

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo elaborar uma análise sintética acerca da responsabilidade penal por omissão imprópria nas estruturas complexas empresariais, investigando se os dirigentes, sócios, administradores da pessoa jurídica são garantidores, criadores de uma fonte de risco a demandar um controle com deveres de proteção e vigilância. Assim, sob a ótica da dogmática penal, será analisada a estrutura dos crimes omissivos impróprios no contexto das relações empresariais, buscando traçar parâmetros claros da responsabilidade penal do gestor em caso de comportamento omissivo, sob a perspectiva da possibilidade de imputação de crime por omissão imprópria.

O processo de globalização, oriundo de uma sociedade pós-moderna, claramente vem promovendo o fenômeno do expansionismo jurídico-penal na busca de tutela das novas demandas que são complexas e de importantes interesses. Nesse sentido, é formado um ambiente de hipervigilância em que os crimes omissivos ganham força no controle penal preventivo de combate a macrocriminalidade econômica, gerando uma drástica intervenção no setor empresarial.

Nesse sentido, surgem novos desafios para a dogmática penal, tendo pela frente a necessidade de esclarecer as regras de responsabilização penal dentro de estruturas complexas do setor empresarial, delimitando claramente o poder de punir, evitando, assim, o expansionismo do Direito Penal através de condutas omissivas impróprias. Dessa forma, pretende-se analisar a posição do garantidor na estrutura dos crimes omissivos impróprios, conforme os deveres e responsabilidades exercidas pelos administradores da pessoa jurídica, passando pela análise dos riscos inerentes a constituição de uma pessoa jurídica, na tentativa de definir sua natureza jurídica para demonstrar se é possível compreendê-la como uma fonte criadora de risco, logicamente, criação de risco para bens jurídicos.

A pesquisa que orientou a elaboração desse pequeno escrito é de natureza teórico-bibliográfica, seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise da legislação e da doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

1. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL PELA OMISSÃO

A intervenção penal em decorrência do desenvolvimento cultural e socioeconômico sofrido ao longo dos anos pela humanidade promoveu uma série de avanços e desafios às ciências jurídicas, em especial pelo surgimento uma dimensão de bens imateriais submetidos à tutela penal, bem como, pela necessidade por segurança em faces dos novos bens. Fatores estes, que repercutem diretamente no Direito Penal como forma de controle social, ampliando seu âmbito de abrangência, e que em face dos avanços organizacionais da sociedade moderna, passam a dispensar uma especial atenção às organizações empresariais, ampliando assim, as formas de responsabilização penal.

A modernidade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, foi deslocada para a sociedade de risco, iniciando a pós-modernidade, em face da velocidade alucinante do desenvolvimento humano, fazendo com que o risco deixasse de ser setorizado, inexistindo assim, controle concreto de seus efeitos, identificados inicialmente como riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos (BECK, 2011). Recentemente, com a concretização da chamada sociedade de risco, os riscos econômicos também foram incorporados, especialmente com as quedas nos mercados financeiros internacionais, advertindo que este conjunto de riscos geraria “uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade e uma nova forma de vida pessoal” (BECK, 2011, p.7).

Nesse ambiente de evolução das relações socioeconômicas, em especial, a globalização econômica e a integração supranacional (SÁNCHEZ, 2002), aliado ao alto desenvolvimento tecnológico, o progresso da informática e o avanço da comunicação global promoveram a internacionalização da economia trazendo não apenas vantagens, mas também, infelizmente, o aperfeiçoamento da criminalidade econômica e empresarial, com o desenvolvimento, em alta velocidade, da prática delitiva. O desenvolvimento e o estreitamento das relações financeiras entre países facilitaram, por exemplo, o crescimento da utilização da lavagem de capitais para ocultar e dissimular a origem ilícita de bens e valores, ocasionando sérios danos à ordem econômica com a inserção de ativos ilícitos na economia formal (BASCO, 1999), provocando um movimento internacional de criminalização de condutas relacionadas a esse tipo de delito, bem como, a incidência da norma penal voltada para o controle de riscos econômicos e das organizações empresariais.

Como resultado da magnitude dessa problemática desencadeada pela sociedade de risco, o Direito Penal é chamado a expandir seu campo de incidência já contemplado, aumentando assim a rigidez no controle punitivo, com intuito de reduzir as margens de riscos,

ocasionando, no âmbito da esfera jurídico-penal, profundo conflito de legitimidade, em face da controversa proteção de riscos, se transformado em um ordenamento de segurança, exigindo-se do Direito Penal, em franca contradição a concepção liberal, que amplie os poderes do Estado, em nome da proteção, advindo destes novos riscos sociais (SILVA, 2005). Esse fenômeno tem provocado uma mutação na estrutura e no conteúdo material dos tipos penais, com a proliferação de normas de Direito Penal que tratam, na verdade, de desobediências e violações a deveres para com as funções do Estado.

Nesse contexto de expansão punitiva, o Direito Penal Econômico coloca as organizações empresariais no centro dos debates, envolvido diretamente nos novos riscos que acometem a sociedade contemporânea, sendo, portanto, os mais demandados na busca por segurança, o que tem criado uma era de hipervigilância, impondo a realidade empresarial o dever de vigilância o que confere relevância à omissão. Assim, a construção de um Direito Penal do risco e a utilização de normas de dever sevem de combustível para a expansão da tutela penal, sendo que a omissão atua como uma ponte de extensão para a punibilidade empresarial por fato de terceiros.

