nas *sociedades anônimas*, a administração caberá, conforme dispuser o estatuto, ao *conselho de administração* e à *diretoria*, ou somente à diretoria, sendo que o *conselho de administração* é obrigatório para as companhias abertas e as de capital autorizado, com a representação da companhia privativa dos diretores;
3. Segundo o CC, *preposto* é gênero e tem como espécies a figura do *gerente* e do *contabilista*. O *preposto* recebe do *administrador* poderes para atuar em nome da sociedade e *representá-la*, havendo um *mandato* (expresso ou tácito) entre a sociedade empresária, por meio do administrador;
4. Os *superiores empresariais* são: o administrador (ou administradores), os diretores, os membros do conselho de administração, os membros da assembleia (ou da reunião de sócios, ou, ainda, de outras assembleias que existirem); podem figurar como subordinados: os prepostos, entre eles: o gerente (delegado ou de setor) e o contabilista;
5. *Poder de mando* significa o conjunto de atribuições que recaem sobre determinada pessoa física, no seio da pessoa jurídica empresarial, que possua a capacidade de emitir decisões sobre a gestão, organização, fiscalização, controle ou disciplina;
6. *Direito Penal econômico* não tem autonomia científica diante do Direito Penal, sem prejuízo do reconhecimento de sua especialidade para fins de política criminal e pedagógico-dogmáticos; o *Direito Penal da empresa*, por sua vez, encontra-se ante o *Direito Penal econômico* numa relação de espécie e gênero; o *crime econômico* deve ser conceituado de acordo com o chamado critério ou concepção ampla; e os *crimes de empresa* são os deli-

tos econômicos, por meio dos quais são lesionados bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico;

7. A análise do instituto do *concurso de pessoas* deve estar necessariamente atrelada ao marco referencial do tipo, uma vez que somente por meio dele é que se podem definir, em nível dogmático, as contribuições pessoais para fatos típicos;
8. O critério do *domínio do fato*, não obstante a existência de outros, é o que melhor atende à exigência de discriminação entre autores e partícipes exigida pelo direito positivo brasileiro;
9. Não é possível aplicar a *teoria do domínio da organização*, desenvolvida por Roxin para o âmbito dos crimes praticados por agentes de Estados totalitários, ao contrário do que pensa parcela do entendimento jurisprudencial, nos *crimes de empresa*, uma vez que essa teoria tem como pressuposto (essência/substância) que a organização (*aparato de poder*) seja contrária ao Direito;
10. A situação penal do superior empresarial que emite ordem para que seu subordinado execute fato típico configura, à luz do Direito Penal positivo brasileiro e das concepções teóricas do domínio do fato e formal-objetiva, partícipe por instigação;
11. Aderindo a tese de Wilfrid Bottke, a melhor político-criminal é o do estabelecimento de uma norma de extensão capaz de atribuir ao superior empresarial uma pena equivalente à de autor, em razão dos crimes cometidos por seus subordinados derivados de ordens suas;
12. A *norma de extensão* é instrumento capaz de estabelecer previamente quem são os possíveis responsáveis pelos resultados ocorridos no marco de uma lei que abrange um grupo de crimes organizados sob uma mesma objetividade jurídica; e tem por função a não ampliação indevida das possibilidades de punição e possui um caráter limitativo do poder punitivo;
13. Estas *normas de extensão* têm natureza jurídica de *normas penais complementares*, ou seja, normas penais que delimitam a incidência de *norma penal incriminadora* (tipo-crime em espécie), cuja função, nestes casos, é determinar a possibilidade normativa de desvalor da conduta do superior, delimitando os possíveis sujeitos ativos e suas condutas;
14. A teoria dos crimes omissivos impróprios é uma técnica adequada à verificação da responsabilidade penal dos superiores empresariais que possuem o *dever de vigilância* em

