

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E CRIMINOLOGIA

Camila Laís Silva Amorim

**Um estudo de caso acerca dos limites de responsabilidade penal omissiva imprópria de
um acionista controlador de uma sociedade anônima de capital fechado**

São Paulo
Novembro de 2024

Camila Laís Silva Amorim¹

**Um estudo de caso acerca dos limites de responsabilidade penal omissiva imprópria de
um acionista controlador de uma sociedade anônima de capital fechado**

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia
(DPM), como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em
Direito. Orientadora: Professora
Doutora Helena Regina Lobo da Costa.

São Paulo

Novembro de 2024

¹ Graduanda em Direito USP - N°USP 11840871 - Turma 21

Tese de Láurea apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por Camila Laís Silva Amorim, orientada pela Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa, intitulada “Um estudo de caso acerca dos limites de responsabilidade penal omissiva imprópria de um acionista controlador de uma sociedade anônima de capital fechado”, sujeita à aprovação da Banca Examinadora abaixo indicada.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Helena Regina Lobo da Costa
Orientadora

Professor(a) Doutor(a) Membro

Agradecimentos

A São Francisco provavelmente será a experiência mais complexa que já vivenciei em minha vida. Apesar de dura e muitas vezes incompreensível, é o lugar que me preparou e amadureceu para o mundo e para a advocacia. Sou a primeira pessoa em minha família a frequentar a Universidade de São Paulo como aluna da Faculdade de Direito e minha origem e criação divergiram do perfil tradicional franciscano, o que gerou uma eterna relação paradoxal entre amor e ódio.

Em meio a este cenário, devo agradecer ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade, principalmente aos Professores Doutores Helena Lobo Regina da Costa, Luciano Anderson de Souza, Maurício Stegemann Dieter e Patrick Lemos Cacicedo pelas aulas ministradas com extrema qualidade aliadas de análises críticas do que é o sistema de justiça criminal e pelo fomento à pesquisa na São Francisco.

Costumo guardar a letra de música de um de meus artistas favoritos que vem do mesmo bairro que eu, onde ele diz que “no mundo do crime eu só sou mais um réu”. Por quase toda minha existência, eu sentia que este era o espaço que eu ou qualquer um de minha família poderia ter também. Hoje, prestes a me graduar e atuando no mundo da advocacia há algum tempo, consigo me ver fora desse ciclo e procuro tirar mais gente com o que puder auxiliar.

Dessa forma, não poderia deixar de agradecer meu pai, José Martinho Amorim, que apesar de não estar presencialmente comigo sempre esteve espiritualmente ao meu lado, sei que nunca estive sozinha. À minha mãe, Renata Silva, que me mostrou e me inspirou a ter toda resiliência, força, dedicação e responsabilidade que carrego comigo. Ao meu irmão, Lucas Amorim, que foi o primeiro a entrar em uma universidade pública em nossa família; traçando caminho de inspirações e mostrando que é possível. Por fim, agraço à minha tia Maria Amorim e minha prima Rafaela Vieira por todo o suporte e apoio que eu precisava para realizar minha graduação.

Por fim, guardo comigo o termo que a Professora Júlia Lenzi utilizou em uma de suas falas: a concretude do afeto como força revolucionária. Tive objetivos de mudar ou pelo menos ajudar a São Francisco a operar mudanças em suas estruturas, o que se tornou um

processo duro, esquecendo que minha simples permanência na Faculdade já era uma forma de resistência. No final do dia devo agradecer aos amigos que construí neste espaço, Jackson Teixeira, Lara Tamires, Erick Araújo, Heloísa Toledo, Letícia Chagas, Fabrício Lacerda, Letícia Lé, Thiago Moraes, Giulia Tally e Amanda Medina por revolucionarem essa Faculdade simplesmente pelo afeto e apoio que contamos ao longo desses anos.

Não posso deixar de agradecer ao Cursinho Popular Arcadas, tanto por contribuir em minha aprovação para a São Francisco sendo aluna da turma de 2019, quanto pelos cinco anos de aulas de história do Brasil que dei semanalmente desde 2020. Agradeço especialmente, à todos os alunos que estiveram em minhas aulas e puderam utilizar o pouco do que sei para contribuir com o acesso à educação e minha paixão por lecionar. Ao Basquete Feminino da São Francisco devo agradecer à plataforma que tive para desenvolver não só física e tecnicamente, mas acima de tudo mentalmente, aprendendo a confiar em mim mesma.

Resumo

O presente trabalho pretende analisar os limites e parâmetros construídos até o momento acerca da responsabilização penal de acionistas controladores de sociedades anônimas de capital fechado por crimes omissivos impróprios. Foram analisadas diversas construções teóricas de estruturação da posição de garante, elemento essencial para o delito omissivo impróprio, além dos elementos tradicionais de tipicidade objetiva, como a tipicidade, omissão de conduta determinada e exigida de evitação do resultado, nexo de causalidade e imputação objetiva. Ao fim da análise desses pressupostos, foi realizado um estudo de caso de duas sociedades e possíveis configurações de responsabilização penal de acionista controlador por omissão imprópria.

Palavras-chave: direito penal; posição de garante; acionista controlador.

AMORIM, Camila Laís Silva. Um estudo de caso acerca dos limites de responsabilidade penal omissiva imprópria de um acionista controlador de uma sociedade anônima de capital fechado. 2024. Monografia (Graduação em Direito - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024)

Sumário

Introdução (Apresentação, justificativa e delimitação).....	8
Premissas e pontos de partida.....	13
Estrutura societária das sociedades anônimas de capital fechado.....	15
Responsabilidade penal omissiva imprópria.....	26
Conclusão e Estudo de caso (Sociedade A e Sociedade B).....	53
Referências Bibliográficas.....	58

Introdução (Apresentação, justificativa e delimitação)

Já são algumas décadas das quais as modalidades de criminalidade econômica têm sido implementadas, individualizadas e expandidas; numa perspectiva internacional, a FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) de 1977 e numa perspectiva nacional, a reforma do Código Penal Brasileiro (CPB) de 1984, foram marcos iniciais desse processo. Um dos pontos mais interessantes da reforma do CPB de 1984 inclusive, foi a nova redação acerca da omissão, tratando da omissão própria e imprópria. Para Juarez Cirino dos Santos, na prática, o critério distintivo é a posição de garantidor, que não existe na omissão própria, atribuível a qualquer um, e fundamenta a omissão imprópria, atribuível exclusivamente ao garantidor. A omissão imprópria corresponde inversamente, aos tipos de resultado e tem por fundamento a posição de garantidor do bem jurídico atribuída a determinados indivíduos, que engendra o dever jurídico especial de agir.

Casos de corrupção e imprudência administrativa ou gerencial aumentaram e foram escandalizados para interesses políticos; em meio a isso, a demanda populacional refletiu na implementação de retrocessos punitivos emergenciais que pouco estão consolidados nos estudos jurídicos e ainda precisam de muita pesquisa acima disto. Não apenas isso, numa perspectiva negocial e econômica, casos deste tipo diminuem a confiança internacional para investimento no país: pensando no caso dos dirigentes de empresas, qual o limite de posição na administração de uma empresa para configurar a posição de garantidor? Quem possui de fato o dever de agir? Qual conduta era esperada? Essas questões apresentam incertezas que devem ser fundamentadas para um funcionamento eficiente do direito penal.

O objeto do tema de pesquisa é a realização de um estudo de caso que procura dissecar os limites da responsabilidade penal do acionista controlador na direção de uma sociedade anônima de capital fechado. O acionista controlador é definido em lei societária (artigo 116 da Lei 6.404/76) e basicamente possui duas características: 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. Essas duas condições tratam de uma efetivação máxima do poder sobre gerenciamento de uma empresa, onde a pessoa possui direito e deve utilizá-lo para se configurar como acionista controladora.

O acionista controlador, ao final do dia, parece que possui o dever de agir, principalmente por estar muito próximo do que se configura uma posição de garantidor, dirigindo as atividades e orientando o funcionamento geral. É importante realizar este estudo somando legislações de âmbitos que se relacionam ao tema, pois o direito deve ser multidisciplinar e o direito penal em si deve operar como acessório; logo, assim como a lei societária define o que é o acionista controlador, ela também estabelece a consequência dos poderes atribuídos ao acionista controlador e para assegurar um regime de responsabilidade, o artigo 117 da Lei das S.A. estipulou que o controlador deve responder pelos prejuízos causados por atos praticados com abuso de poder.

Tratar da responsabilização de um dirigente de empresa apesar de comum na era atual ainda é desafiador para quem estuda e pesquisa as instituições dogmáticas mais tradicionais do direito penal, é se deparar em situações complexas que demandam o repensamento dessas instituições, sem que o tecnicismo, a objetividade e racionalidade sejam abandonadas. É essencial construir parâmetros que gerem segurança jurídica para esse novo paradigma, pois o direito penal empresarial se distancia do ideal pessoalíssimo de autoria de um tipo penal: uma criminalidade de empresa, em grande maioria dos casos, se dá por um ato cometido e apoiado através de inúmeras pequenas contribuições para que o resultado seja alcançado. Portanto, a atribuição de responsabilidade penal é muito mais complexa para análise de autoria; muitos autores que procuram estudar tais temas indicam que, ao final do dia, o crime empresarial trata de uma irresponsabilidade organizada.

A realidade é que a tentativa simples de aplicação de responsabilidade a partir das leituras mais tradicionais dogmáticas em algum crime empresarial praticado levaria a aplicação da culpa para a pessoa com envolvimento direto na ação que efetiva o resultado, sendo o funcionário de mais baixa escala e afastando seus superiores que, em alguns casos, eram quem possuiria domínio do fato criminoso. A adoção desta lógica seria extremamente grave e fugiria do verdadeiro cerne do direito e de suas intenções punitivas, delimitando sempre à camada trabalhadora as penalizações dentro deste tipo de caso.

Algumas estratégias foram formadas ao longo do tempo, a primeira delas, foi a tentativa de criação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, buscando sempre o ente jurídico para responsabilização, gerando duas problemáticas, seja em dogmática, pela

dificuldade de destinação de culpabilidade e aspectos relacionados a individualidade humana como dolo, ciência, intenção e político-criminal, pois restaria apenas a penalização pecuniária, tratando da punição como algo resumido pelo pagamento. A responsabilidade da pessoa jurídica como estratégia tem sido aplicada com mais qualidade em outras áreas, como a administrativa e seu marco na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) com o estabelecimento da responsabilidade objetiva. Singularmente, o direito penal ambiental também tem se utilizado desta lógica.

A teoria do domínio do fato se dá por uma das estratégias mais populares, muito discutida durante os processos penais de investigação de corrupção durante a época do mensalão. Esta é definida pela tese de que é autor de um crime aquele que possui domínio do curso causal, possui poder de interromper a prática criminosa a qualquer momento. No caso, o dirigente de empresa fornece a autorização para que o crime aconteça, possui conhecimento da ocorrência do fato, possui dolo de que tal fato aconteça, é beneficiado pela prática e ainda possui o poder para que esta prática seja suspensa anteriormente ao seu resultado.

Essa estratégia possui dificuldades das quais pretendemos abordar neste trabalho, pois, a cultura organizacional atual dentro do cenário empresarial gera uma realidade na qual os dirigentes e seus colaboradores pouco têm participação na rotina de uma sociedade empresarial. Pouco sabem de como as atividades estão sendo operadas e apenas delegam as decisões mínimas para seus subordinados. Não há meios efetivos para que esses dirigentes possuam poder de suspensão do fato criminoso em curso, pois esses dirigentes sequer sabem como esse fato está sendo ocasionado.

Ao meu ver, a leitura de aplicabilidade da modalidade de omissão aos crimes empresariais consegue ser a mais assertiva para esses casos. Se dá pela configuração de um dever de impedir um resultado como a possibilidade de que este responda como autor daquele resultado. Os dirigentes são colocados como garantes de evitar que qualquer criminalidade esteja ocorrendo dentro da empresa. É necessário que este garante possua dever de impedir o resultado e a capacidade real de evitar que o fato criminoso aconteça.