A responsabilidade penal empresarial explica Silveira (2016) inicialmente passa pelas questões relacionadas à autoria e autoria mediata, no entanto, a omissão é de grande relevância, uma vez que a omissão imprópria é o grande paradigma do Direito Penal do presente e do futuro, tanto é assim, que o empresário nessa nova orbita penal, é responsabilizado não por um atuar comissivo, mas, especialmente, por não ter impedido condutas no âmbito de abrangência de seu poder na direção da pessoa jurídica.

Por conseguinte, com a institucionalização da insegurança, bem como, os riscos a bens jurídicos supraindividuais que podem provocar danos de um modo generalizado, o Direito Penal passa a se preocupar, sobretudo com o *ex ante*, consagrando a antecipação da tutela penal para antes da ocorrência do dano, lançando mão dos crimes de perigo, sobretudo os abstratos, refletindo assim, as sérias modificações de comportamento social pela potencialidade dos novos riscos. A prevenção de riscos absorvida pela tutela penal foi devidamente criticada pela chamada Escola de Frankfurt, que demonstram que a tutela de bens jurídicos coletivos afastaria o Direito Penal dos conceitos metafísicos, aproximando-se de uma metodologia empírica, orientando-se necessariamente pelas consequências (SILVEIRA, 2016).

A conduta omissa se transforma, quase que, em uma pedra angular do Direito Penal moderno, segundo Silveira (2016, p. 49 e 50) “o simples deixar de fazer algo para prevenir

futura potencial conduta danosa já se mostraria típico, seduzindo, assim, o legislador, de um lado, e o aplicador da lei, do outro”. O Direito Penal Econômico é constituído em sua grande maioria pela conjugação de normas, tipos penais abertos quase sempre complementados por normas administrativas emitidas por órgãos de regulação e fiscalização, gerando um aumento da incidência de imputação utilizando a omissão, atingindo de cheio o setor empresarial.

A expansão do direito penal para além de representar o aumento de novas condutas proibidas com a incidência de novas figuras típicas, com foco no perigo abstrato e na omissão, denominado por Silveira (2016) de sobrecriminalização direta, é marcada, sobretudo, pela sobrecriminalização indireta, representada pela propagação da figura da omissão imprópria, criando a figura do não tipo, em face de sua característica demasiadamente aberta. Nesse sentido, é importante estar atento à sutileza do expansionismo penal, que através de mera interpretação pode aumentar incidência das mesmas normas penais já existentes, “a expansão do Direito penal também se dá pela releitura dos tipos penais de sempre” (PASCHOAL, 2011, p.174), e nesse aspecto, a omissão imprópria revela-se como uma porta de entrada para a expansão.

Nesse diapasão, a realidade empresarial é tomada pela construção crescente da ideia de deveres de organização, advinda da globalização de riscos econômicos, exigindo, portanto, que se estipule a responsabilidade penal no seio empresarial a partir de normas penais de dever e de vigilância. As estruturas complexas das organizações empresariais demandam uma análise também complexa da responsabilidade penal de seus integrantes, delimitando concretamente as esferas de poder e conhecimento de seus gestores, exigindo ainda, em uma concepção jurídica liberal, que o Direito Penal limite o *ius puniendi* do Estado, através de uma interpretação restritiva das circunstâncias caracterizadoras de um dever de agir para evitar lesões ou perigo de lesão.

2. A ESTRUTURA DOGMÁTICA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA

A omissão, após longos anos de controvérsia a respeito de sua natureza, teorizada sempre em uma realidade na dimensão do ser, pelas teorias, causal, positivismo clássico e pelo finalismo, na tentativa de justificar uma equiparação entre ação e omissão, hoje, encontra significativo consenso doutrinário acerca da natureza meramente normativa do crime

omissivo, cunhado no dever ser da normatividade jurídico-penal (D'AVILA, 2005). Nesse sentido, tradando da omissão na doutrina brasileira, Fragoso (1982, p. 44) explica o seguinte:

A omissão é algo inteiramente distinto da ação. No plano ontológico existem apenas ações. Omissão não é inércia, não é não-fato, não é inatividade corpórea, não é, em suma, o simples não fazer. Mas sim não fazer algo, que o sujeito podia e devia realizar. Em consequência, não se pode saber, contemplando a realidade fenomênica, se alguém omite alguma coisa. Só se pode saber se há omissão referindo a atividade ou inatividade corpórea a uma norma que impõe o dever de fazer algo que não está sendo feito e que o sujeito podia realizar.

Tradando a omissão desse mesmo modo, demonstrando que a ação revela-se uma alteração do real verdadeiro, enquanto que a omissão representa uma alteração de um real construído, explicando Faria Costa (1996, p. 392) o seguinte:

O fazer releva-se, sem dúvida, através de uma qualquer conduta, só que esta conduta arrasta, implacavelmente, uma mudança no mundo exterior do real verdadeiro. O “omittere” é de igual modo – desde que olhado pela óptica de uma apreensão global da vida enquanto “comunicatio” – uma manifestação inequívoca do modo-de-ser humano, um comportamento que, como tal, deve ser lido e valorado, mas que não desencadeia, não causa, só por si, alterações ao mundo exterior, alterações ao real verdadeiro.

Portanto, a omissão se revela pelo não cumprimento de um mandamento legal, partido da análise normativa jurídico-penal, rompendo os laços da concepção tradicional, vale dizer, em ausência de aplicação de energia, em uma não atividade física. Essa concepção normativa da omissão é perfeitamente compatibilizada com a realidade dos crimes empresariais, tendo em vista que o Direito Penal Econômico, fruto, com já demonstrado, de uma sociedade de risco, com ampla tipificação de condutas omissivas, utilizando sempre um não fazer dentro de perspectiva econômica.

A omissão, portanto, se revela como de grande importância para a tutela penal empresarial, em especial a chamada omissão imprópria, em que há uma equiparação do não fazer a um tipo comissivo.