- relação aos procedimentos e pessoas da empresa, em razão de fontes produtoras de perigo, característico da atividade empresarial, bem como em razão da delegação de funções;
15. A definição do âmbito da posição de garantidor deve valer-se dos critérios materiais de posição de garantidor desenvolvidos por Bern Schünemann acerca do *dever de vigilância* sobre *ações dos subordinados* e sobre *coisas e procedimentos materiais perigosos* na atividade empresarial, desde que verificados os demais elementos da análise estratificada do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios que determinam/limitam o processo de imputação;
 16. Para a identificação de se tratar de *omissão imprópria* deve-se analisar se a não realização da conduta mandada e possível de ser realizada implica no não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por meio de ação (há subordinação, ao mesmo tempo, a uma norma mandamental e proibitiva, que determina as qualidades específicas do sujeito). Por outro lado, será *omissão própria* sempre que houver generalidade da imposição do dever quanto ao sujeito e a não realização da ação ordenada implique por si mesma a violação de uma norma mandamental (há imposição de dever geral de assistência independentemente da ocorrência do resultado);
 17. Para a criminalização de condutas omissivas pressupõe-se o poder de atuar do sujeito ativo do crime, caracterizado pela capacidade psicofísica do garante de planejar a ação imposta pela lei, encontrando os meios e impulsionando seu projeto de ação;
 18. Pressupõe-se, ainda, a existência de causalidade, que nos crimes omissivos verifica-se por meio da capacidade de a norma mandamental orientar, nos limites da certeza, a conduta devida do sujeito;
 19. O CPB adotou expressamente o critério formal para a definição da posição de garantidor, conforme art. 13, § 2º. Contudo, diante de algumas deficiências, devem-se somar a estes critérios os parâmetros materiais, o que é autorizado pelo art. 13, § 2º, 'b' do CPB;
 20. A verificação da posição de garante do superior empresarial se sujeita à análise de seus *deveres de controle*, que se manifesta por meio do *domínio sobre o fundamento do resultado*, isto é, domínio sobre os processos e pessoas da atividade empresarial como fontes de perigo;
 21. O trabalho afasta-se da compreensão dos *crimes omissivos impróprios* como *delitos de dever*;

22. As formas de domínio nos *crimes de empresa* compreendem o *domínio material*, ou seja, o domínio fático sobre os elementos perigosos do estabelecimento, bem como o *domínio pessoal*: seu poder de mando sobre os trabalhadores;
23. O *domínio material* sob as coisas e sobre os procedimentos da *empresa* recai sobre o *titular da custódia*, isto é, o responsável imediato pela guarda da coisa ou pela execução material do ato que compõe a procedimentalização da atividade empresarial. Contudo, havendo domínio material escalonado, cada co-titular da custódia será responsável segundo sua parte de domínio;
24. Havendo posse conjunta de domínio em diferentes níveis – nas relações de superioridade e subordinação – o mais próximo da coisa tem que conter a fonte de perigo; porém, nas relações organizacionais, aquele que exerce a direção da atividade possui o poder central sobre as coisas integradas na organização;
25. Há, em razão disso, uma subdivisão dos *deveres de garante* em relação a sua posição em relação à coisa: *deveres primários de garante*: aqueles que estão mais próximos da coisa e executam as atividades materiais de acordo com as suas atribuições no estabelecimento (local) indicado para o controle da fonte de perigo; *deveres secundários de garante*: são os superiores hierárquicos, co-titulares da custódia, que estão obrigados pela coordenação e controle da fonte de perigo;
26. O *domínio pessoal caracteriza-se pelo poder jurídico de mando sobre os trabalhadores*. Este domínio decorre do poder que o superior mantém sobre seus subordinados, resultante da organização empresarial verticalizada;
27. O *domínio pessoal* não se resume apenas ao poder legal de mando que o superior possui sobre o subordinado para a direção das atividades empresariais, mas também em razão da circunstância de sob o superior reunir uma maior quantidade de informações globais sobre o exercício da atividade, tendo, os subordinados, apenas informações fragmentadas;
28. O *domínio pessoal* subsiste até o momento em que a atitude do subordinado desprende-se ou excede os limites da atividade específica daquela sociedade empresarial;
29. O *domínio material sobre coisas e procedimentos* subsiste diante o *anormal* porque a perda da custódia da coisa contraria o dever de controle e fundamenta a imputação das consequências que disso derivam; porém, não subsiste diante da descentralização organizativa empresarial, pois a simples posição hierárquica não pode fundamentar responsabi-

lidades penais. O domínio *pessoal não* subsiste sobre o *anormal*, pois os atos dos subordinados em seu próprio interesse quedam-se fora da força do domínio do grupo; mas subsiste diante da descentralização da estrutural da empresa, porque somente nos escalões mais altos da hierarquia empresarial encontram-se o poder legal de mando e a concentração das informações globais da atividade empresarial;