A posição de garantidor do acionista controlador certamente será o pressuposto mais analisado neste estudo, entretanto também deverá passar por pressupostos de existência da situação típica, da omissão de conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar

da possibilidade físico-real de agir, do nexo de causalidade, da imputação objetiva, da tipicidade subjetiva e da antijuridicidade e culpabilidade. Partindo do ponto em que a criminalidade econômica tem sido uma modalidade com debates mais recentes, ainda é incerto o limite da posição de garante e outros aspectos importantes para a análise do crime. A pergunta principal que guiará toda a pesquisa é a seguinte: os acionistas controladores de sociedades anônimas de capital fechado são garantidores de vigilância aos atos praticados por administradores ou outros membros das empresas controladas? Com base na acessoriedade penal sobre as normas administrativas, a ideia deste trabalho é pesquisar a interseccionalidade entre direito societário e penal. Ainda distante de uma pacificação sobre o tema, a posição de garante trata de um elemento teórico essencial para averiguar a culpabilidade envolvendo a criminalidade de omissão imprópria dentro das sociedades empresárias.

Prioritariamente, é importante destacar que a posição de garante é apenas uma das condições para análise de punibilidade, onde segundo o entendimento dominante destacado por Heloísa Estellita, os pressupostos do tipo objetivo são (a) a situação típica; (b) a omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de realizar o comportamento; (c) a causalidade; (d) a imputação objetiva e, finalmente, (e) a posição de garantidor. A posição de garantidor, em suma, se trata de pressuposto essencial para cogitar e analisar qualquer tipo de responsabilização, procurando encontrar o titular do dever especial de agir para evitar o resultado.

Assim como exposto, é elementar para o tipo objetivo de configuração de omissão imprópria, a condição de garante, caracterizado como alguém que possui um dever especial ou de agir para evitar o resultado. Esta posição é prevista em lei, mediante o artigo 13, §2º do Código Penal Brasileiro, incluído pela reforma da Parte Geral de 1984, afirmando que a omissão pode ser causa de um resultado e será relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. As alíneas do segundo parágrafo ainda delimitam critérios para a determinação de quem seria o responsável pelo dever de agir: 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.

O professor Pierpaolo Bottini fundamenta que existem dois tipos de posição a partir da origem do risco, sendo elas a de (a) vigilância, oriundas de um exercício da autonomia organizativa que possuem origem na criação de riscos próprios (permitidos ou proibidos) e

as posições de garantidor de (b) proteção, com origem nos deveres positivos no âmbito de espaços de solidariedade, implicando responsabilidade pelos riscos alheios, mesmo que causados por terceiros ou pela própria natureza, não criados dentro do âmbito de organização do agente, mas fora dele.

Para Estellita, não há dúvidas de que os dirigentes de uma empresa estão em posição de influenciar e interferir no desempenho das funções de seus subordinados no exercício das atividades para a empresa. A autora inclusive adiciona que esse poder decorre do poder diretivo do empregador sobre seus empregados reconhecido juridicamente e exercido de fato. Portanto, é essencial estudar e pesquisar parâmetros específicos que fujam de conceitos como cegueira deliberada e dolo eventual. É preciso que o debate seja levado ao limite para que seja possível obter conclusões certas, que tragam mais segurança jurídica para os casos de criminalidade empresarial; é essencial alcançar limites e requisitos para a aplicação da modalidade de omissão, pois, caso contrário, é certo que o poder público se expandirá em tais medidas de forma irresponsável.

Premissas e pontos de partida

Prioritariamente, esta pesquisa possui como objetivo analisar a delimitação da posição de garantidor dentro do ambiente construído nas sociedades anônimas empresárias de capital fechado. Quais seriam os limites do dever de vigilância sobre a empresa, que neste caso, se trata da nossa fonte de perigo, e também, quais são as ações em termos jurídicos das quais podemos esperar deste garantidor. Logo, em termos de dogmática penal (lembrando que será frequente a abordagem interseccional com o direito societário), a pesquisa se concentra em dois pressupostos do tipo objetivo de responsabilidade penal por omissão imprópria: a ocupação da posição de garantidor e a omissão da conduta jurídica exigida, observando sua capacidade de execução.

Começaremos a partir de uma apresentação do funcionamento e constituição do que seria uma sociedade anônima de capital fechado e quais são os poderes efetivos de um acionista controlador dentro desta configuração. É comum que tais conhecimentos não dialoguem tanto quanto deveriam, pois é essencial entender o papel jurídico instituído destarte a essas personalidades para analisar qualquer tipo de responsabilidade a partir disso. O direito penal deve ser lido como uma prática acessória, portanto, deve dialogar com todas as outras áreas do direito, possuindo uma característica multidisciplinar em certo momento. Precisa possuir suas próprias instituições e princípios, todavia deve garantir que essas instituições sejam aplicáveis a outras áreas. Assim, no segundo capítulo procuraremos entender a dogmática jurídica societária e como ela irá constituir o acionista controlador e a sociedade anônima; algo interessante de se observar desde já, é que a lei das sociedades por ações (Lei 6.404/76) estabelece deveres e responsabilidades jurídicas ao acionista controlador, nos artigos 116 e 117 da legislação citada.

A eventual verificação de qualquer posição de garante para uma acionista controlador apenas deve partir de uma análise de qual é sua responsabilidade efetiva dentro de uma empresa, quais são os limites de sua participação, seus poderes e atribuições. Uma das premissas a se destacar é que utilizaremos da leitura de que a pessoa jurídica em questão tenha adotado de forma estrita da lei das Sociedades Anônimas. Na realidade é comum a disparidade entre a aplicabilidade da legislação e das disposições do estatuto social (seus poderes e atribuições distribuídos), porém seguiremos a partir do principal regimento

societário atual. Inicialmente o foco estará em observar como acionistas controladores podem possuir, sob o ponto de vista prático, participação no cometimento de algum crime.

A configuração de um acionista controlador dentro de uma sociedade anônima sempre será bastante dominadora e, apesar da possível ideia de que a empresa possa ter algum tipo de dinamismo, observaremos que um controlador sempre conseguirá delimitar a composição de uma administração, adquirindo quase que um poder indireto de domínio sob toda a empresa. O que resta se questionar é se é possível que esses acionistas configurem algum tipo de posição de garantidor de vigilância relativo aos atos praticados pelo conselho de administração, diretoria ou outros membros que foram delegados para exercício de interesse desses acionistas em questão?

Estrutura societária das sociedades anônimas de capital fechado

2.1: Das sociedades por ações de capital fechado

As sociedades são uma espécie de associação (*latu sensu*), pois o contrato ou ato que lhes dá origem cria uma organização para o exercício de determinada atividade. Distinguem-se das associações (*stricto sensu*) na medida em que as sociedades são necessariamente econômicas e tem por finalidade o lucro e a distribuição de resultados, o que inclui as perdas, entre os sócios. O diferencial das associações é que suas atividades não visam o lucro ou a distribuição entre os associados, pois suas finalidades não são econômicas (sindicatos, partidos, etc.). Portanto, a empresa é um tipo de objeto da sociedade (artigo 981 do Código Civil de 2002) e a sociedade simples e empresária se distingue pela natureza da atividade e não pela forma ou registro. No caso, a sociedade empresária aduz a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966 e 971). Importante destacar que o empresário não é quem exerce profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (art. 966, par. ún.) e quem exerce atividade rurícola (art. 971).

Assim, a sociedade simples é aquela cujo objeto previsto no contrato social seja atividade de natureza intelectual de natureza científica, literária ou artística, ou ainda rurícola. Em relação às estruturas de fundações, tanto a sociedade como a associação caracterizam-se por se tratar de uma união de pessoas. No geral, temos algumas classificações das estruturas de sociedades: as não personificadas, resumidas nas sociedades em comum e em conta de participação e as 4 sociedades personificadas, que se dividem entre as simples e cooperativas e as empresárias. É dentro das sociedades empresárias que encontramos um dos mais relevantes (em sentido econômico) modelos adotados nas empresas brasileiras: as sociedades anônimas. Além dela, as sociedades de comandita por ações, limitadas, comandita simples e em nome coletivo também são de característica empresária.

Apesar da sociedade anônima ser preterida quantitativamente com relação ao empresário individual e à sociedade limitada², uma S.A. possui aspectos relevantes para

² De acordo com o Boletim do 2º quadrimestre de 2024 do Mapa de Empresas produzido pelo Ministério do Empreendedorismo, da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte do Governo Federal. Atualmente, existem 194.025 sociedades anônimas ativas, sendo que as sociedades anônimas fechadas representam 74,6% das SAs existentes no País.

proporcionar maior investimento financeiro, sendo um tipo societário empresarial extremamente importante para questões econômicas a nível nacional e é onde o direito penal econômico pode mais atuar.

A sociedade por ações no Brasil é definida como um tipo societário de natureza jurídica que possui como diferencial dentre as outras sociedades previstas em lei a divisão do capital social em ações de igual valor nominal, portanto, os direitos dos sócios encontram-se fundamentados e organizados em conjuntos padronizados denominados de ações, sendo que seu valor e sua classe devem ser previstos em estatuto social. Ademais, outra questão importante dessa estrutura societária é a limitação da responsabilidade dos sócios ou acionistas ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.404 de 1976 (Lei das Sociedades por Ações).

Para Sérgio Campinho, em Curso de direito comercial: Sociedade anônima, a sociedade por ações constitui forma societária gênero a que integram duas espécies: a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações. Em ambas, os direitos dos sócios encontram respaldo na sistemática de ações. O elemento essencial de distinção dos tipos societários está concentrado na responsabilidade dos sócios.

A sociedade anônima, para ele, revela-se como sociedade de responsabilidade limitada, na qual todos os sócios ou acionistas respondem limitadamente ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. A segunda, se classificaria como sociedade de responsabilidade mista, apresentando dupla categoria de sócios: os simples acionistas, cuja responsabilidade se limita a integralizar o preço das ações que adquirirem ou subscreverem, e os acionistas diretores, que respondem pessoal, subsidiária, solidária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.

A limitação de responsabilidade é um elemento crucial deste formato de sociedade empresária, pois esse aspecto proporciona segurança jurídica, o que favorece o conforto dos acionistas na tomada de riscos. Isso, por sua vez, estimula a alocação de capital em grandes empreendimentos, resultando em maior circulação e movimentação de altos volumes financeiros. Historicamente, o conceito de sociedades anônimas emerge no contexto das Grandes Navegações, lideradas por Portugal e Espanha, uma atividade inovadora, embora custosa, que exigia investimentos significativos sem garantia de retorno.

Resumidamente, as sociedades por ações são um tipo de organização destinado a empresas, em que o capital social é distribuído em ações, limitando assim a responsabilidade dos sócios ou acionistas ao valor de emissão das partes do capital que eles subscreveram ou adquiriram. O art. 4º da LSA (Lei 6.404/76) divide as companhias ou sociedades anônimas abertas ou fechadas, conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários (bolsa de valores ou mercado de balcão), logo, as sociedades anônimas fechadas são aquelas companhias cujos valores mobiliários não são passíveis de oferta pública nesse mercado.

São regidas por um estatuto, que “deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e conterá as normas pelas quais se regerá a companhia”³. A formação do capital social deverá ser feita mediante dinheiro ou bens, que deverão ser avaliados por três peritos ou empresa especializada nomeados pela assembleia geral de subscritores (a companhia ainda não está constituída); essa avaliação deverá ser aprovada pela mesma assembleia. A LSA assegura aos acionistas direitos individuais, que não podem ser retirados nem pelos estatutos, nem pela assembleia geral. As ações dessa sociedade podem ser classificadas em forma (todas são nominativas), em classes (opcionalmente, as ações podem ser divididas em classes, acomodando interesses dos acionistas) e em espécie, divididas em ordinárias (conferem direitos usuais de acionistas, inclusive o de voto) e preferenciais (o direito de voto poderá ser excluído ou restringido estatutariamente. Tem como vantagem a prioridade no recebimento dos dividendos ou eleger membros de conselhos).