No caso, a omissão é considerada sob duas perspectivas, sendo a omissão própria, aquela em que o tipo expressa um comando para agir, determinado um fazer, a exemplo das diversas normas do Direito Penal Econômico, como nos crimes de evasão de divisas na modalidade de manter depósito não declarado no exterior à repartição federal competente, leia-se o Banco Central do Brasil, cuja inação implicará em crime. Portanto, a omissão própria, consiste na desobediência ao mandamento legal (aquilo que é imposto pela lei),

independentemente de ocorrer o resultado (ABRÃO; RIEGER, 2010). Já a omissão imprópria, diferentemente da omissão própria, é caracterizada pelo resultado, tendo por fundamento a relevância do resultado em face da condição de garantidor, assim, “os crimes omissivos impróprios são aqueles cuja existência está vinculada à ocorrência do resultado (típico) que tem o sujeito, na condição de garante, o dever de evitar” (D’AVILA, 2005, p. 220).

Nesse sentido, Figueiredo Dias (2007, p. 913) nos ensina do seguinte modo:

Crimes puros ou próprios de omissão seriam aqueles em que a PE referencia (expressamente) a omissão como forma de integração típica, descrevendo os pressupostos fácticos donde deriva o dever jurídico de actuar ou, em todo o caso, referindo aquele dever e tornando o agente garante do seu cumprimento. Diversamente, delitos impuros ou impróprios de omissão seriam os não especificamente descritos na lei como tais, mas em que a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação, como tal legalmente prevista e punível na PG.

A omissão imprópria decorre da conjugação de normas penais em que coloca o agente em uma posição particular, “fala-se que essa relação especial do sujeito (qualificado) para com a vítima corresponde a um dever especial de proteção, diferentemente do dever geral de solidariedade dos delitos omissivos próprios” (TAVARES, 2012, p.313), obrigado a intervir no curso causal para evitar a existência de um resultado, sob pena de ter sua inação equiparada a uma comissão.

O Código Penal brasileiro, adotando a teoria do dever jurídico formal, fruto da superação do pensamento naturalista pelos valores do Neokantismo, identificou que o especial fundamento jurídico do dever de garantia advém da lei, do contrato e da situação de perigo anterior criada pelo omitente (ROXIN C., 2014), catalogado no art. 13, § 2º, as hipóteses que demarcam o círculo peculiar de autores da omissão imprópria, descrevendo que dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado; c) com seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado.

Na primeira hipótese descrita pela legislação brasileira, trata-se do dever especial de proteção àqueles que possuem uma íntima relação com o titular do bem jurídico tutelado e fundamenta-se no vínculo especial entre garante e o garantido, em decorrência dos laços sociais e familiares, cuja fonte de cuidado, proteção e vigilância é unicamente a Lei. Assim, a posição de garante existe em face dos pais, em relação aos filhos menores, e aos filhos

maiores, referentemente aos pais, na velhice, na carência ou na enfermidade, o recíproco dever de assistência entre os cônjuges, bem como, o dever especial de proteção que recai ao Estado, fundamentado todos em normas extrapenal, como a Constituição Federal, o Código Civil e as legislações profissionais ou ate mesmo de uma norma penal (TAVARES, 2012).

A segunda hipótese que fundamenta a posição de garantidor refere-se à assunção por parte do garante, assumindo a responsabilidade de impedir os resultados lesivos ou perigosos a determinadas pessoas, tratando-se de uma obrigação oriunda de um contrato ou assunção fática de responsabilidade (TAVARES, 2012). Nesse sentido, a hipótese refere-se especialmente as relações profissionais nas quais uma pessoa obriga-se a proteção de outra, a exemplo do enfermeiro relativo ao doente, ou como o salva-vidas, relativamente aos banhistas.

Por fim, a terceira hipótese prevista na legislação brasileira, talvez a mais complexa e áspera dos temas da teoria dos crimes omissivos, trata-se do dever de agir de alguém, decorrente de um comportamento anterior, que tenha desencadeado uma situação de risco ao bem jurídico, doutrinariamente conhecida por ingerência. Assim, por muitos anos a doutrina debate na tentativa de depurar um sentido para ingerência, estabelecendo as hipóteses e em que medida alguém se torna garantidor em razão de conduta antecedente arriscada.

No entanto, esta teoria não traz o fundamento material, o sentido social, do vínculo de garantia, e acaba por renunciar à consideração dos conteúdos dos deveres que assim se criavam; revelando-se incapaz de proporcionar um critério material de ilicitude da inobservância do dever de atuar (FIGUEIREDO DIAS, 2007).

Assim, esclarece Figueiredo Dias (2007, p.934):

Mostrou-se, assim, ilusória a certeza da teoria formal. A lei e o contrato nem sempre fundamentam a posição de garante. Nem, inversamente, a invalidade de um contrato furta, necessariamente, a responsabilidade do omitente. No que tange à ingerência, a situação é ainda mais complexa, não se podendo falar em um dever jurídico formal que exista para a generalidade dos casos: é imprescindível saber os requisitos que deve assumir o fato anterior perigoso para que possa desencadear a responsabilidade do agente a título de comissão por omissão.