30. O art. 13, § 2º, do CPB define, no direito pátrio, quando a omissão é penalmente relevante e estabelece a quem incumbe o dever de agir. Tal dispositivo constitui verdadeira norma de extensão e permite que se puna, a título de autor, pela prática de crime descrito em tipo comissivo, aquele que tinha a posição de garantidor;
31. Constata-se que o art. 13, § 2º, do CPB é pouco preciso na delimitação dos possíveis sujeitos ativos, no que tange, especialmente, à relação entre superior e subordinado nos crimes empresariais, devendo ser complementado pelas normas de extensão existentes nas leis especiais;
32. A autoria do superior empresarial em razão de crimes cometidos por seus subordinados, em hipóteses em que não há uma ordem expressa, determina-se por meio de uma infração do dever de vigilância, de acordo com os critérios que foram arrolados acima, desde que existente norma de extensão capaz de, em nível normativo, estabelecer o dever de agir do superior;
33. Para afirmação da autoria do superior empresarial nos casos de omissão do dever de vigilância, deve estar configurado o domínio material sobre coisas ou procedimentos e/ou domínio sobre os subordinados, desde que existente norma de extensão que afirme o dever de agir dos superiores empresariais;
34. O conteúdo dessa norma de extensão é formado pelos critérios materiais capazes de aferir o domínio sobre o fundamento do resultado. Só com esta norma, com este conteúdo, é possível afirmar a autoria dos superiores empresariais, uma vez que sobre ela recairá um dever específico, diverso do dever ou da conduta de seu subordinado;
35. *Delitos especiais* são aqueles que o tipo penal exige uma qualidade jurídica ou natural do sujeito ativo, sendo que estas qualidades ou condições especiais, no contexto organizacional da sociedade empresária, podem recair sobre outra *pessoa física* que ocupa determinada função na estrutura empresarial ou, por outro lado, pode recair sobre a própria *sociedade empresária* (pessoa jurídica);

36. Nos casos em que as qualidades especiais recaem sobre outra *pessoa física* da sociedade empresária, aplica-se a regra prevista no art. 30 do CPB, que dispõe sobre a comunicabilidade das elementares sobre condições especiais do tipo. Hipótese em que todos serão considerados autores;
37. Para os casos em que as qualidades especiais recaiam sobre a pessoa jurídica, deve-se aplicar o instrumento do *atuar em lugar de outrem*, que se manifesta por meio de *normas de extensão*, hoje positivas em leis especiais do Direito positivo brasileiro, cujo conteúdo deve ser limitado materialmente pelo *domínio sobre o fundamento do resultado*;
38. A representação original da sociedade empresária pertence ao seu administrador ou administradores, que pode ser delegada aos subordinados estabelecendo, assim, uma cadeia de representantes. Nesta hipótese o subordinado que recebeu a atribuição passa a possuir qualidade especial exigida pelo tipo penal, isto é, passa a ter o domínio sobre a fonte do resultado. Entretanto, o domínio do superior transforma-se em razão do seu dever de controle ou vigilância;

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas. *Direito em revista*, vol. 03, n. 01, 2006, p. 08-16.

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

AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad.: Carlos Eduardo A. Japiassú e Daniel A. Raizman. São Paulo: RT, 2008.

AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtude de aparatos organizados de poder. Trad.: Manuel Cancio Meliá. *Cuadernos de conferencias y artículos n. 20*. Universidad Externado de Colombia, 1998.

ANDREUCCI, Ricardo. *Legislação penal especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BACIGALUPO, Silvina. *Autoría e participación em delitos de infracción de deber: Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal Económico. Aplicado a la actividad empresarial*. Madrid: Civitas, 1978.

