

HELOISA ESTELLITA

RESPONSABILIDADE PENAL



POR OMISSÃO

Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa



Coleção

Direito Penal e Criminologia

Direção

Íñigo Ortiz de Urbina / Ramon Ragués / Luís Greco

Conselho Científico Editorial

Manuel ATIENZA / Carlos BERNAL / Mauro BUSSANI / Jordi FERRER

José María Serna de la GARZA / Luís GRECO / Daniel González LAGIER / Raúl LETELIER

Judith MARTINS-COSTA / Daniel MITIDIERO / José Juan MORESO / Juliana NEUENSCHWANDER

Jordi NIEVA / Eduardo OTEIZA / Ángel Luis Prieto de PAULA / Ramón RAGUÉS

Claudia ROESLER / María SALVADOR / José María Rodríguez de SANTIAGO / Adrian SGARBI

Virgílio Afonso da SILVA / Carlos Ari SUNDFELD / Michele TARUFFO / Íñigo Ortiz de URBINA

Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa

Heloisa Estellita

Capa

Nacho Pons

Produção

Ida Gouveia / HBLIZ / Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

**CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ**

E83r

Estellita, Heloisa

Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa / Heloisa Estellita. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN 9788566722499

1. Direito penal - Brasil. 2. Criminologia - Brasil. I. Título. II. Série.

17-45085

CDU: 343.2

© Heloisa Estellita

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brig. Faria Lima, 1461, Torre Sul, 17/8 Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ +55 (11) 3192.3733 www.marcialpons.com.br

SUMÁRIO

PREFÁCIO – Luís GRECO	11
AGRADECIMENTOS	15
ABREVIATURAS	17
INTRODUÇÃO	29
A. Sobre a temática deste trabalho	29
B. O grupo de casos que inspirou este trabalho	30
C. Os problemas e sua delimitação	31
1. Localização sistemática	31
2. Delimitação	32
D. O ambiente no qual se manifesta o objeto da investigação	34
E. Referências a normas extrapenais e definição de algumas expressões	34
F. Finalidade	36

CAPÍTULO I

Imputação de responsabilidade penal na criminalidade de empresa: um panorama das dificuldades	37
A. Imputação de responsabilidade penal na criminalidade de empresa: as dificuldades	37
1. As bases da imputação individual	37
2. As características da criminalidade de empresa e o impacto nos critérios de imputação penal individual	38

a) Comportamentos coletivos	39
b) Natureza coletiva dos bens jurídicos e a distância entre o agente e a vítima	41
c) Organização, descentralização, coordenação e delegação.....	42
aa) Impactos quanto a aspectos objetivos.....	43
bb) Impactos quanto a aspectos subjetivos	48
B. As estratégias de responsabilização.....	51
1. Formas de abordagem da responsabilidade penal em casos de divisão de tarefas	52
a) A visão tradicional.....	52
b) Novo paradigma.....	52
aa) A decisão do BGH no caso Lederspray.....	53
bb) As duas etapas de imputação da responsabilidade	54
cc) Vantagens	56
dd) Crítica	56
c) Balanço	58
2. Ampliação da responsabilidade penal em direção ao topo da empresa	61
3. Ampliação da responsabilidade em direção à base da empresa...	62
4. Responsabilidade da própria empresa.....	63
a) Impossibilidade.....	63
b) Intentos de fundamentação	64
c) STF, RE 548.181	67
d) O Memorando Yates	69
e) O direito sancionador.....	69
C. Balanço.....	70
D. Resultados parciais.....	71