Os acordos de acionistas são contratos parassociais de caráter plurilateral e deverão ser observados na compra e venda de ações, tratando de questões como preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto ou do poder de controle. O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia, inclusive a LSA proíbe o acionista de votar no caso de interesse conflitante com o da companhia. A infração desse dever chega a autorizar a ação de anulação da deliberação.

A LSA também disciplina sobre os grupos societários, que, para Comparato, constituem o fenômeno jurídico da concentração empresarial⁴. Os grupos societários se

³ Artigo 83 da Lei nº 6.404 de 1976 (LSA).

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. “Direito empresarial”, São Paulo, ed. Saraiva, 1995.

dividem entre grupos de subordinação e grupos de coordenação; os primeiros só existem quando há controle de uma sociedade sobre outra(s) e os segundos quando as sociedades, sob o mesmo controle ou não, se consorciaram para executar determinado empreendimento.

Por fim, temos os órgãos societários de uma Sociedade Anônima, elementos fundamentais na estrutura e governança desta, pois é onde há a separação entre a propriedade (acionistas) e a gestão (órgãos administrativos). Existem, essencialmente, três órgãos administrativos, mas vale ressaltar que a estrutura exata pode variar dependendo do estatuto social da empresa e das práticas adotadas.

O primeiro são as assembleias gerais, pode ser classificado como o órgão supremo da sociedade, com uma função exclusivamente deliberativa, que congrega todos os acionistas, independentemente de terem direito a voto ou de suas limitações. Esse espaço permite que o acionista exerça seu direito de se manifestar e votar. Define-se como o conjunto de acionistas reunidos que, através de convocação e instalação conforme a legislação das S.A. e o estatuto social, se reúnem para discutir temas de interesse comum.

Nos termos do artigo 121 da LSA, a assembleia possui autoridade para deliberar sobre todos os negócios pertinentes ao objeto da empresa e tomar decisões que considerar adequadas para sua proteção e crescimento. Trata-se de um órgão deliberativo, pois a formação de suas decisões ocorre, necessariamente, por meio da assembleia de seus membros, com as deliberações sendo tomadas pela votação majoritária dos acionistas. Existem dois tipos de assembleias gerais: ordinárias e extraordinárias.

Dentre os diversos exemplos de decisões que uma assembleia pode tomar, temos: a possibilidade de deliberar sobre as contas da administração; eleger e destituir membros do conselho de administração; deliberar sobre distribuição de dividendos, entre outras decisões fundamentais. Em momento posterior será explicado o poder e efetividade do acionista controlador em meio a este órgão supremo deliberativo, porém, desde já, é importante ressaltar que é neste espaço que a administração de uma companhia será formada, administração que fará gestão e se responsabilizará pelas consequências desta gestão.

O conselho de administração é o órgão colegiado composto por membros eleitos pela assembleia geral (composto por no mínimo três membros, conforme artigo 140 da LSA).

Dentre diversas funções opcionais, o conselho de administração deve definir a orientação estratégica da empresa, eleger e destituir diretores e fiscalizar a gestão dos diretores. O conselho de administração, que é um órgão deliberativo e colegiado, é uma exigência apenas para as empresas de capital aberto, as sociedades de economia mista e aquelas com capital autorizado. Ao contrário do que acontece em diversos outros países, não há a obrigatoriedade de incluir trabalhadores em sua formação, sendo permitida apenas a participação de representantes dos acionistas, sejam eles controladores ou minoritários.

A diretoria é, em resumo, o órgão responsável pela administração cotidiana da sociedade. É o órgão exclusivo de representação (inclusive jurídica) da empresa, conforme estipulado no estatuto social. Trata-se de órgão executivo e permanente, sendo obrigatória a existência de, pelo menos, um diretor, eleito pela assembleia geral ou pelo conselho de administração, se for o caso. Ambos os órgãos apresentados, o conselho de administração e a diretoria, estão previstos no artigo 138 da Lei das S.A.

Além dos três órgãos destacados como os principais para a organização societária das companhias anônimas, vale mencionar que o artigo 161 da LSA apresenta a possibilidade de instalação de um conselho fiscal, órgão de fiscalização independente. Pode ser permanente ou instaurado em assembleias gerais extraordinárias e tem como função fiscalizar as atividades da administração e emitir pareceres sobre as demonstrações financeiras. Desde sempre conselho fiscal tem sido alvo de críticas pela doutrina societária, pois é reiterado que este órgão teria uma falta de ferramentas adequadas para desempenhar suas funções de forma satisfatória, além de estar sob influência da figura do acionista controlador (que elege a maioria de seus integrantes) e por, ocasionalmente, agir como um meio de pressão por parte de acionistas minoritários, que buscam forçar o controlador a comprar suas ações.

Eizirik estabelece que os administradores têm o poder-dever de administrar, isto é, de praticar todos os atos, seja na esfera deliberativa superior, de planejamento e orientação dos negócios sociais, de competência do conselho de administração, seja na esfera executiva, de gestão ordinária. Assim, administrar, no direito societário, importa na prática de todos os atos necessários à realização do objeto social, com finalidade lucrativa, ou seja, visando ao interesse social.⁵

⁵ EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Vol. II – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 258-259.

Os órgãos de uma empresa possuem responsabilidades legais, enquanto os seus membros - tanto os do conselho de administração quanto os da diretoria - têm obrigações a cumprir ao desempenharem suas atividades. Dessa forma, a Lei das S.A. estabelece um conjunto de responsabilidades que recaem sobre os administradores, cuja violação pode configurar em responsabilidade pessoal.⁶

Com o aumento da complexidade das empresas, que muitas vezes operam em escala global, tornou-se necessário desenvolver e aplicar um modelo de gestão que seja mais especializado e segmentado. Portanto, no cenário atual, é comum que as empresas optem por uma administração cada vez mais descentralizada, distribuída em diferentes níveis organizacionais, onde cada um é encarregado de uma função específica dentro da companhia, com sua própria responsabilidade delegada. Assim, a responsabilidade dos administradores deve ser avaliada de forma concreta, levando em consideração suas reais atribuições e o papel que desempenham na gestão e condução dos negócios sociais.

É possível observar a estrutura complexa e diversificada de uma companhia como a sociedade anônima, que além dos três órgãos apresentados, pode instituir outras divisões de trabalho, estruturando a sociedade de forma descentralizada e delegando todas as responsabilidades para cada eixo. Conforme Heloísa Estellita fundamenta, a organização descentralizada, a divisão funcional e de trabalho geram a difusão da responsabilidade, inclusive podendo configurar, paradoxalmente, uma irresponsabilidade organizada, pois, para questões de responsabilidade penal, não se consegue identificar o autor da conduta incriminada, mas apenas meros instigadores.⁷

2.2: O acionista controlador

O controle, de forma introdutória, é o poder de determinar as deliberações da assembleia geral, órgão máximo de deliberação, de última instância decisória, conforme já explicado. Logo, o acionista controlador é definido como (ou sociedade controladora, em

⁶ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. v. 3, 4^a edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 349-350.

⁷ ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 47.

casos de participação societária de uma pessoa jurídica, configuração irrelevante para o presente estudo) como o titular de direitos de sócio que lhe assegure, de maneira permanente, a maioria dos votos na assembleia geral e, por consequência, o poder de eleger a maioria dos administradores.

Entretanto, a legislação das sociedades anônimas reconhece o poder de controle acionário, não baseado apenas na posse da maior parte do capital votante, mas sim no exercício efetivo da deliberação das atividades da empresa. De acordo com o caput do artigo 116 da Lei das S.A., a definição de acionista controlador exige o cumprimento simultâneo de três requisitos listados nas alíneas “a” e “b”: (i) possuir a maioria dos votos nas decisões da assembleia geral; (ii) ter a autoridade para eleger a maior parte dos administradores da companhia; e (iii) utilizar efetivamente o poder de controle para gerenciar as atividades da empresa e direcionar o funcionamento de seus órgãos⁸.

Para termos de responsabilidade civil, em princípio, a responsabilidade do controlador é igual à dos outros acionistas, não subsidiária. Destaque-se que a lei lhe atribui deveres de lealdade para com os outros acionistas, os trabalhadores e, inclusive, para com a comunidade em que atua. inclusive, o abuso decorre do desvio de finalidade de seus atos.

O legislador decidiu não estabelecer um percentual mínimo de ações votantes necessário para definir quem é o acionista controlador. Dessa forma, é preciso analisar cada caso individualmente para identificar quem realmente detém o controle acionário. O controle de uma sociedade anônima se configura como um poder de fato, e não um poder jurídico, já que não existe uma norma que o garanta. O acionista controlador não é considerado um agente ativo desse poder; ele o detém enquanto for proprietário de ações com um número suficiente de votos para conseguir a maioria nas deliberações em assembleias e a definição do poder de controle está condicionada à prática efetiva desse poder⁹.

Portanto, como Eizirik afirma, não será considerado acionista controlador, para fins da Lei das S.A., aquele que, mesmo tendo em mãos uma quantidade de ações que

⁸ EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Vol. II – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 255-256.

⁹ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. “Cessão de Quotas de ‘Holding’ de Companhia Aberta”. In: Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (Coord.). A Lei das S.A.: (pressupostos, elaboração, aplicação). v. II, 2^a edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 620.

teoricamente lhe garante a maioria dos votos na assembleia geral, não utiliza de fato esse poder para impor sua vontade na condução dos negócios da empresa e na escolha da maioria dos administradores¹⁰.

Dentre as teorias de modalidades de controle societário, a doutrina brasileira consolida apenas três: (i) controle totalitário; (ii) controle majoritário; e (iii) controle minoritário. Entretanto, primeiramente, os estudos e conclusões que estruturam o poder de controle no contexto de empresa moderna foram abordados na obra dos economistas Berle e Means, “*The modern corporation and private property*”¹¹, na qual foram identificados cinco tipos de poder de controle possíveis em uma sociedade: controle fundado na posse da quase totalidade de ações da companhia, o controle fundado apenas na maioria das ações, o controle obtido por meio de expedientes legais (configurado como um controle externo), o controle minoritário (metade menos uma da totalidade das ações e o controle administrativo (exercido pelo conselho de administração e pela diretoria, no geral).

Ocorre que, Comparato e Salomão Filho, doutrinadores de direito societário brasileiro, reduziram estas espécies a quatro: o controle totalitário, o controle majoritário, minoritário e o controle gerencial, além de dividi-los em categorias de controle interno e externo. O controle interno tem relação direta com a propriedade de participação societária, enquanto o controle externo seria uma influência externa relevante, exercida de forma diferente do voto em assembleia geral ou qualquer órgão societário apresentado¹².

O controle por meio de expedientes legais, além de externo à empresa, pois costuma ser expresso por meio de contratos entre a companhia e terceiros que reduzem significativamente sua independência de atuação (contratos de “*franchising*”, de “*know how*” e até a dependência com credores podem configurar este controle exercido por terceiros estranhos ao capital social), também são classificados como uma espécie de controle empresarial, visto que não se trata de uma manifestação do poder societário, mas refere-se puramente à dominação da empresa. Logo, são tipos de poderes formalmente distintos, sendo que o que nos importa são os formatos de controle societário, por serem formatos privativos

¹⁰ EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Vol. II – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 258-259.

¹¹ DINIZ, Thales Janguiê Silva. “A Relação de Poder e as Ações de Responsabilidade do Controlador nas Sociedades Anônimas”. Amazônia, Organizações e Sustentabilidade. 2021, p. 10.

¹² DINIZ, Thales Janguiê Silva. “A Relação de Poder e as Ações de Responsabilidade do Controlador nas Sociedades Anônimas”. Amazônia, Organizações e Sustentabilidade. 2021, p. 10.

dos acionistas e abarcados pelas definições de acionista controlador no artigo 116 da Lei das S.A.

A respeito dos tipos de poder de controle societário, restam três: o controle totalitário, o controle majoritário e o minoritário. O controle totalitário pode ser definido como o controle exercido por um acionista ou grupo de acionista que detém toda a participação no capital social da companhia, detentores de todas as ações emitidas, independente de espécie ou classe. Em um contexto de sociedade anônima, tal configuração pode ser possível em uma sociedade unipessoal, em uma sociedade subsidiária integral permanente, conforme artigo 251 da Lei das S.A.