BALCARCE, Fabián. *Derecho Penal Económico – parte general, Tom I*. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2002.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, vol. 1 – Parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 [e-pub].

BOTTKE, Wilfried. Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania, trad. Soledad Arroyo Alfonso, *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 21-29, Jan. 1999.

BOTTKE, Wilfried. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania, trad.: Soledad Arroyo Alfonso, *Revista Penal*, Barcelona, n. 2, p. 01-15, Jan. 1998.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal. Parte General*. São Paulo: RT, 2007.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El Derecho Penal de la Empresa: desde una visión garantista*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2005.

CESANO, José Daniel. La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omissivas: bases para su análisis. In: *Derecho Penal Económico*. Montevideú-Buenos Aires: BdeF, 2010.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da Administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal - parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de los delitos cometidos por su empleados*. Trabalho publicado no Seminário em homenagem ao Prof. Dr. Werner Beulke (Passau) em 17 de julho de 2007 e no Seminário do Prof. Dr. Claus Kreß (Colonia) em 24 de agosto de 2007.

ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA. *Código Penal boliviano*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_bol1.pdf>. Acesso em: 06.06.2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Instituciones de Derecho Penal económico y de la empresa*. Valladolid: Lex Nova/Thomson Reuters, 2013.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral, Tomo I: questões fundamentais e a doutrina geral do crime*. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FORNARI, Ignacio Carlos ¿Resulta dogmáticamente posible aplicar la teoría del dominio del hecho a través de un aparato organizado de poder a los delitos empresariales? In: RUBINSKA, Ramiro M.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (coord.). *Derecho Penal económico, Tomo I*. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010, p. 709-766.

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

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98*. São Paulo: RT, 2011.

GRACIA MARTÍN, Luis. Actuaciones en lugar de outro y responsabilidad penal. *In: Estudios del Ministerio Fiscal*, curso de formación, n. I, 1994.

GRACIA MARTÍN, Luis. Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal. *Actualidad penal*, n. 16/19, 25 abr 1993.

GRACIA MARTÍN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho Penal moderno*. México: Ubijus, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *In: Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *In: Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no Direito Penal brasileiro. *In: Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

JAKOBS, Günter. *Derecho Penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad.: J. Cuello Contreras e Serrano González Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4. ed. Trad.: Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

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

LAUFER, Daniel. *Artigo 25 da Lei nº 7.492/86: problemas de autoria no âmbito jurídico-penal*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2008.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. *In: Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LESSA FRANÇA, Júnia; DE VASCONCELLOS, Ana Cristina. *Manual para Normalização de Publicações Técnico-científicas*. 8. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007

- LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tomo I. Trad.: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.
- MAMEDE. Gladston. *Direito Empresarial brasileiro. Direito societário: sociedade simples e empresária, vol. 2*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MAMEDE. Gladston. *Direito Empresarial brasileiro. Empresa e atuação empresarial, vol. 1*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa – parte general*. 2. ed. Valencia: Titant lo Blanch, 2007.
- MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Economico*. Madrid: Montecorvo, 1987.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIX. São Paulo: RT, 1972.
- MIRÓ LLINARES, Fernando. Derecho Penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista de Direito Penal*, n. 33, p. 05-29, jan.-jun. 1982.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial? *Revista Penal*, Salamanca, n. 9, p. 59-98, Jan. 2002.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Estúdios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Montevidéo-Buenos Aires: BdeF, 2013.
- PEDRAZZI, Cesare. DA COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- PELUSO ALBINO DE SOUZA, Washington. *Constituição Econômica (Estudos)*. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 2000.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al Derecho Penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (org). *Curso de Derecho Penal económico*. 2. ed. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2005.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 1973.
- QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*, 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- REGIS PRADO, Luiz. *Curso de Direito Penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

REGIS PRADO, Luiz. *Direito Penal econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

REIS FINKELSTEIN, Maria Eugênia; MARTINS PROENÇA, José Marcelo (co-ord.). *Direito societário: tipos societários* (Série GVLaw). São Paulo: Saraiva, 2009.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Código Penal alemão (Strafgesetzbuch)*. Trad.: Claudia López Diaz. Universidad Externado de Colombia, 1999. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI. *Código Penal uruguaio*. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/codigos/codigopenal/cod_pen.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

REPÚBLICA PORTUGUESA. *Código Penal português*. Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, vol. 2. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 [ePub].