A doutrina reconhecendo as fraquezas da teoria formal desenvolveu a concepção material, posição desenvolvida por Armin Kaufmann, que faz uma distinção entre a posição de garante de proteção e de vigilância, chamada de teoria das funções (ROXIN C., 2014). No primeiro caso, o garante de proteção, deve proteger o bem jurídico em face de todos os

perigos pertencentes ao âmbito de proteção, como sucede nas relações entre pais e filhos, cônjuges entre si, as pessoas que atuam como supervisores ou vigilantes sobre seus protegidos ou valores patrimoniais. No segundo caso, garante de vigilância, o agente tem que vigiar determinadas fontes de perigo, a exemplo do tráfego, dos filhos próprios ou os animais domésticos próprios que devem ser controlados para não causar dano a terceiros, bem como, os perigos em decorrência de um agir precedente (ROXIN C., 2014).

Sendo assim, os deveres de garantia são fundamentados nas funções de guarda de um bem jurídico concreto, sendo que o bem jurídico nesse caso deve ser protegido de todos os perigos, ou na função de vigilância de uma fonte de perigo, em que o garante tem deveres vinculados a fontes de perigo determinadas. Portanto, o resultado é fruto da relação entre a violação do dever pessoal de agir e o resultado proibido, tendo em vista a violação do dever de cuidado ter a mesma densidade axiológica de um atuar violador da relação de cuidado-de-perigo conducente à proteção do mesmo bem jurídico (ABRÃO; RIEGER, 2010).

Por outro lado, o princípio da legalidade se faz presente na limitação do *ius puniendi*, observando assim, Jescheck que não se pode prescindir da origem dos deveres de garantia pelo perigo de uma ampliação sem limites, devendo-se, por isso, buscar um critério material-formal (ABRÃO; RIEGER, 2010). Portanto, não se pode abrir mão dos desenvolvimentos da teoria formal e nem promover excessivo alargamento da posição de garante. Idêntica posição é adotada por Leite (2007, p.192/193):

Atentos os pressupostos materiais de que parte, esta orientação não despreza a imagem que a sociedade no seu todo tem de uma dada posição de garante, ou seja, é-lhe importante estabelecer como planos do respectivo dever hipóteses de vida social juridicamente reguladas que mereçam, por parte da comunidade, uma percepção directa ou indirecta de que, sobre um indivíduo colocado perante uma dada situação, impende uma obrigação jurídica de evitar um resultado lesivo de bens jurídicos alheios.

A análise do dever de garantia, no ordenamento jurídico brasileiro, deve partir do art. 13, § 2º, do Código Penal, sob pena de violação expressa do princípio da legalidade. Entretanto, é importante advertir que a simples avaliação deste dispositivo legal não é suficiente para a verificação da posição de garantidor, sendo ainda, necessário buscar a relação comunicacional-base, que seja capaz de ancorar, em cada situação, legitimamente, o chamado dever jurídico de garante (ABRÃO; RIEGER, 2010).

É importante, ainda ressaltar, que na estrutura dos crimes omissivos impróprios, para atribuição de responsabilidade penal, não basta um simples descumprimento de um dever de

agir. O simples fato de um omitente ter deixado de cumprir seu dever de agir para evitar o resultado não significa que haverá de responder pelo advento desse mesmo resultado, como se houvesse uma responsabilidade objetiva. É imprescindível que além da existência do tipo objetivo, caracterizado pela ocorrência do resultado, omissão, dever de agir, capacidade e possibilidade para evitar o resultado, é exigido também, para a configuração da tipicidade, a ocorrência do elemento subjetivo (PASCHOAL, 2011).

Os crimes omissivos impróprios são constituídos também pelo tipo subjetivo, que é o dolo e a imprudência. Segundo Juarez Cirino dos Santos, o dolo nesse caso não precisa ser constituído de consciência e de vontade, bastando o conhecimento da situação típica de perigo para o bem jurídico e da capacidade e agir, mais o conhecimento da posição de garantidor (SANTOS 2006).

3. A RESPONSABILIDADE PENAL DO ADMINISTRADOR DE EMPRESA POR OMISSÃO IMPRÓPRIA

A responsabilidade penal por omissão, uma das vias do expansionismo penal, impulsionada pelo discurso da segurança em decorrência da sociedade de risco, provoca uma absurda flexibilização das regras de imputação penal, surgindo cada vez mais, a configuração de tipos penais por conta de sua conjugação a normas de deveres extrapenais de vigilância. Nesse sentido, a complexidade das estruturas empresariais provoca verdadeira celeuma a respeito da posição de garantidor de seus gestores na responsabilização por atos de terceiros, dos subordinados, surgindo à necessidade de se fixar parâmetros concretos e limites à responsabilidade penal.

Nas estruturas empresarias, grosso modo, caberia aos superiores hierárquicos a responsabilidade de controlar e o dever de evitar atos lesivos praticados pela pessoa jurídica, recaindo sobre si a posição de garante, obrigando-os a adotar medidas eficazes para evitar a prática de delitos de seus subordinados no desempenho de suas funções empresariais (GÓMEZ-ALLER, 2013). Nesse aspecto, Sánchez (2013) chega a afirmar que a posição de garante dos administradores da pessoa jurídica possui duas dimensões: uma interna, destinada a evitar resultados lesivos para a própria empresa, o denominado de garante de proteção (*Beschützer*); e uma dimensão externa, orientada para evitar a prática de crimes

provocada pela pessoa jurídica através de seus membros a terceiros, o definindo como garante de controle (*Sicherungs* – ou *Überwachungsgarant*).

A doutrina tem entendido que os delitos omissivos impróprios tem como fundamento de sua punibilidade um dever especial que pese sobre o sujeito de evitar a ocorrência ou a produção de um resultado proibido pela lei penal (TAVARES, 2012).

Na omissão imprópria, dentro da sistemática do Direito Penal Econômico e Empresarial, um dos maiores problemas na formação da posição do garantidor, reside na chamada ingerência. A ingerência, termo desconhecido do leitor brasileiro, uma vez que a doutrina e jurisprudência nacional comumente não a utilizam, “entende-se genericamente, a criação de uma nova forma de perigo por meio de uma conduta anterior do agente” (SILVEIRA, 2016, p.106).