Além deste tipo, os formatos de exercício de poder de controle majoritário e minoritário são os mais comuns nas companhias. No controle majoritário, o poder é exercido através de um acionista que é titular de, no mínimo, metade mais uma (51%) das ações com direito a voto até a totalidade dessas ações, menos uma (99%). No caso da titularidade de 99% das ações, o controlador fica vetado de votar em certas matérias por lei, como no caso de deliberação em assembleia geral que tenha como pauta a aprovação de laudo de avaliação de bens a serem integralizados em capital social, conforme artigo 115, parágrafo primeiro da Lei 6.404/1976.

Em contraponto, o controle minoritário é exercido através do acionista que possui pelo menos da metade das ações menos uma, com direito a voto (49%). Neste caso, o exercício de poder sob a companhia ocorre uma vez que nenhum outro acionista ou grupo está organizado ou possui maior quantidade de ações com direito de voto. A Lei das S.A. não impõe um percentual mínimo de ações para estabelecer o controle acionário, o que sugere, de forma implícita, a aceitação do controle por minoritários.

Além desses tipos estabelecidos por Comparato e Salomão Filho, Eizirik também estabelece o poder de controle compartilhado, exercido por diversas pessoas (jurídicas ou físicas) em conjunto, geralmente fundamentado através de um acordo de acionistas, que assumem o compromisso de votar de forma unida nas questões relacionadas ao exercício do poder de controle. Mesmo que nenhum dos signatários possua, individualmente, a maioria das ações com direito a voto, a soma de suas ações garante o controle acionário, por meio do que se conhece como “bloco de controle”. Os acordos de acionistas são classificados como

“acordo de voto em bloco” quando seus membros criam um “órgão” deliberativo interno, chamado “reunião prévia”, onde as decisões são tomadas por maioria absoluta entre os participantes e obrigam a todos eles (artigo 118, parágrafos 8º e 9º da Lei das S.A.).

No geral, é comum a confusão entre os tipos de controle minoritário e o controle compartilhado, porém Eizirik fundamenta que o controle compartilhado vai além de um simples acordo de acionistas, demandando que fique claro que o grupo controlador abriu mão de seu poder de determinar, isoladamente, as decisões da assembleia geral e de eleger a maioria dos administradores¹³. Já o controle minoritário trataria especificamente do acionista com metade menos uma das ações votantes que consegue exercer o poder de controle, em uma situação em que não há nenhum outro acionista ou grupo com volume de ações relevantes para impugnar este acionista.

Observando a lógica estabelecida na legislação societária, é possível concluir que para questões omissivas, um diferencial entre a administração e o acionista controlador é que os administradores são eleitos e empossados, exercendo suas funções por períodos limitados, respondendo a obrigações e responsabilidades estabelecidas em lei, ao mesmo tempo em que o acionista controlador assume sua posição por vontade e intenção de exercer os poderes que decorrem de sua condição de acionista. Portanto, o acionista controlador assume um dever ativo ou até um dever de agir.

Uma das grandes dificuldades deste contexto é que o controlador não possui previsão legislativa explícita que estabeleça suas atribuições e competências, dificultando qualquer discussão sobre responsabilidade. Em parâmetros de responsabilidade civil, a imputação do legislador é muito clara de um dever ativo para que se configure um acionista controlador, possibilitando que sua conduta omissiva possa caracterizar abuso de poder¹⁴. O artigo 117 da Lei das S.A. apresenta em seu parágrafo primeiro um rol não taxativo de práticas que poderiam gerar exercício abusivo de controle, entretanto, são práticas comissivas.

Em contraponto, Laura Amaral Patella afirma que a alínea ‘g’ do artigo 117 da legislação societária apresenta claramente uma omissão, dado que trata do ato de deixar de

¹³ EIZIRIK, Nelson. Temas de Direito Societário. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 234.

¹⁴ EIZIRIK, Nelson; GALL, Ariadna; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais: regime jurídico. 4 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 339.

apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. Ainda que seja difícil caracterizar precisamente quando este ato pode ocorrer, tal ato claramente trata de uma demanda sob um dever de agir

Em síntese, o fato do acionista controlador possuir poucas limitações e previsões legislativas e ser a pessoa responsável por destituir e nomear os membros do conselho de administração e da diretoria (gerando uma administração influenciada e facilmente orientada pelo controlador) é o que pode fundamentar uma posição de garantidor, estabelecendo um dever de agir sob o risco que é a companhia. A amplitude de poderes é tão reconhecida pela legislação societária que existem mecanismos de responsabilização civil do controlador que exerce abusivamente seu poder, conforme apresentado. Neste caso, o acionista pode responder junto à administração por práticas abusivas, aproximando este dos atos de representação e gestão de uma companhia, gerando uma possível posição de controle sobre a fonte de perigo “empresa”¹⁵.

¹⁵ SIQUEIRA, Joana. Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 56-57.

Responsabilidade penal omissiva imprópria

3.1: Os crimes de omissão imprópria

A doutrina e legislação penal propõe a diferenciação entre a ação e a omissão de ação, sendo que, dentro do cenário de omissão, há duas configurações: a omissão própria e a omissão imprópria, fundada no dever jurídico especial de agir, atribuível exclusivamente a pessoas definíveis como garantidores de determinados bens jurídicos em situação de perigo¹⁶. A ação e omissão seriam conceitos contraditórios, com a ação a atividade de uma prática proibida enquanto seu oposto se resumiria na omissão de prática recomendada. Engisch define a ação como emprego de energia em determinada direção e omissão de ação como não emprego de energia em determinada direção¹⁷.

Logo, conforme Juarez Cirino dos Santos aponta, a conclusão que se pode gerar a partir dos conceitos apresentados é que omitir uma ação não significa não fazer nada, mas não fazer algo determinado pelo direito. Nesse contexto, para fortalecer a diferenciação entre ação e omissão foram consolidados três critérios: em parâmetros de causalidade, há ação caso ocorra determinação causal do resultado, enquanto há omissão de ação se um juízo de valor indica que alguém deveria ter agido¹⁸; para o critério de risco há ação se houve elevação ou criação de risco para o bem jurídico e na omissão de ação, não há criação ou elevação direta desse risco¹⁹; por fim, o critério do dolo nos casos de ação se configura quando há uma atividade dirigida contra a vítima e na omissão de ação se não há intervenção no procedimento causador independente, que cria o perigo à vítima²⁰.

A partir dos conceitos apresentados, é possível dividir a omissão entre própria e imprópria. Dentro do cenário em que a norma penal estabelece a criminalização na falta de ação protetora do bem jurídico, a omissão própria trata de ordem expressa normativa

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 223.

¹⁷ ENGISCH, Karl. Tun and Unterlassen, Festschrift fur Gallus, 1973, p. 170; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, 1996, § 58, II, 1, p. 601.

¹⁸ HAFT, Strafrecht, 1994, p. 167-169; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts, 1996, §58, II, 2, p. 603; ROXIN, Claus. Strafrecht, 2006, §31, n. 1, p. 627. TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos, 1996, n. 14, p. 44-46.

¹⁹ OTTO, Harro. Grundkurs Strafrecht, 1996, §9, I2, n. 2, p. 144-145; ROXIN, Claus. Strafrecht, 2006, §31, n. 1, p. 627; TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos, 1996, n. 18, p. 57-59.

²⁰ ROXIN, Claus. Strafecht, 2006,§31, n. 1, p. 627.

determinando tal prática protetiva dos bens jurídicos, sendo um dos maiores exemplos o artigo 135 do Código Penal. Enquanto na omissão imprópria, ordem penal de proteção estaria implícita nos tradicionais tipos penais de resultado. O que a doutrina procura consolidar é que o critério distintivos dos dois conceitos estaria na posição de garantidor (na omissão própria, qualquer um serve este papel, por ser expresso em lei), fundamento importante da omissão imprópria, pois somente pode ser atribuída ao garantidor²¹.

Em linhas gerais, segundo Juarez Cirino dos Santos, a omissão de ação imprópria corresponde aos tipos de resultado e tem por fundamento a posição de garantidor do bem jurídico que deve ser atribuído a indivíduos em específico, fixando um dever especial de agir cuja lesão implica em responsabilidade penal pelo resultado, como se tivesse sido praticado por ação.

É importante destacar que existem diversas críticas acerca desta modalidade de punição. Parte da doutrina reivindica inclusive, a constitucionalidade dos crimes de omissão imprópria por violar o princípio da legalidade através da ausência de determinação dos tipos legais, configurando diversas dúvidas acerca da extensão da responsabilidade penal do garantidor e do ambiente extremamente incerto de definição da hipotética relação de causalidade da omissão imprópria. Em resumo, conforme coloca Juarez Cirino dos Santos, não se sabe o que, nem quando criminalizar fundado na omissão de ação imprópria.

Com as críticas geradas a partir da causalidade hipotética, a teoria da condição regular é bastante utilizada para fundamentar a omissão imprópria com mais qualidade, onde a não realização da ação excludente do resultado constituiria a ligação legal com o resultado, equivalente à causa do resultado²².

Do ponto de vista legislativo, o Código Penal traz disposições sobre os crimes omissivos próprios, assim como a omissão imprópria, conforme estabelece o artigo 13, §2º. Esse dispositivo promove uma equiparação entre ação e omissão em certos casos. Em outras palavras, tanto o ato de agir quanto o de não agir podem ser considerados condutas típicas.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 226.

²² ROXIN, Claus. Strafrecht. 2003, v. II, §31, V, n. 37-43.

Contudo, vale ressaltar que os requisitos para a punição em ambas as modalidades são distintos.

Em termos de estrutura dos tipos de omissão de ação, Juarez Cirino dos Santos divide entre os tipos objetivos comuns da omissão de ação própria e imprópria (situação de perigo para o bem jurídico, poder concreto de agir e omissão da ação mandada) e os tipos objetivos específicos da ação omissiva imprópria (resultado típico e posição de garantidor do bem jurídico). O tipo subjetivo de ação na omissão imprópria é configurado pelo dolo e pela imprudência.

A respeito da situação de perigo para o bem jurídico (situação essencial para a análise do dever de agir), esta se encontra implícita no resultado descrito no tipo legal, ou seja, é definida a partir do resultado da lesão do bem jurídico em questão. Sobre o poder concreto de agir, definida pela natureza da ação e condições pessoais do autor, expressa legislativamente através do artigo 13, §2º do Código Penal²³. A omissão da ação mandada corresponde ao descumprimento do dever jurídico de agir.

Por fim, Santos adiciona que o tipo objetivo da omissão de ação imprópria exige dois elementos além dos apresentados: o resultado típico (é necessária a produção do resultado típico como consequência causal da omissão) e a posição de garantidor, condição ainda a ser tratada com profundidade, visto que é um dos elementos mais debatidos para a configuração de qualquer responsabilização. Dentro do contexto da tipicidade subjetiva, há a possibilidade a culpa (sempre que prevista) e o dolo. Contudo, é importante ressaltar que esta pesquisa não abordará questões relativas ao elemento subjetivo.

Neste contexto de fundamentação dos crimes por omissão imprópria, Bitencourt estabelece três pressupostos: poder de agir, evitabilidade do resultado e dever de impedir o resultado²⁴. Mesmo no caso da omissão, o poder de agir é essencial para que a pessoa tenha de fato a possibilidade física de agir, portanto, apenas ter o dever de agir não é suficiente. É

²³ Art. 13, parágrafo 2º do Código Penal Brasileiro: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.”

²⁴ BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. 30th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.304. ISBN 9786553629325. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629325/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

crucial que, além desse dever, exista também a possibilidade de agir fisicamente, mesmo que isso envolva um certo risco pessoal.