RESTON, María Inés. *Los delitos de infracción de deber: ¿Es admisible un doble criterio de determinación de autoría?* Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2014.

RIGHI, Esteban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. 7. ed. Trad.: Joaquín C. Contreras e José Luis S. G. de Murillo. Madrid- Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general. Tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Trad.: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Pamplona: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general. Tomo II: especiales formas de aparición del delito*. Trad.: Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Pamplona: Civitas, 2014.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In: Aula Inaugural da Universidade de Luzern, [Luzern] Suíça., trad. Pablo Alflen. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*. 21 de junho de 2006, p. 69-94.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad.: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Sobre a mais recente discussão acerca do “domínio da organização” (Organisationsherrschaft). In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coord.) *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 309-340.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do Código Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANTA CRUZ RAMOS, André Luiz. *Curso de Direito Empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

SANZO BRODT, Luís Augusto. *Do estrito cumprimento do dever legal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernard. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidade de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988, págs. 529-558. Original: Strafrechtsdogmatische and kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalitdt (WIsTRA, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht, año I, fasciculo 2, 15 de marzo de 1982, pp. 41-50) Tradução: Daniela BRÜCKNER y Juan Antonio LASCURAIN SANCHEZ.

SCHÜNEMANN, Bernard. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoria incluyendo el actuar en lugar de otro*. Trad.: Mariana Sacher. Original publicado no livro em homenagem ao Prof. Gonzalo Rodríguez Maourullo, Navarra, 2005, p. 981-1005.

SCHÜNEMANN, Bernard. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Trad.: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernard. *Las prescripciones sobre la autoria en la ley boliviana sobre la base de las modificaciones al código penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas. ¿Um modelo para Latinoamérica?* Trad.: Mariana Sacher. Versão revisada e ampliada da conferência pronunciada em agosto de 1997 em Santa Cruz de la Sierra, Bolívia.

SCHÜNEMANN, Bernard. Los fundamentos de la responsabilidad de los órganos de dirección de las empresas. In: SCHÜNEMANN, Bernard. *Obras*, tomo II. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernard. Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputacion. *Seminário Internacional Complutense sobre a responsabilidade pelo produto*, ocorrido em novembro de 2003 na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid-Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y Derecho Penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.

STRATENWERT, Günter. *Derecho Penal – parte general, I: el hecho punible*. Trad.: Gladys Nancy Romero. Buenos Aires: FJD, 1999.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Omissivo*. Madrid-Barcelona-São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TERRAGNI, Marco Antonio. Delitos empresariales: imputación a las personas físicas. In: RUBINSKA, Ramiro M.; SCHURJIN ALMENAR, Daniel (coord.). *Derecho Penal económico, Tomo I*. Buenos Aires-Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2010, p. 709-766.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Delitos empresariales: imputación a las personas físicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2013.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal económico: introducción y parte general*. 2. ed. alemã (2007) Trad.: Héctor H. Basualto; Rodrigo A. Ramírez; Manuel A. A. Vásquez. San Jose: Grijley, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad.: Manuel Albano Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol. 3. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 [ePub].

ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 [ePub].

ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*, vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 [ePub].

VARGAS RAMOS, Beatriz. *Do concurso de pessoas: contribuição ao estudo do tema na nova parte geral do Código Penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal – parte general*. Trad.: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Delpalma, 1956.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. 11. ed. Trad.: Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal*. Trad.: Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires-Montevideú: BdeF, 2007.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *La responsabilidad penal al interno de la empresa. La delegación de funciones*. Disponible em: <<http://www.infojus.gob.ar/guillermo-jorge->

yacobucci-responsabilidad-al-interno-empresa-delegacion-funciones-dacf020040-2002/123456789-0abc-defg0400-20fcanirtcod>. Acesso em: 27 mar. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal – parte general*. 2. ed. Buenos Ayres: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – II, I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro – parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.