No entanto, a ingerência é plenamente identificável no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese o desconhecimento da nomenclatura, determinando que o dever de agir incube a quem com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, art. 13, §2º, “c” do Código Penal. Segundo explica Silveira (2016), “não se trata, assim, de uma mera importação de conceitos, mas de uma nova leitura, com outra nomenclatura para algo já presente, mas carecedor de maiores aprofundamentos”.

Sendo assim, é fundamental nesse sentido, verificar a existência de um fato pretérito criador de uma fonte de risco, e ainda, se há capacidade de controle sobre o processo de produção e desenvolvimento do resultado, no caso em destaque, o verdadeiro controle sobre as fontes produtoras de risco, que podem gerar responsabilidade penal por ingerência (art.13, §2º, c). A responsabilidade por ingerência caracteriza-se pelo domínio das fontes produtoras de risco estáticas e dinâmicas, conforme específica Tavares (2012), tratar-se a ingerência, verdadeiramente pelo controle das fontes dinâmicas, tendo por base um comportamento anterior e não simplesmente um estado de coisas, pelo qual o sujeito se faz responsável.

Evidentemente que, o gestor da empresa deve possuir controle, mais que isso, interferência causal entre o resultado delitivo e a fonte produtora de risco que o gerou, para se posicionar como garantidor. Em face da ingerência, Schünemann (2003 apud TAVARES, 2012), em posicionamento crítico, afirma ser uma impropriedade a relação entre ação precedente e risco dá lugar a um domínio potencial e não real sobre o evento, de modo a conduzir à caracterização de um dolo sem vontade de domínio.

Nesse sentido, explica detalhadamente Tavares (2012, p.333):

Com isso, quer significar que o sujeito domina as fontes estáticas e dinâmicas do evento e detém o poder de evitar que as forças causais se exauram no resultado lesivo ao bem jurídico. Ainda que tal enunciado tenha um sentido limitador, em comparação com a fórmula genérica do Código Penal, está a despertar outra fórmula de responsabilidade objetiva, porque pode caracterizar como inerente qualquer um que detenha esse poder. Sem os corretivos necessários, pode-se fazer o ingerente responsável por um evento que só, indiretamente, lhe poderia ser atribuído ou fazer decorrer sua responsabilidade de um simples movimento corpóreo. Como meio de impedir que se aplique, desse modo, a responsabilidade penal, será indispensável agregar a essa relação de domínio entre o autor precedente e seus desdobramentos subsequentes outros pressupostos restritivos da imputação do fato ao sujeito.

Assim, é importante, para caracterizar a condição de garantidor assumida pelo administrador, que tenha efetivo conteúdo material, uma especial posição que assume frente a responsabilidades pelo controle das fontes produtoras de perigo.

Schünemann (2013), tratando da posição de garantidor nos crimes omissivos impróprios, traçando fundamentos e os limites aos delitos de omissão imprópria, desenvolve tese em face do chamado princípio do domínio sobre os fundamentos do resultado com estrutura fundamental comum entre a comissão e omissão imprópria, encontrando uma equiparação material das condutas ativas com a omissiva. Nesse sentido, o garantidor possui domínio sobre o acontecimento que conduz a lesão do bem jurídico, um domínio real, tal como o do autor do delito de ação e que não pode ser confundido com a mera possibilidade de evitação.

Nas estruturas empresariais o gestor da pessoa jurídica como afirmado acima, para figurar como garantidor além de poder controlar as causas do resultado, deve possuir domínio da fonte produtora de perigo (SCHÜNEMANN, 2013). Sánchez (2013) aponta ainda, também baseada no dever de vigilância, que o empreendedor deve controlar os perigos que derivam de sua esfera de competência organizacional.

No entanto, a problemática da responsabilidade penal por omissão imprópria dos gestores nas organizações empresariais, reside no reconhecimento ou não de que a empresa por si só ou, em quais circunstâncias constitui-se em uma fonte de perigo, o que colocaria seu gestor na posição de garantidor, devendo agir para evitar a ocorrência de lesão a um bem juridicamente protegido. Portanto, o dever de agir nasceria da necessidade de controle sobre a empresa, reconhecida como fonte produtora de risco, exigindo a intervenção do gestor na evitação do resultado lesivo a bem jurídico penalmente relevante em decorrência da criação de uma fonte de perigo.

Sutherland (2015) em estudo criminológico denominado de *white collar crime* (crime do colarinho branco), revela uma primeira análise da maneira como se estabelecem as relações em ambientes empresariais e como a prática de condutas criminosas poderia advir da associação diferencial. A teoria da Associação Diferenciada, inicialmente utilizada para explicar a delinquência juvenil, é utilizada por Sutherland que inaugurou uma nova perspectiva criminológica baseada na análise do comportamento empresarial no cometimento dos crimes econômicos, explicando que o comportamento delituoso de indivíduos tem sua gênese pela aprendizagem, com o contato com padrões de comportamento favoráveis à violação da lei em sobreposição aos contatos contrários à violação da lei (SUTHERLAND, 2015).

Nesse sentido, para Sutherland (2015) algumas sociedades empresariais eram mais propícias a prática de crimes, sendo que algumas das empresas possuíam verdadeira cultura permissiva e de incentivo a prática de crimes, não apenas tolerando, mais estimulando a atuação delitiva empresarial, o que revelaria o fator criminógeno que marca a atividade econômica empresarial. Também destacava as corporações como facilitadoras de ilegalidades, pelo “anonimato das pessoas para impedir a determinação de responsabilidades individuais e uma maior justificação de seu comportamento” (SUTHERLAND, 2015, p. 344).