No entanto, mesmo que a pessoa que omitiu tivesse a chance de agir, ao fazermos um juízo hipotético de exclusão e considerando que a conduta adequada foi efetivamente realizada, é necessário analisar se o resultado teria ocorrido ou não (evitabilidade do resultado). Se a execução da conduta apropriada impede o resultado, então a omissão é considerada a causa desse resultado. Por outro lado, se a realização da conduta devida não fosse capaz de evitar a ocorrência do resultado, que se manifestasse independentemente da ação do agente, é preciso concluir que a omissão não foi a “causa” desse resultado.

Agora, conforme é explicado por Bitencourt, mesmo que o agente tivesse a capacidade de agir e que a consequência deixasse de existir caso ele tivesse agido, não se pode atribuir a responsabilidade pelo resultado àquele que optou por não agir. Para isso, é necessário que exista uma terceira condição: o sujeito deve ter a obrigação de evitar que o resultado ocorra, ou seja, um dever especial de impedir a sua concretização, o que significa que ele seria responsável por evitar que isso acontecesse. Até a promulgação do nosso Código Penal de 1940, não havia uma norma legal clara que tratasse desse aspecto²⁵.

Com a Reforma Penal de 1984, que fez parte da nova organização jurídica, seguindo a doutrina tradicional, a figura do garantidor foi regulada. Assim, o dever de agir para prevenir o resultado é atribuído a quem: a) possui uma obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; b) de qualquer forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado; c) a partir de comportamentos anteriores, gerou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, parágrafo 2º do Código Penal Brasileiro).

Em resumo, consolidando o que já foi exposto, a omissão não passa de uma das formas mais relevantes da conduta humana no contexto do direito penal. O ato de omitir, basicamente, significa deixar de realizar uma ação que deveria ser efetuada; no contexto jurídico-penal, refere-se a não cumprir a ação exigida pela norma²⁶. No direito penal, faz-se

²⁵ BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. 30th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.304. ISBN 9786553629325. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629325/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

²⁶ BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. 30th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9786553629325. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629325/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

uma distinção entre crimes omissivos próprios, que envolvem um dever genérico de agir, aplicável a todos que se deparam com uma situação onde a norma penal claramente exige a realização de uma ação, como ocorre no crime de omissão de socorro (art. 135 do CPB), e os crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, nos quais o dever de agir recai sobre aqueles que ocupam a posição de garantidor, o que lhes impõe a responsabilidade de agir para prevenir a ocorrência de um resultado específico (art. 13, §2º do CPB).

Para a figuração típica, é necessário um dos elementos mais debatidos neste âmbito: a posição de garante. Conforme a primeira parte do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal, “a omissão adquire relevância penal quando a pessoa que omite tinha a obrigação e a capacidade de agir para prevenir o resultado”. E em continuidade, o legislador definiu quem possui essa obrigação de agir, ressaltando que “é sempre um dever que decorre da norma jurídica. Obrigações meramente religiosas, morais ou de cunho ético pessoal não são levadas em consideração”. Refere-se, portanto, a indivíduos que possuem uma relação específica de proteção em relação ao bem juridicamente protegido, sendo designados como garantes.

É possível identificar duas categorias de garantidores com base em suas funções, ou seja, conforme o papel que desempenham. De um lado, existem os garantidores cuja tarefa é proteger o bem jurídico, defendendo-o de toda e qualquer ameaça, sem levar em conta, como esclarece Heloisa Estellita, ações anteriores que possam ter interferido na integridade desse bem²⁷. Por outro lado, há garantidores cuja função é a vigilância sobre fontes específicas de risco, os quais, portanto, “têm o dever de garantir que essa fonte permaneça dentro dos limites aceitáveis e, caso ultrapassados, agir no intuito de prevenir danos aos bens jurídicos de terceiros que estejam sob risco”²⁸. A distinção entre os que garantem proteção e os que exercem vigilância visa fundamentar a posição do garantidor com base em aspectos materiais, evitando uma análise que se restrinja a um enfoque meramente formal²⁹.

Ainda dentro do parágrafo 2º do artigo 13 o Código Penal Brasileiro, encontramos três hipóteses (a quem incumbe o dever de agir) expressas em alíneas:

²⁷ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 95.

²⁸ Op. cit.

²⁹ GRECO, Luís. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 110.

“§ 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.”

A alínea “a” deste dispositivo estabelece a hipótese do indivíduo no qual o seu dever de evitar a ocorrência do resultado esteja previsto em lei, através de uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. A situação mais tradicional é a da relação de pais e filhos, que respondem pelo resultado do crime em virtude da omissão. No art. 13, parágrafo 2º, alínea “b”, temos a típica hipótese do dever contratual. Ambas as alíneas poderiam estabelecer responsabilização através de normativas extrapenais, tratando de previsões fora das leis penais. Um exemplo seriam os deveres do acionista controlador, estabelecidos no artigo 117 da Lei das S.A., já expostos nesta pesquisa, que, em caso de rompimento com alguma das previsões pode ensejar em uma ação de responsabilização civil, inclusive por ato omissivo.

Entretanto, conforme alerta Roxin, a função de garante não se origina apenas da presença dessas normas, mas sim do afastamento da teoria formal do dever jurídico. Assim como não se pode sustentar uma violação objetiva do dever pela mera causalidade, também não se consegue justificar isso com base em uma infração legal anterior³⁰. Ademais, tal leitura esbarraria o princípio da legalidade (segundo o qual a infração deve ser expressa em lei), fere a ideia de ultima ratio do direito penal, pois os outros ramos do direito devem estabelecer suas obrigações e consequências e fere a hipótese de ingerência, a ser fundamentada na alínea “c” do art. 13, parágrafo 2º do CPB³¹. Portanto, a fundamentação da posição de garante e seu respectivo dever não parte de uma relação contratual ou até legislativa extrapenal, mas a partir da assunção fática de uma função de proteção material que surge, no contexto empresarial, da confiança de que o indivíduo deve assumir o risco que é a empresa por si só.

Por fim, há a hipótese da ingerência, que diz respeito a quem, através de suas condutas anteriores, provocou o risco de que um resultado ocorresse (art. 13, § 2º, c). Esse

³⁰ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. Revista Liberdades, São Paulo, n. 14, p. 61-92, set. 2013.

³¹ SIQUEIRA, Joana. Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores . São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 79.

risco pode ser gerado tanto por uma ação quanto por uma inação anterior. Essas são as modalidades previstas na posição de garante construídas nas alíneas do dispositivo citado.

Consolidando a estruturação de um crime por omissão imprópria, ainda há a necessidade da configuração típica do resultado, ou seja, uma circunstância que demande a atuação do garantidor. Nos crimes de omissão imprópria, essa circunstância reside no risco da materialização do resultado, ou seja, um momento em que o resultado se torna uma ameaça iminente, mas que ainda pode ser evitado através de uma ação. É essa situação que institui o dever específico de agir por parte do garantidor³². Em seguida, deve ocorrer a necessidade da não realização da ação demandada, apesar da capacidade de efetivá-la. É importante destacar que, para a realização da ação demandada para evitar o resultado típico, o garante precisa ter a capacidade físico-real para executar a ordem estabelecida, isto é, deve ser capaz de intervir na situação específica e prevenir o resultado que lhe é atribuído. Finalizando os elementos essenciais para estruturação de um crime de omissão imprópria, a imputação do resultado deve depender da omissão da ação demandada.

Bitencourt destaca: “A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela sua causação. E esse não impedimento é erigido pelo Direito à condição de causa, isto é, como se fosse a causa real”³³. No geral, é preciso indagar se a prática da ação demandada de fato evitaria o resultado, ou se este ocorreria de qualquer maneira. Caso ocorresse de qualquer maneira, o princípio *in dubio pro reo* facilmente impediria a atribuição de qualquer resultado, e se ficar demonstrado que a adoção da ação adequada não teria efeito na prevenção do resultado, este não poderá ser atribuído àquele que deixou de agir.

3.2: A posição de garantidor na administração das empresas

A estrutura normativa da responsabilidade penal se baseia em um indivíduo que realiza uma conduta que é vedada por uma norma penal e que poderia ter sido evitada. Assim, trata-se de um agente individual, que se considera responsável, que realiza diretamente a ação

³²ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 95.

³³ BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. 30th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024, p. 338. E-book. ISBN 9786553629325. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629325/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

ilícita, possuindo as informações necessárias sobre os elementos da figura típica e, portanto, está ciente dos riscos que gera. Resumidamente, essa responsabilidade se concentra na combinação, na pessoa do agente, de informação, poder decisional e ações concretas. Além disso, esse agente deve ser capaz de entender e se motivar conforme a norma penal, sendo que, em uma situação específica, espera-se que ele aja de maneira diversa³⁴.

Assim como já exposto, a estruturação da responsabilização penal se torna complexa, desafiadora e até controvertida em casos de imputação de crimes omissivos impróprios à dirigentes de empresa, tanto que essa dimensão do problema da imputação da responsabilidade penal na empresa está qualificada pela doutrina especializada como “verdadeiramente importante do ponto de vista político-criminal e realmente complicada na perspectiva dogmática”³⁵.

Nesse contexto, o propósito deste capítulo é esmiuçar os fundamentos da posição de garante estruturados pela doutrina penalista.

Em primeiro lugar, uma interpretação comumente empregada pela doutrina para justificar o papel de garante do empresário é a presença de obrigações jurídicas específicas previstas na legislação extrapenal, que os gestores devem seguir em suas atividades, como as previsões dispostas na Lei das S.A. sobre os acionistas controladores e seus deveres. Contudo, como alerta Roxin, a posição de garante não decorre apenas da existência dessas normas, mas sim da superação da teoria formal do dever jurídico³⁶. Assim como não se pode fundamentar uma infração objetiva do dever apenas na causalidade, não se pode fazê-lo a partir de uma infração legal anterior³⁷.

Descartada tal leitura, a posição de garante pode ser fundamentada através da consequência de algum tipo de dever de proteção. A discussão sobre a figura do garante-protetor é abordada na doutrina em contextos de responsabilidade dos empregados,

³⁴ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 37 e 38.

³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa: parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 493.

³⁶ ROXIN, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat). München: C.H.Beck, 2003, §32/10, p. 714.

³⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. Revista Liberdades, São Paulo, n. 14, p. 61-92, set. 2013.

pois eles têm essa responsabilidade devido à sua função de proteger certos bens jurídicos. Entretanto, em meio a um cenário de uma empresa com diversos departamentos e delegações, a centralidade da imagem do garante-protetor não consegue ser tão concisa e monopolizada, tornando a tese incompatível com o contexto que se pretende ser pesquisado.

Dado que o dever de proteção não apresenta tanta compatibilidade com o cenário empresarial complexo e compartmentalizado, a posição de garante como consequência de um dever de vigilância é uma das formas de responsabilização mais fundamentadas pela literatura especializada, seja com base no comportamento anterior, na responsabilidade sobre as fontes de perigo próprias da empresa, com base na ideia da competência organizacional ou na ideia do “domínio” ou “controle do domínio”.

Com relação ao fundamento da ingerência, é consolidado que a posição de garante pode resultar de um comportamento prévio contrário ao dever que insere o bem jurídico em uma situação de perigo³⁸, porém, a dificuldade se concentraria na construção do momento de infração do dever, visto que não é suficiente a mera desaprovação jurídica do resultado que colocou o bem jurídico em perigo, mas sim de um comportamento injusto.

Demetrio Crespo destaca a adoção desta abordagem nas situações de responsabilidade penal relacionada ao produto, ganhando destaque na polêmica decisão do BGH (Tribunal Federal Alemão) a respeito do *spray* para couro. Isso se deve ao fato de que não se pode afirmar que exista um risco indevido quando a fabricação e a distribuição de produtos ocorrem com a devida diligência. Ademais, a causalidade não se mostra como um critério determinante, conforme evidenciado quando a pessoa que tem a responsabilidade de prevenir o dano começou a exercer suas funções após a entrega das mercadorias.