CAPÍTULO 2

A posição de garantidor dos dirigentes de empresa por crimes relativos

à atividade econômica da empresa	75
A. Pressupostos da punibilidade por omissão imprópria	75
1. Introdução	75
2. Uma visão geral dos pressupostos de punibilidade	77
B. A posição de garantidor (art. 13, § 2.º, CPB)	79
1. A alínea “a”: acolhimento da teoria das fontes formais?.....	81
2. A necessidade da fundamentação material da posição de garantidor.....	84
3. Um panorama dos critérios materiais da posição de garantidor ..	88
a) Domínio ou controle sobre o fundamento do resultado.....	88
b) Competências organizativas e institucionais	90
c) Balanço e tomada de posição.....	94
4. Espécies de garantidores	95
a) Introdução	95
b) Garantidores de proteção	96
c) Garantidores de vigilância	99
d) Garantidores por assunção.....	103
e) Adoção da divisão funcional neste trabalho	104
5. Dever objetivo de cuidado e dever de agir para evitar o resultado típico	105
C. Fundamento material da posição de garantidor dos dirigentes por controle sobre a fonte de perigo empresa	108
1. Introdução	108
2. Posição de garantidor em virtude do controle sobre o subordinado.....	109
a) Possibilidade de evitar o resultado em virtude do poder de dar instruções e da autoridade do superior.....	109
b) Dever de agir em virtude do poder diretivo do superior.....	110

c) Considerações críticas.....	114
3. Posição de garantidor em virtude do controle sobre a fonte de perigo empresa	117
a) Pessoas e objetos como foco de perigos	117
b) Pessoas como foco de perigos.....	120
c) Posição de garantidor em virtude de ingerência	121
d) Considerações críticas e tomada de posição.....	122
4. Autorresponsabilidade como barreira ao reconhecimento de controle sobre o subordinado?.....	125
D. Posição de garantidor do dirigente por crimes relativos à atividade econômica da empresa: fundamento e pressupostos	128
1. A empresa como fonte de perigo permitida.....	128
2. Os dirigentes como garantidores originários	130
a) A atuação da pessoa jurídica por meio das pessoas naturais ..	131
b) Dirigentes como garantidores originários.....	131
3. Âmbito de vigilância: infrações penais relativas à atividade econômica da empresa.....	134
E. Significado de outros dispositivos legais.....	137
1. Deveres de organização extrapenais	137
2. Normas de direito societário (CCB e LSA)	139
a) Função indiciária da posição de garantidor e função delimitadora	139
b) Relevância penal	142
3. O art. 2.º da Lei 9.605/1998.....	144
4. Conclusão intermediária	145
F. Divisão de funções e delegação de tarefas e seus reflexos no âmbito de vigilância dos garantidores	145
1. Introdução	145
2. Estruturas de responsabilidade vertical.....	147
a) Delegação.....	147

b) Formalização da delegação.....	148
c) Admissibilidade da delegação.....	149
d) Objeto e efeitos da delegação	149
aa) Delegação de atividades econômicas e administrativas ..	150
bb) Delegação de deveres de vigilância e controle.....	150
cc) Escopo e limites.....	151
e) O princípio da confiança	151
f) Deveres de vigilância na delegação de atividades econômicas e administrativas	154
aa) Introdução: o caso Wuppertaler-Schwebbahn	154
bb) Dever de seleção adequada.....	156
cc) Dever de instrução	156
dd) Dever de organização	157
ee) Dever de supervisão.....	157
ff) Dever de intervenção	158
h) Deveres remanescentes na delegação de tarefas de vigilância	158
i) Efeitos da delegação para o delegado	160
3. Estruturas de responsabilidade horizontal	161
a) “Departamentalização”	161
b) Fundamento e efeitos	162
G. Resultados parciais	166

CAPÍTULO 3

Os dirigentes em sociedades anônimas e limitadas e os encarregados

de vigilância	173
A. Introdução.....	173
B. Administradores	174
1. Introdução	174
2. Sociedades anônimas	176
a) Introdução	176