Seguindo essa linha de pensamento, o delito em decorrência de uma organização empresarial, na concepção de Nieto Martin (2008, p.40), é “um delito estrutural, no sentido de que a existência de uma corporação implica um maior risco de que apareçam condutas ilícitas por parte de seus empregados”. Portanto, a conduta delitiva é determinada por fatores ambientais procedentes do grupo e que a estrutura de poder dentro da empresa é o que a determina, permitindo assim, falar que o crime cometido no ambiente da empresa é um delito estrutural, cujo objetivo na empresa se sobrepõe e transcende os interesses individuais, cujos laços de solidariedade entre os seus membros se tornam mais fortes do que o respeito à legalidade, formando assim o chamado espírito criminal do grupo que se constitui em uma forma desviada de cultura corporativa (NIETO MARTIN, 2008).

A estrutura complexa empresarial permite que o indivíduo, devido à divisão de tarefas, pode perder a sensibilidade para perceber alguns riscos que circundam a sua atuação, fazendo com que o sujeito dependa de informações para que esteja em condições de atuar de maneira segura, reforçando o fator criminógeno no âmbito dos crimes empresariais (MANSDÖRFER, 2007). Explicando Mansdorfer (2007) que a ampla fragmentação das atividades laborais e uma significativa distribuição de competências entre as diversas camadas

de gestão influenciem diretamente a responsabilização criminal individual em grandes estruturas, revelando, portanto, o fator criminógeno das estruturas empresariais.

Portanto, a divisão do trabalho nas empresas, horizontal e vertical, parcializa as tomadas de decisão, fazendo com que, nenhum indivíduo se sinta responsável pela integridade do ato decisório (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012).

Entretanto, essa construção teórica não parece adequada a demonstrar que a empresa por si só é um fator gerador de riscos para a ocorrência de crimes, uma vez que, revela na verdade, uma indevida sobreposição do comportamento humano ao comportamento de uma organização empresarial, partindo do pressuposto de que o indivíduo, quando em grupo, tende a sofrer modificações em sua personalidade, isso porque “um agrupamento de indivíduos adquire caracteres novos, bem diversos dos caracteres de cada um dos indivíduos que o compõem. A personalidade consciente desvanecesse e os elementos e as ideias de todas as unidades são orientados numa direção única” (LE BON, 1980, p. 15). No entanto, a organização empresarial não guarda semelhança com o agrupamento de pessoas, de uma multidão, a pessoa jurídica é organizada dentro de um objetivo lícito, diferentemente de um grupo social, que muitas vezes se quer possui uma finalidade precípua.

É importante ressaltar que, se existe um estímulo à prática de crimes no seio da empresa, com estruturação interna voltada para tanto, existira nesse caso, uma ação, e a responsabilidade penal por crimes em decorrência dessa estrutura seria comissiva. Assim, para que as organizações empresariais desenvolvam um caráter criminógeno, contaminado, persuadindo seus integrantes a aderirem à prática delitiva, necessariamente estaríamos diante de uma organização criminosa.

A constituição de uma pessoa jurídica, não apenas é lícita como é devidamente fomentada pelo direito, bem como, uma necessidade socioeconômica que promove o desenvolvimento da economia e da sociedade contemporânea. Assim, a forma de estruturação das empresas, estão diretamente ligadas à necessidade individual de cada uma na gestão interna de suas atividades, as estruturas complexas com o fracionamento de procedimento e atividade em setores, refere-se tão somente a seu desenvolvimento e de sua gestão que visa à ampliação da atuação com o máximo de eficiência.

É cediço que o organograma empresarial poderá ser constituído como de estrutura simples ou complexa, no primeiro caso, mais elementar, existe um concentração da gestão, em que um administrador individual dirige e coordena os negócios empresariais e seus

subordinados. No segundo caso, as de estrutura empresarial complexa, onde reside maior problemática em torno da responsabilidade penal, em especial as de delimitação de autoria e participação, e no tocante a omissão relevante de seus gestores, que nesse caso, necessita de uma demonstração clara e objetiva de sua função de garantidor, o que não ocorre automaticamente da simples posição de gestão e constituição da pessoa jurídica.

Nesse diapasão, o comportamento anterior que seria a ingerência, ou seja, um comportamento anterior contrário ao dever que põe em perigo um bem jurídico, não é uma fórmula geral de responsabilidade penal por omissão, decorre de um comportamento anterior, que necessariamente deva ser um comportamento ilícito e que tenha conduzido a um aumento de um perigo iminente de lesão, especialmente a criação ou incremento de um risco proibido. Assim, a responsabilidade por omissão do administrador de empresa, não pode derivar em todo caso da mera constituição da pessoa jurídica e da posterior contratação de pessoas e organização da atividade empresarial, posto que tais fatos são lícitos e devidamente fomentados pelo Direito.

Assim, é necessário pontuar, que a empresa se constitui como fonte de perigo em casos específicos e pontuais, a exemplo daquelas que tem por objeto a produção de produtos que geram risco de contaminação ou lesão de um modo geral. No entanto, para se tornar uma fonte produtora de risco que coloque seus gestores na posição de garante, obrigando-os a intervir para evitação de lesão, o atuar precedente necessariamente precisa ser ilícito ou criador de riscos proibidos.