No entanto, a STS (Supremo Tribunal da Espanha) no caso colza mostrou-se mais respeitosa em comparação à do BGH, no que diz respeito ao critério limitativo que considera que a atuação anterior que fundamenta o dever de garantir deve, ao menos, superar o nível de risco permitido. É destacado que, nesse sentido, existe um consenso amplamente aceito na doutrina de que os deveres de segurança relativos ao parâmetros determinados no âmbito do direito civil não podem ser transferidos para o direito penal, sem que se considere, de forma

³⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. Revista Liberdades, São Paulo, n. 14, p. 61-92, set. 2013.

geral, conveniente abrir mão completamente do critério da violação ao Direito no contexto da ingerência. Na sentença, a questão a ser analisada é se, nas situações de responsabilidade por produtos, além da mera exposição objetiva ao risco, há algum elemento adicional que justifique a aceitação do dever de garantia.

Ao final de sua reflexão, Demetrio Crespo apresenta uma questão fundamental discutida por Jakobs: se para fundamentar deveres de salvamento é preciso um ato expresso ou conclusivo de assunção, como no caso do contrato, ou se, pelo contrário, o Direito pode supri-lo por uma conduta precedente de características ainda não determinadas. A conclusão apontada é que, dentro do contexto da competência de definir seu próprio espaço e limite organizacional, a vulnerabilidade à segurança também se manifesta nas situações de ingerência por assunção. Assim, em ambas as circunstâncias, a organização que representa risco gera o dever de salvamento.

Outra posição que tem sido desenvolvida é a que se extrai de um comportamento prévio permitido uma posição de garantidor ao empresário que não precisa ter infringido algum dever, mas que assume que o comportamento permitido (a atividade empresarial) aumenta ou qualifica o risco. Freund adverte: “Quem pratica atividades qualificadamente arriscadas, que são por assim dizer exercidas com maior ou menor reserva, expressa ou tacitamente, nos casos de necessidade de atuar para evitar um perigo, deve fazê-lo – se quiser praticar a referida atividade – em virtude de uma responsabilidade especial”³⁹.

Nesse contexto, os riscos especiais surgem da imputação de esferas de risco, sendo possível o dever de salvamento como mera consequência da responsabilidade das coisas e atividades empresariais. Em sua pesquisa, Demetrio Crespo adiciona que, embora a proposta de estabelecer um risco especial possa justificar a atribuição de uma responsabilidade específica de maneira convincente, ainda assim, surgem questionamentos relevantes quanto à designação de uma posição de garante exclusivamente para o produtor. É ressaltado que a noção de “comportamento que aumenta o risco” é excessivamente vaga para ser aplicada como um parâmetro adequado na definição de uma posição de garante, principalmente se se abrir mão da compreensão do perigo no instante da entrega.

³⁹ FREUND, Georg. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre. Berlin-Heidelberg: Springer, 1998, §6/69, p. 200.

No que diz respeito à função de garantidor diante da desestabilização de um risco preexistente, existem correntes na doutrina que afirmam que a própria empresa pode ser vista como uma fonte de risco que necessita de monitoramento por parte do empresário. Isso se deve ao fato de que, de maneira geral, as empresas configuram ambientes organizados de forma complexa, onde, podem surgir perigos para terceiros. Esses riscos não se originam apenas dos diversos equipamentos, máquinas ou materiais perigosos, mas também das variadas atividades desempenhadas por seus colaboradores. O fato de os perigos que ameaçam terceiros derivarem das operações de uma empresa específica, de um equipamento perigoso ou de condutas inadequadas, que desrespeitam o dever de cuidado ou que resultam de ações dolosas de seus empregados, não altera a análise da situação.

Em conclusão, é apropriado perceber a empresa como uma fonte de riscos que requer monitoramento por parte do proprietário. Isso a distingue de outras fontes de perigo mais complexas, que podem ser vistas como aptas a justificar uma posição de garantidor. No caso em questão, os riscos não costumam ser situações fixas, mas estão relacionados a ações que ocorrem dentro da organização do proprietário, em um contexto regulado de forma juridicamente elaborada. O fundamento para a responsabilidade do empresário não está na imputação de atos de terceiros, mas sim em seu controle sobre uma fonte de risco.

Analizando a posição de garante com base na responsabilidade sobre as fontes de perigo próprias da empresa, a grande dificuldade de atribuição de responsabilidade por omissão pelo comportamento de terceiros continua sendo um desafio. Em consonância com o que foi desenvolvido acerca das fontes de perigo ao gerir uma empresa, pretende-se destacar que a criação de uma empresa acarreta certos riscos, e que esses riscos, por sua vez, dão origem a uma maior responsabilidade.

A questão, portanto, é explicar qual seria o fundamento apropriado para essa fonte de perigo, onde pode-se considerar a própria empresa como um foco de perigo, como uma instituição destinada a obter rendimentos económicos ou a controlar riscos específicos (ameaças potenciais) particularmente resultantes dessas empresas.

Em sua revisão bibliográfica, Demetrio Crespo destaca que Heine sustenta que a responsabilidade se torna mais vinculada à liderança do consórcio na medida em que a fonte do perigo é menos identificável e mais ameaçadora, além de quando as decisões a serem

tomadas são significativas. Dessa forma, é necessário esclarecer como os órgãos de direção, que estão distantes dos eventos, podem agir para controlar essas ocorrências. Isso é relevante principalmente nas grandes empresas, que enfrentam riscos muitas vezes acumulados ao longo do tempo, os quais são geridos com estratégias de longo prazo. Esses riscos não podem ser completamente administrados por meio de delegação, supervisão e estrutura organizacional. Por esse motivo, como salienta Rotsch, não seria viável discutir a responsabilidade correspondente por omissão através desta fundamentação.

Em termos de fundamentação da posição de garante com base na ideia da competência organizacional, também temos a questão da responsabilização do indivíduo a partir de poderes delegados que podem configurar uma atuação ativa. Trata-se de obrigações que não derivam do status comum de qualquer cidadão, mas que impactam apenas aqueles que possuem uma condição especial, como os pais, cônjuges, beneficiários de uma confiança particular ou indivíduos ocupantes de cargos públicos.

A principal implicação para fins dogmáticos é que, conforme argumenta Jakobs⁴⁰, estamos diante do inverso dos crimes que consistem na violação de um dever, seguindo as mesmas diretrizes. Assim, devido a irrelevância do quantum organizativo, diminui-se a distinção entre autoria e participação com base nesse quantum. Além disso, qualquer indivíduo que possui uma obrigação especial está diretamente — ou seja, sem a necessidade de condição acessória — sujeito a esse dever, sendo considerado autor, desde que não lhe falte alguma outra qualificação que o habilite à autoria. A conclusão final é que, mais uma vez, não há diferença entre ação e omissão, pois, a distinção entre ação e omissão reside também em um status especial, caracterizando uma diferença que, no fim das contas, não possui relevância jurídica autêntica.

Em contraponto, García Cavero que seria preciso poder afirmar que o garante foi responsável pelo risco que se realiza no resultado, estima-se que “para determinar as competências penalmente relevantes do diretor de uma empresa, para efeito de fundamentar a equivalência normativa da omissão do garante com a realização ativa, devemos diferenciar as

⁴⁰JAKOBS, Günther. La competencia por organización en el delito omisivo. In: _____. Estudios de derecho penal. Trad. de E. Peñaranda Ramos. Madrid: Civitas, 1997. p. 362-363.

competências por organização (delitos de domínio) das competências institucionais (delitos de infração de um dever)⁴¹”.

De maneira estrita, Demetrio Crespo conclui que a responsabilização do diretor em comissão por sua omissão só é válida se se puder atribuir a ele a responsabilidade pela prevenção do resultado – no nosso contexto, o crime praticado pelo funcionário a seu cargo – e também se for plausível afirmar que ele possui controle sobre a fonte de perigo pela qual é responsável. Em suma, a competência organizacional se configura, na melhor das hipóteses, como um pré-requisito para um verdadeiro controle sobre a raiz do resultado, que, na realidade, é uma fonte de perigo concreta representada pelas ações do subordinado.

Ainda há a fundamentação da posição de garante com base na ideia do “domínio” ou “controle do domínio”. Em 1979, Schünemann argumentou que a função de garante dos órgãos da empresa poderia ser analisada sob duas perspectivas: a supervisão dos elementos e processos perigosos dentro do estabelecimento e a autoridade sobre os funcionários. Neste caso, a extensão da responsabilidade do empresário varia conforme a situação, pois o “domínio material” (que se refere a bens e procedimentos) se mantém de forma contínua diante do excesso, mas não em situações de descentralização. Por outro lado, o “domínio pessoal” (que se relaciona com a autoridade legal do empregador sobre os empregados) não se sustenta de maneira contínua em casos de excesso, mas, ao contrário, se reafirma diante da descentralização.

Arroyo Zapatero considera que é necessário determinar em que medida as lesões aos bens jurídicos, causadas diretamente por um subordinado, podem ser vistas como responsabilidade de quem não as causou materialmente. Além disso, analisa em que circunstâncias a omissão de alguém que não impede que outrem produza os resultados típicos pode ser equiparada à ação ativa desse último. A posição do autor se centra, de maneira precisa, na noção de domínio⁴².

⁴¹GARCÍA CAVERO, Percy. La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía. In: Alonso Álamo et al. (coord.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2005. p. 393.

⁴²ARROYO ZAPATERO, Luis. *La protección penal de la Seguridad en el Trabajo*. Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981, p. 160-161.

Em adição à discussão, Schünemann coloca que a pauta da equiparação do domínio sobre a causa do resultado pode absorver sem grandes dificuldades a responsabilidade dos administradores “concretamente pelo domínio da vigilância exercida com os meios de poder do agrupamento (direção e informação) sobre os membros subordinados da empresa e/ou em virtude da custódia sobre os objetos perigosos do patrimônio empresarial que são propriedade do agrupamento⁴³”.

Esse autor, mesmo com base em estudos anteriores críticos, argumenta que a decisão do Tribunal Supremo Federal da Alemanha (BGH) no caso do spray para couro, ao reconhecer a responsabilidade da empresa produtora em prevenir perigos à saúde que vieram a ser conhecidos posteriormente, não contraria a teoria do domínio. Contudo, ele critica o BGH por fundamentar sua decisão na ingerência, uma abordagem que pode parecer tentadora ao considerar a ação anterior de disponibilização do spray, mas que acaba eliminando as limitações impostas em sentenças anteriores. Isso resulta em uma interpretação excessiva dos deveres de prevenção de danos, ignorando a estrutura de divisão do trabalho na empresa moderna.

Segundo a visão de Schünemann, a solução adequada envolveria o critério de domínio pelo desamparo parcial da vítima, entendendo isso como uma subcategoria de posição de garante por assunção. No caso do spray destinado ao couro, que se tratava de um produto de marca, a decisão do BGH foi considerada correta, uma vez que acarreta um tipo de “compromisso” explícito ou implícito em relação a esse nível de precaução, algo que os consumidores normalmente esperam. Em anotações recentes, o autor discute o “domínio sobre o fundamento do resultado” como uma base lógico-objetiva compartilhada para todas as modalidades de autoria, incluindo a atuação em nome de outra pessoa.

Em 1971, em sua análise a respeito dos crimes de omissão imprópria, utilizando o exemplo de casos envolvendo babás e criticando a teoria formal do dever jurídico, o autor concluiu que a justificativa essencial para equiparar a omissão ao ato ativo não reside na violação de um dever especial extrapenal, mas na noção de assunção da custódia. Essa assunção estabelece uma relação de domínio sobre o fato, refletindo um controle sobre a situação de vulnerabilidade do bem jurídico. De maneira semelhante, nos casos em que há

⁴³SCHÜNEMANN, Bernd. Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen: Otto Schwartz & co, 1971, p. 30-31.

uma posição de garante por ingerência, não se trata apenas de uma responsabilidade penal por mera causalidade, mas sim de um tipo de domínio sobre o fato que se traduz em controle sobre uma fonte de risco.

Esse raciocínio leva à conclusão de que “nos delitos impróprios de omissão se trata, na realidade, também de uma forma de domínio, isto é [...], de um domínio sobre o fundamento do resultado, consistindo o fundamento do resultado nos delitos de omissão, não no próprio movimento corporal, mas em uma fonte de perigo dominada pelo autor, ou também na situação de desamparo do bem jurídico dominada pelo autor⁴⁴”.