b) Diretoria	177
aa) Distribuição de funções dentro da diretoria (departamen- talização).....	177
bb) Delegação de tarefas no âmbito das diversas diretorias ..	180
c) Conselho de Administração	180
aa) Administração dual em sociedades por ações	180
bb) Atribuições e poderes do CA.....	181
cc) Garantidor de vigilância da diretoria e demais integran- tes da companhia?.....	185
(1) Os membros do CA não têm posição de garantidores de vigilância relativamente a atos dos diretores ou outros membros da companhia	185
(2) Os membros do CA têm posição de garantidores de vigilância sobre a diretoria ou outros membros da companhia apenas em casos excepcionais.....	188
(3) Os membros do CA têm posição de garantidores de vigilância sobre a diretoria ou outros membros da companhia	188
dd) Tomada de posição	192
ee) Vigilância sobre outros empregados da companhia?.....	196
ff) À guisa de exemplo: vigilância sobre pessoas atribuída ao CA	196
gg) Garantidor de proteção?.....	197
d) Assembleia-geral de acionistas	198
e) Acionista controlador.....	199
3. Sociedades empresárias limitadas.....	200
a) Considerações gerais.....	200
b) Administração exercida pelos sócios.....	202
c) Administração exercida por administradores não sócios.....	204
aa) Deveres dos sócios.....	204
bb) Deveres dos administradores designados	205

4. Competência do órgão colegiado e causalidade	206
5. Considerações finais	207
C. Encarregados de deveres de vigilância.....	209
1. Introdução	209
2. Concentração e delegação de deveres de vigilância: a figura do <i>compliance officer</i>	211
a) Introdução	211
b) As diversas possibilidades de conformação para o desempenho das atividades de vigilância	213
c) Posição e atribuições do CO e posição de garantidor	215
aa) Por expressa disposição legal	215
bb) Função exercida por administrador	217
cc) Função exercida por não-administrador	217
dd) Controle da informação como forma de controle penalmente relevante.....	221
ee) Encarregado de tarefas ligadas ao exercício das atividades de <i>compliance</i>	225
D. Resultados parciais	225

CAPÍTULO 4

Demais pressupostos da tipicidade: aspectos selecionados	235
A. Introdução.....	235
B. Situação típica, resultado e o surgimento do dever de agir	236
1. O emprego da expressão resultado no art. 13, § 2.º, CPB	236
2. Perigo da ocorrência do resultado: o surgimento do dever concreto de agir	239
C. Omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo: o dever concreto de agir em âmbitos regulados	245
1. Dever de agir.....	245

2. Possibilidade jurídica de agir e capacidade físico-real de praticar a conduta devida	246
a) A diferenciação	246
b) Sobre a acessoriedade do direito penal relativamente ao direito extrapenal.....	250
3. O dever concreto de agir é determinado pelo tipo penal concreto	252
D. Causalidade e imputação objetiva do resultado	254
1. Introdução	254
2. Causalidade na omissão	255
a) A falta de apoio naturalístico	255
b) As duas principais propostas de solução.....	257
3. Omissões simultâneas e sucessivas.....	259
a) Delimitação dos problemas.....	259
b) Omissões simultâneas ou paralelas	261
c) Omissões sucessivas	265
aa) Problemática	265
bb) Casos que inspiraram os debates recentes	267
(1) O caso do abcesso	267
(2) O caso do spray de couro (Lederspray)	268
(3) O caso do sangue contaminado.....	268
(4) O caso dos freios	269
(5) O caso do ginásio de esportes	269
cc) Principais soluções propostas	271
dd) Balanço	275
ee) Imputação do resultado ao <i>compliance officer</i> segundo o modelo proposto por Schrott	276
(1) Posição de garantidor do CO	277
(2) Tarefas do CO	278
(3) Formulação do problema relativo à causalidade.....	278
(4) Cenários	279

(5) Aplicação do modelo de solução	280
d) Omissões paralelas e sucessivas: a omissão de membros de órgãos colegiados com intermediação psíquica.....	284
E. Dolo e culpa	285
a) Considerações gerais.....	285
b) Algumas particularidades da constelação de casos analisada neste estudo quanto ao tipo subjetivo	287
aa) Fragmentação, segmentação, canalização e filtragem da infor- mação.....	287
bb) Dever de agir e conhecimento da situação de perigo.....	289
cc) Impactos da divisão de tarefas sobre o conhecimento da si- tuação de perigo	291
dd) Sistemas de <i>compliance</i> e elemento subjetivo.....	292
c) Considerações finais.....	294
F. Resultados parciais.....	295
CONCLUSÃO E SOLUÇÃO DOS CASOS.....	301
BIBLIOGRAFIA	307