Nesse sentido Crespo (2013, p.64):

Constitui opinião totalmente aceita a de que a posição de garante pode resultar de um comportamento anterior contrário ao dever que põe em perigo um bem jurídico. A dificuldade reside, contudo, na fundamentação da infração do dever (Pflichtwidrigkeit). É evidente, de acordo com os parâmetros dogmáticos atualmente dominantes, que não é suficiente a mera desaprovação jurídica do resultado de colocação em perigo, mas, sim, que se necessita de um comportamento injusto (Verhaltensunrecht). Como sustenta Roxin, não é possível assumir uma “infração objetiva do dever” que não implique “lesão do dever de cuidado” (Sorgfaltspflichtverletzung). Isso significa que a posição de garante por ingerência não pode derivar em nenhum caso da mera causalidade, mas, sim, em todo caso da imputação objetiva do atuar prévio. Em outros termos, o autor deve ter criado um risco não permitido.

Portanto, nessa concepção estamos diante da hipótese de responsabilidade penal pelo produto, exigindo sempre a análise da existência ou não de risco não permitido quando da produção e distribuição de mercadorias, vez que a causalidade por si só não é um critério

decisivo para atribuição de responsabilidade penal. Assim, é necessário ressaltar, que a responsabilidade por produtos perigosos, representa um dos maiores problemas da moderna dogmática jurídico-penal, se há a inserção dos referidos produtos no mercado, apesar de ter-se conhecimento de sua perigosidade, surge um delito de comissão imprudente. No entanto, se há o conhecimento das consequências danosas do produto, e mesmo assim não se adota nenhuma medida para evitar o resultado, pode suceder nesse caso um delito doloso de comissão por omissão (Roxin, C., 2008).

Outro aspecto de igual importante e nebulosidade tratam-se da responsabilidade penal por omissão dos gestores por ato praticado pelos seus subordinados. Nesse caso em especial, o fato de uma pessoa jurídica promover o agrupamento de pessoas, não o faz por si só uma fonte de perigo, tendo em vista que esse agrupamento é realizado em face de objetivos lícitos, e eventuais condutas lesivas ficam no campo da responsabilidade penal comissiva.

Nesse aspecto, Günther Heine tratando da questão que envolve responsabilidade penal por atos de subordinados, ressalta a enorme dificuldade que comporta, e na sutileza que resulta numa comunidade de seres livres, a atribuição de responsabilidade por omissão pelo comportamento responsável de outras pessoas, questionando sobre a possibilidade de uma responsabilidade em decorrência de um dever de vigilância sobre singulares fontes de perigo, em virtude de um domínio sobre as pessoas e/ou sobre as coisas (HEINE Apud CRESPO, 2013). Concluindo sobre esse aspecto, Crespo (2013, p.74) afirma que “em relação ao domínio sobre as pessoas conforme o princípio da responsabilidade pelo fato próprio estaria excluído em princípio, responsabilizar penalmente alguém por um fato cometido por um terceiro responsável”.

Como firmando linhas acima, a organização empresarial não constitui uma fonte de perigo, a exigir dos gestores uma vigilância por atos de seus subordinados, tendo em vista que essa organização é lícita e os atos de subordinados são igualmente lícitos, além do mais, o domínio pessoal na estrutura empresarial, movimenta-se em direção de um poder organizacional despersonalizado. Nesse sentido, além de não constituir fonte de perigo, o ato de subordinados nas estruturas complexas da empresa retira do gestor um domínio concreto de seus atos, e assim, uma “posição de garante do empresário por fatos cometidos no seio da empresa somente pode derivar-se do dever de manter sob controle determinadas fontes de perigo tipicamente empresariais, que resultam particularmente de algumas empresas e processos de produção” (HEINE Apud CRESPO, 2013, p.).

Nesse aspecto expõe Roxin, I. (2015, p.66 e 67):

Mesmo Beulke, que lança mão da ideia de ingerência para a fundamentação de uma responsabilidade do administrador do negócio, apenas deduz da ingerência uma posição de garantidor em sentido jurídico-penal para o administrador do negócio quando há uma organização perigosa da empresa. A partir dessa ideia, uma responsabilidade por ingerência do administrador da empresa ocorrerá em especial quando o perigo decorrer imediatamente de um funcionário subordinado; além disso, o perigo deve decorrer de forma mediata de uma organização ilícita da empresa. Para isso, contudo, é preciso analisar os casos concretos.

Portanto, o proceder gerador do dever de agir para evitar resultado decorre necessariamente de ações ilícitas e que quebrem a ideia de risco permitido, nos termos do que expõe **Gimbernat (2001, p.23)**:

Somente existe um delito impróprio de omissão quando quem está obrigado a vigiar um foco de perigo preexistente prescinde de adotar medidas de precaução que, ou bem tenham mantido o foco de perigo posteriormente causador de um resultado típico dentro do risco permitido, ou bem – para o caso de que o foco de perigo já teria ultrapassado os limites juridicamente tolerados – o teriam reconduzido outra vez ao plano conforme o Direito.

A responsabilidade penal por omissão imprópria dos dirigentes de uma organização empresarial, não decorre automaticamente do ato de sua constituição, sendo, portanto, necessária à existência de uma situação perigosa, que extrapole os limites de abrangência de um risco permitido, criando assim, uma situação de perigo de lesão à bem jurídico, demandando o devido controle de proteção e vigilância para evitar resultado delitivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de tecer algumas considerações, é importante destacar que o presente trabalho buscou fazer uma análise sintética da complexidade que envolve a responsabilidade penal nas estruturas complexas das organizações empresariais, especificamente, investigar a existência ou não da posição de garantidor dos dirigentes empresariais nos casos de responsabilidade penal por omissão imprópria como forma de imputação penal por atos praticados de terceiros. Sendo que esse artigo trata-se muito mais de um convite a reflexão e ao debate as novas formas de controle da criminalidade do que a fixação de conclusões absolutas.