Os argumentos apresentados por Schünemann, que têm sido desenvolvidos ao longo de anos em diversas publicações, receberam aprovação de vários autores. Diferentemente de outras correntes, a argumentação desse autor não perde de vista a relação com o aspecto subjetivo do fato, uma vez que busca derivá-lo por meio da assunção do direcionamento do poder objetivo sobre o fato e do seu conhecimento subjetivo nas mais altas esferas de gestão. Apesar de aceita, essa tese desenvolve um conceito de autor que pode ser considerada incorreta e minimamente gerar, com facilidade, discussões extensas.

Considerando o conceito de autor na dogmática tradicional, que vê o autor como aquele que atua dentro de um contexto de constelações abrangidas, abre-se espaço para um "conceito sistêmico" de autor dentro de organizações complexas, fundamentado nos princípios da sociologia organizativa contemporânea. Este novo conceito é caracterizado pela combinação de um elemento objetivo, relacionado à divisão do trabalho, e um elemento subjetivo, ligado aos canais de comunicação. Em especial, à luz das ideias defendidas por Schünemann, é pertinente questionar, sob uma perspectiva tópica, se o critério do domínio pelo desamparo parcial da vítima, como uma subforma de posição de garante por assunção, apenas se manifesta em produtos de marca, ou se devemos concluir que um compromisso dessa natureza surge sempre que um produto é lançado no mercado, podendo gerar prejuízos aos consumidores.

Demetrio Crespo em sua pesquisa e revisão bibliográfica de todos os fundamentos relevantes para a responsabilização penal por crime de omissão imprópria através da posição

⁴⁴ SCHUNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de outro. Trad. de M. Sacher, RDP 2 (2005), p. 41-42.

de garante conclui em quatro pontos: 1. Todas as abordagens apresentadas visam identificar uma base apropriada que sustente a responsabilidade em comissões por omissão dos superiores no contexto empresarial. 2. Além das diferenças nos métodos utilizados, é crucial destacar, antes de tudo, o problema em questão e a realidade subjacente, sempre mantendo em mente, em qualquer circunstância, a natureza garantista do Direito Penal. 3. A formulação de uma resposta jurídica embasada demanda uma análise detalhada de questões dogmáticas complexas que não podem ser desconsideradas. Assim, qualquer tentativa de simplificação ou generalização imprópria nos conduzirá a um “impasse”. 4. Assim como é fundamental encontrar uma justificativa sólida para embasar uma resposta jurídico-penal diferente àqueles grupos de casos que analisamos, é igualmente necessário examinar as fronteiras que atuam como limitações. Essas barreiras podem ser de natureza geral, como o princípio da responsabilidade pelo próprio ato, a dimensão subjetiva do fato ou a base da imputação, assim como podem ser de caráter específico, incluindo a delegação legítima de competências ou a natureza vinculada à empresa das infrações cometidas.

3.3: A observância da posição de garante nos acionistas controladores: poderes, âmbito de vigilância, possibilidade jurídica e capacidade físico-real de agir para evitar o resultado

Retomando o que foi construído até o momento, é possível observar que o acionista controlador possui atribuições que lhe conferem o domínio sobre os riscos associados à “empresa”, mesmo que esse domínio seja apenas parcial e restrito (ainda mais do que aquele exercido pelos integrantes do conselho de administração). Como mencionado, os acionistas controladores têm a capacidade de direcionar os negócios da sociedade e guiar os órgãos da companhia. Segundo Calixto Salomão Filho, a influência do acionista controlador sobre os gestores é total, abrangendo desde a definição da estratégia dos negócios até a influência direta sobre a diretoria⁴⁵. Assim, seu poder é vasto, enquanto o dos administradores se restringe.

O poder de direção dos órgãos societários, que reside no acionista controlador, vai além de um simples aconselhamento ou sugestão, sendo exigível dos membros da administração da sociedade que o respeitem, já que a desobediência por parte de um

⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 298.

administrador nomeado pode resultar em destituição. Partindo deste cenário, é evidente que há uma capacidade de supervisão sobre a administração da empresa, uma vez que o acionista controlador tem a autoridade de influenciar as ações dos administradores que ele designou, determinando como devem operar em relação aos atos de representação, gestão e estrutura organizacional. Quando os administradores agem em conformidade com as instruções do acionista controlador, as diretrizes dele podem se transformar em um ato de organização.

É perfeitamente possível compreender o acionista controlador como um sujeito ativo na fonte de perigo, responsável pela organização de toda a companhia, que constitui seus administradores com plena capacidade de interferência. Não se pretende afirmar que a função de garantidor do acionista controlador surge diretamente do controle que ele exerce sobre os administradores da empresa que indicou.

Na realidade, o poder de orientar os administradores sobre como devem desempenhar suas funções (incluindo aspectos ligados à administração e à representação da companhia) permite que o acionista controlador interfira nas responsabilidades da diretoria em empresas com gestão unificada e no conselho de administração em estruturas de administração dual. Isso resulta na imposição de diretrizes que direcionam decisões sobre organização, representação e gestão empresarial. Portanto, quando os administradores agem conforme as instruções do acionista controlador, essa interferência se concretiza em ações organizacionais.

O controle se dará sempre de forma indireta, sendo também parcial e limitado⁴⁶, uma vez que implica na intervenção de um administrador para que as diretrizes ou intervenções do acionista controlador se concretizem em um ato organizacional, que é competência do conselho de administração ou da diretoria, conforme a situação. Isso ocorre porque os acionistas controladores não possuem a autoridade para, de maneira pessoal e direta, executar atos de representação e gestão da empresa, funções que são de responsabilidade dos administradores. A atuação deles se restringe à direção dos negócios da companhia e ao direcionamento dos órgãos internos da organização.

O exercício do controle é possível tanto em companhias sob administração unitária, configurando apenas diretoria, quanto em companhias sob administração dual, composta por

⁴⁶ SIQUEIRA, Joana. Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 100.

um conselho de administração e uma diretoria. No geral, o importante a ser destacado é que o poder do acionista controlador existe, porém de forma indireta, sendo acima de tudo, parcial e limitado do que seria a fonte de perigo que é a empresa.

Em meio a um assunto que pode se perder no abstrato e no mundo hipotético, é importante estabelecer que a posição de garante não se define e resume pelo exercício de um cargo ou função. É essencial que ocorra de fato uma atuação prática e genuína dos poderes que vêm com essa posição, para que se possa afirmar que existe controle sobre a fonte do risco. No caso do acionista controlador, é fundamental que sua influência na gestão da empresa se manifeste nas decisões relativas aos atos organizacionais, orientando os membros da administração (sejam do conselho de administração ou da diretoria) sobre como devem atuar em relação às atividades de representação, gestão e estruturação societária, por meio do uso lícito dos poderes que detém, ou seja, na orientação das entidades e na condução dos negócios sociais.

Assim, em situações onde o acionista controlador exerce uma presente e constante interferência nas decisões dos órgãos societários da empresa, abrangendo temas ligados à gestão e à organização das atividades, à tomada de obrigações e à realização de negócios, os administradores acabam se tornando meros implementadores ou executores das decisões do acionista controlador. Nesse cenário, o acionista controlador terá controle sobre a fonte de risco, visto que sua influência sobre a administração da empresa se manifestará em atividades organizacionais. É necessário que o acionista controlador exerça efetivamente sua interferência nas competências dos administradores relacionadas à gestão e representação da sociedade para que se caracterize uma situação de controle sobre a fonte de risco⁴⁷.

Por conseguinte, nos casos em que os acionistas controladores não interferem nos órgãos de administração da empresa, ou mais especificamente, quando sua interferência não se relaciona a atos organizacionais, concluímos que não há exercício de controle sobre a fonte de risco.

⁴⁷ SIQUEIRA, Joana. Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 105.

Em relação às empresas que adotam a administração dual, para que se consiga exercer controle sobre a fonte de risco, é necessário que a interferência se concretize em decisões do conselho de administração relacionadas à nomeação e demissão da diretoria, à supervisão e definição de suas funções, além de exigir uma manifestação prévia sobre atos e contratos.

Para empresas com administração unitária, é fundamental que a interferência na atuação dos diretores nomeados se traduza em atos de gestão e representação da sociedade. A predominância na assembleia de acionistas e as atribuições para nomear e destituir membros da administração (seja do conselho de administração ou da diretoria, dependendo se a empresa possui administração dual ou unitária) não refletem habilidades organizacionais e, assim, são insuficientes, por si só, para a configuração de controle⁴⁸.

Contudo, embora os poderes citados anteriormente não sejam uma indicação das capacidades organizacionais, eles são ferramentas importantes para evidenciar que a interferência do acionista controlador na gestão da empresa é uma realidade. Para que suas diretrizes se tornem ações gerenciais efetivas, realizadas pelos administradores por ele designados, é suficiente que o acionista controlador instrua os gestores a agir sempre de acordo com seus interesses, destituindo de imediato aqueles que não seguirem tais orientações ou que mostrem estar em desacordo com seus objetivos.

No que diz respeito à definição do âmbito de vigilância, especialmente em relação à identificação de atividades ilícitas geram a obrigação de agir para o acionista controlador, é importante destacar que, conforme amplamente defendido pela doutrina, a responsabilidade dos membros da empresa não implica a necessidade de prevenir todos os tipos de ilícitos, mas sim aqueles que, ligados à atividade empresarial, possam impactar direitos de terceiros⁴⁹.

Inclusive, as normas extrapenais, principalmente a Lei das S.A., desempenham um papel auxiliar essencial para a identificação da posição de garantidor e a definição da área de supervisão, bem como do conteúdo específico da obrigação de agir e do risco proibido. Isso

⁴⁸ SIQUEIRA, Joana. Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 127.

⁴⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Definição da categoria “responsabilidade penal pelo superior pela não evitação de crimes cometidos por subordinados” a partir de seus próprios limites?. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, p. 41-58, 2019.

ocorre porque essas normas estabelecem os poderes, competências, atribuições, obrigações e deveres dos membros da sociedade empresária.

Conforme afirma Heloísa Estellita, as normas societárias têm “[...] papel relevante na determinação do alcance e do conteúdo do dever de agir para evitar o resultado, uma vez que, ao estabelecerem o âmbito da possibilidade jurídica de agir, determinam também o conteúdo da conduta que deles é juridicamente esperada.⁵⁰”

Diante disso, é importante concentrar atenção também na Lei das S.A., buscando identificar, pelo menos de maneira formal, os limites da responsabilidade do acionista controlador, partindo do pressuposto de uma sociedade anônima que observe rigorosamente as determinações desse dispositivo de direito empresarial.

Em relação aos membros de sociedades anônimas que atuem como garantidores, são as normas de direito societário (em especial a Lei das S.A.) e outros dispositivos obrigatórios (como o estatuto social) que definirão a viabilidade legal da atuação dessas pessoas. Como ensina Estellita, existe uma "acessoriedade do direito penal", ainda que de forma parcial, em relação às normas extrapenais, visto que a possibilidade de ação dos garantidores será avaliada concretamente, conforme a efetiva assunção das funções e responsabilidades estabelecidas nessa regulamentação.

Finalmente, é crucial ressaltar que, para que se configure a responsabilidade penal por omissão imprópria, é necessário também investigar a real possibilidade física de realizar a conduta exigida. Em outras palavras, deve-se avaliar se o garantidor, considerando a situação específica, tinha a capacidade física e real de agir em conformidade com a norma. Além da omissão da conduta devida e da capacidade de agir, para que se estabeleça a responsabilidade penal por omissão imprópria, conforme o que está previsto no *caput* do artigo 13 do Código Penal Brasileiro, é fundamental que essa omissão seja a causa do resultado⁵¹.

⁵⁰ ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 139-144.

⁵¹ ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 256.

Em resumo, é imprescindível que, ao incluir a conduta requerida no processo causal, o intérprete observe o desaparecimento do resultado típico. No entanto, como aponta Estellita, essa análise de causalidade será hipotética, uma vez que não possui respaldo naturalístico – o único respaldo naturalístico é a efetiva ocorrência do resultado típico.