1. O Direito Penal contemporâneo demanda uma atenção especial às regras da dogmática penal, como filtro que controla o poder punitivo do Estado, permitindo assim, a

existência de regras de imputação mais claras e exatas em um Estado de Direito, sendo as regras de atribuição de responsabilidade penal por omissão imprópria um grande desafio para novo paradigma da dogmática penal contemporânea. O desenvolvimento globalizado tem provocado a deformação da tutela penal, expandindo sua incidência sobre condutas meramente abstratas, com clara flexibilização dos controles necessários a aplicação da responsabilidade penal, encontrando na omissão, via aberta para a expansão e na omissão imprópria, uma vulneração ao princípio da legalidade.

2. A dogmática penal é indispensável para corrigir as distorções geradas ao Direito Penal em face do expansionismo da sociedade de riscos, permitindo através do critério material-formal, através de uma interpretação restritiva limitar a imputação penal por omissivos impróprios. Nesse caso, a responsabilidade penal dos gestores das organizações empresariais, deve ser devidamente delimitada, com a demonstração clara de sua condição de garantidor, bem como, do efetivo controle sobre a fonte geradora de risco, podendo assim, agir para evitar o resultado delitivo.

3. As estruturas complexas das organizações empresariais por si só não constituem fonte de perigo geradora de riscos a bem jurídico protegido pela lei penal, a colocar objetivamente seus administradores na posição de garantidor, não existindo em sua constituição o famigerado caráter criminógeno. As organizações empresariais podem eventualmente constitui-se em fonte de perigo, a depender do caso concreto, demandando de uma avaliação concreta de um agir precedente ilícito, criador de riscos proibido e não fomentados pelo direito, fazendo com que, a partir desse comportamento ilícito recaia sob os gestores o deveres de evitação de lesão.

4. Os gestores, dirigentes ou administradores das organizações empresariais, para que possa figurar como garantidor, devendo controlar e vigiar tanto o que é produzido, bem como os atos praticados por subordinados, necessariamente deve existir um atuar precedente ilícito criador de um risco proibido, e dentro das estruturas complexas da organização, possuir um efetivo controle das ações empresariais, controlando, por conseguinte, a fonte produtora de risco, possuindo assim, o dever de controlar/evitar ações possivelmente delitivas. A responsabilidade por omissão imprópria dos dirigentes nas estruturas empresariais, somente ocorrerá, se concretamente houver omissão, resultado, sendo garantidor com capacidade e possibilidade de agir e a certeza de que a ação teria evitado o resultado, existindo ainda, o elemento subjetivo.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Guilherme Rodrigues. RIEGER, Renata Jardim da Cunha. CRIMES OMISSIVOS: ESTUDOS DOGMÁTICOS INTRODUTÓRIOS. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 4, p. 14-23, maio - agosto. 2010. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/5-Revista-no-4-Maio-Agosto-de-2010>. Acesso em: 30 abr. 2017.
- BASCO; JuanMaria Terradillos. *El Derecho Penal de la globalización: luces y sonbras. Estudios de Derecho Judicial*. Vol. 16, p.186. Madrid: CGPJ,1999.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.**;Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 14, p. 61-92, set. 2013. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/18/artigo4.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.
- D'AVILA, Fábio. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos**. Stvdia Ivridica nº 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.
- FARIA COSTA, José de. Omissão (reflexões em redor da omissão imprópria). **Boletim da Faculdade de Direito**. v. LXXII, 1996.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007. v. 1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime.
- FRAGOSO. Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, 1982, v. 33.
- GIMBERNAT, Enrique Ordeig. Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa. In: *ADPCP*, v. LIV (2001), p. 1-20 [≅ Unehchte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht. In: Schünemann e.a (Ed.). *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2001. p. 651-663
- GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. **Posición de Gatante del compliance officer por infracción del “deber de Control”: uma aproximación tópica**. In: ZAPATERO, Luis Arroyuo. MATÍN, Adán Nieto. El derecho penal econômico em la era compliance. Editorial: Tirant lo Blanch, 2013.

KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LEITE, André Lamas. **As posições de garantia na omissão impura. Em especial a questão da determinabilidade penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007

MANSDORFER, Marco. **Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo**. Barcelona. InDret, 2, 2007, p. 9. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015

NIETO MARTIN, Adan. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Iustel Publicaciones, 2008

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

ROXIN, Imme. Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria. **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS RBCCrim**, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 61-77, jan. 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo II. Trad. Luzon Peña (Coord.). Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2014.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Deberes de vigilância y compliance empresarial**. IN:

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernad. **Estudo de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação: Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Org: José de Faria Costa. **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Coleção ciência criminal contemporânea, vol. 5, coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2016.

SUTHERLAND, Edwin H. **CRIME DE COLARINHO BRANCO**: Versão sem cortes. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. “Autoria e participação em organizações empresariais complexas”. **Revista Liberdades – IBCCRIM**. N. 9. Jan-abr 2012. Disponível em [https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/114-ARTIGO]. Acesso em 01.05.17.

GUARAGNI, Fábio André. **Desvios Cognitivos e Volitivos nas Atividades Empresariais como Fatores Criminógenos**: Aspectos Etiológicos e Programas de Criminal Compliance como Mecânica de Controle. 2016. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/bk7pb114/5S426f06iUEW18sA.pdf>. Acesso em 01.05.17.

LE BON, Gustave. **Psicologia das Multidões**. Tradução: Ivone Moura Delraux. Edições Roger Delraux, 1980. Disponível em <https://issuu.com/gustavofleury/docs/le_bon_gustave._psicologia_das_mul> Acesso em 06.05.17.