Em empresas que adotam a administração dual, onde a gestão é operada pelo conselho de administração e pela diretoria, os direitos do acionista controlador se estendem diretamente aos integrantes do conselho que foram por ele indicados. Esse acionista pode, entre outras ações, escolher e remover a maior parte de seus membros, além de guiar o funcionamento desse órgão social, conforme estipulado no artigo 116, incisos “a” e “b” da Lei das S.A.

Conforme a Lei das S.A., no contexto das empresas que possuem a administração dual, o acionista controlador possui as seguintes atribuições: (i) predominância nas decisões em assembleias; (ii) escolha da maioria dos integrantes do conselho de administração, o que inclui a possibilidade de destituir os que houver nomeado; (iii) orientação aos conselheiros por ele eleitos; e (iv) gestão dos negócios sociais (artigo 116, incisos “a” e “b”).

Assim como estabelecido por Joana Siqueira, acreditamos que as habilidades de direcionamento dos conselheiros designados e sua possibilidade de destituição configuram um poder de intervenção que, dependendo da situação específica, pode evitar resultados típicos. No que tange à destituição de membros do conselho de administração, essa prerrogativa é exercida por meio de decisões nas assembleias de acionistas. O acionista controlador tem a prerrogativa de convocar, a qualquer momento, uma assembleia que possa deliberar sobre a destituição de um conselheiro por ele indicado.

Assim, pode-se afirmar que, ao se inteirar da possibilidade ou da permanência de práticas ilícitas por parte de um conselheiro nomeado, o acionista controlador detém a autoridade necessária, tanto a capacidade jurídica quanto físico-real para agir, convocando e realizando assembleia de acionistas com o objetivo de decidir sobre a demissão desse conselheiro. Todavia, é insuficiente alargar (de forma indevida) a posição de garantidor do acionista controlador baseado exclusivamente em uma possibilidade física de agir⁵².

⁵² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Responsabilidad penal por omisión del empresario. Madrid: Iustel, 2009. p. 138.

É fundamental analisar as divisões e atribuições de tarefas na empresa, assim como entender as relações de hierarquia e subordinação, bem como a delegação de atividades. O objetivo é identificar quem são os responsáveis que realmente precisam monitorar e impedir a ocorrência de resultados prejudiciais. Por fim, é necessário contestar qualquer tentativa de responsabilização apenas pela ocupação de um cargo, sendo fundamental a análise de todos os âmbitos e condições de cada caso.

Nas empresas que adotam a administração unitária (por meio de apenas uma diretoria), o acionista controlador terá a autoridade para, entre outras atribuições, escolher a maior parte dos integrantes da diretoria, além de direcionar o funcionamento desse órgão, definindo as diretrizes e decisões ligadas à gestão das atividades sociais e à representação da empresa.

Neste contexto, o poder que o acionista controlador exerce sobre a fonte de risco também é indireta, parcial e limitada. Isso ocorre porque o acionista controlador não detém a autoridade para executar diretamente as funções atribuídas à diretoria. Assim, seu poder de controle se limita aos diretores que ele indicou, sem abranger outros integrantes da empresa, como os funcionários que estão sob a subordinação desses diretores.

Uma das ações que o acionista controlador pode ser legalmente obrigado a tomar, em situações de empresas geridas unicamente pela diretoria, é convocar uma assembleia de acionistas. Caso contrário, ele pode enfrentar responsabilidade criminal por omissão indevida, conforme estabelece o artigo 13, §2º, “a”, do Código Penal Brasileiro, se os outros requisitos estiverem presentes. Dentre as várias opções disponíveis, a convocação para destituir um diretor pode ser considerada a medida mais “drástica”⁵³.

Logo, ao se deparar com a possibilidade de um ilícito cometido por um diretor ou conselheiro nomeado, especialmente em relação a atos que ele tenha orientado, o acionista controlador deverá convocar e promover a realização da assembleia de acionistas, a fim de deliberar sobre a destituição do referido conselheiro ou diretor. No entanto, essa não é a única ação que pode ser exigida do acionista controlador. Vale ressaltar que é viável investigar também outras condutas atribuíveis ao acionista controlador, as quais estarão diretamente

⁵³ SIQUEIRA, Joana. Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 150.

ligadas ao tipo penal em questão e aos poderes que ele detém dentro da estrutura corporativa. A ação esperada legalmente, por exemplo, está conectada à sua capacidade de direcionar as ações dos administradores da empresa.

Em situações onde o controle societário é exercido por uma pessoa jurídica (*holding*), a análise inicial indica que a responsabilidade pela supervisão recai sobre o representante legal da empresa controladora. Isso se aplica independentemente de ele ser o acionista da *holding* ou não, desde que atue como o representante da referida empresa diante de terceiros. A definição do escopo da supervisão e as obrigações de atuação seguirão o que foi exposto, levando em consideração se a empresa está sob um sistema de administração dual ou unitária.

Uma última situação ocorre quando o controle de uma sociedade é exercido por um grupo de acionistas que, separados, não teriam capacidade para assumir tal controle. Contudo, ao firmarem um acordo de votos, conseguem consolidar essa capacidade e estabelecer as normas para o exercício do controle, formando assim um bloco de controle. O potencial para autorregulação é bastante amplo, permitindo que esses acordos incluam aspectos como compra e venda de ações, prioridade na aquisição delas, e a utilização dos direitos de voto ou do poder de controle. As circunstâncias em que o controle é exercido através de um bloco dependem muito dos detalhes específicos do acordo de votos, gerando uma impossibilidade para que se conclua qualquer âmbito de vigilância ou capacidade físico-real de agir.

O exercício do controle através do bloco de controle é um dos aspectos que transparece a complexidade da responsabilização penal empresarial em face dos avanços e evoluções dos mecanismos societários.

3.4: Demais pressupostos da tipicidade objetiva: situação típica, resultado e o surgimento do dever de agir, omissão da conduta determinada e exigida de evitação do resultado apesar da capacidade físico-real de fazê-lo, causalidade e imputação objetiva

A configuração da situação típica é elementar para a discussão da posição de garante, pois, somente com ela que implica na obrigação de agir (que ocorre no instante em que se constata um risco de realização do resultado típico). Logo, a responsabilidade do garantidor para agir somente se torna pertinente (e discutível) quando há uma situação de perigo iminente ao bem protegido, a qual, se não for controlada, resultará no resultado típico.

Enquanto o perigo não for verificado, a inação do garantidor não possui implicações penais, circunstância na qual poderia ser discutido o conceito de atos preparatórios que não são puníveis⁵⁴.

Dentro desta discussão, supondo algum tipo de compatibilidade, há a possibilidade de tentativa nos delitos de omissão imprópria. Estellita aponta que o garantidor poderia ser punido por tentativa, imaginando que ocorra o dolo em sua omissão mas o resultado típico não seja alcançado por circunstâncias alheias à sua vontade.

Em seguida, a possibilidade físico-real de agir é também elemento do crime de omissão imprópria. A posição de garante não gera, por si só, a responsabilidade penal do dirigente de empresa por omissão inadequada. Em áreas regulamentadas, especialmente a atividade empresarial, o dever específico de agir é determinado pela legislação pertinente, por contrato ou por outros documentos reconhecidos legalmente, como os estatutos sociais, que definem claramente a possibilidade jurídica de ação do garantidor e, consequentemente, o que juridicamente se espera dele, ou seja, o conteúdo do seu dever de agir. Contudo, é essencial que o indivíduo já esteja em uma posição de garante, o que acionará a obrigação de agir para evitar um resultado indesejado; em outras palavras, “uma capacidade físico-real de agir sem posição de garantidor não constitui responsabilidade omissiva imprópria”⁵⁵.

Verifica-se uma distinção entre a capacidade jurídica de atuar e a capacidade física e real para agir para evitar um resultado típico. A primeira diz respeito à definição do conteúdo das obrigações de agir do garantidor, conforme a organização societária e regulamentação da empresa, além de abordar a delicada interação entre normas penais e não penais. Por sua vez, a capacidade física e real de agir parece referir-se à habilidade mecânica de executar a tarefa, cumprindo assim a obrigação legal de agir.

Como o artigo 13, § 2º, do Código Penal não traz um rol de condutas passíveis de punição, mas sim delinea os pressupostos gerais da omissão imprópria, é necessário, em

⁵⁴ JOHNER, Marcos Afonso. UM PANORAMA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NO DIREITO PENAL DE EMPRESA. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, [S. l.], n. 43, 2024. DOI: 10.12957/rfd.2024.61884. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/61884>. Acesso em: 17 nov. 2024, p. 14.

⁵⁵ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 248-249.

linhas gerais, recorrer às figuras típicas da Parte Especial ou à legislação especializada para esclarecer o conteúdo específico do dever de agir. Ademais, quando há uma multiplicidade de ações previstas e esperadas juridicamente, conforme enfatiza Heloísa Estellita, é fundamental identificar e descrever todas as possíveis ações para evitar a ocorrência do resultado⁵⁶.

Por fim, em parâmetros de imputação do resultado, existem dois grupos significativos: as omissões simultâneas e as omissões sucessivas. As omissões simultâneas surgem de decisões tomadas em conjunto, como exemplificado pelo célebre caso do *Lederspray*, analisado pelo *Bundesgerichtshof* (BGH). Nesse processo, conforme menciona Heloisa Estellita, houve “uma decisão colegiada no sentido de não determinar a retirada de um produto nocivo à saúde dos consumidores e os votos no sentido da não retirada ultrapassaram o número necessário, havendo, pois, votos redundantes”⁵⁷. Em resumo, são várias condições que, quando combinadas, levam ao desfecho da questão.

De acordo com Estellita, as ausências sucessivas se concentram essencialmente na seguinte questão: quando o primeiro garantidor falha em cumprir com sua obrigação de agir, e o segundo garantidor também não age, isso gera incertezas sobre a possibilidade de o resultado ter sido evitado, caso o primeiro garantidor tivesse cumprido seu dever.

Assim, a exclusão da evitabilidade pode ocorrer, levando em consideração as circunstâncias específicas consideradas relevantes para o caso em questão, ao se identificar uma falta de ação anterior por parte dos gestores ou do conselho central diante da recepção de informações que, embora não muito antigas, estejam relacionadas ao mesmo “evento típico” (uma situação de risco ou fonte de perigo).

Estellita conclui que, caso os dirigentes não cumpram a obrigação de evitar o resultado típico, mesmo após serem informados, ainda que de maneira inadequada, sobre a situação de risco, isso gerará uma incerteza considerável em relação à possível resposta da administração da empresa frente a uma notificação clara e detalhada proveniente do

⁵⁶ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 252-253.

⁵⁷ ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 261-262.

Compliance Officer, o que acarretará a transferência do risco de responsabilidade penal para os dirigentes.

Em conclusão, o artigo 13, § 2º, do Código Penal traça os requisitos fundamentais para que uma pessoa possa ser punida por crime omissivo impróprio, sendo eles: a posição de garantidor; a existência de uma situação típica que impõe a obrigação de agir para prevenir o resultado; a não execução da ação exigida, mesmo havendo possibilidade para tanto e a imputação pelo resultado. Além disso, em termos de tipicidade subjetiva, é necessário que haja dolo por parte do agente, ou, nos casos em que a tipificação permitir, a culpa (elementos não abordados profundamente nesta pesquisa).

A empresa pode ser vista como uma fonte de risco permitida, e ao acionista, em troca do poder de controle (ainda que parcial e limitado), pode configurar dever de supervisão a fim de que as atividades realizadas e gerenciadas pela administração permaneçam dentro dos limites autorizados.

A posição de garantidor estabelece-se apenas em relação aos crimes vinculados à atividade empresarial e pode ser aplicada ao acionista controlador, quando esse exerce indiretamente as atividades executórias através do comando dos órgãos societários, mesmo que os garantidores originários sejam considerados (tradicionalmente) os administradores que possuem uma relação jurídica de controle e que efetivamente assumiram essa responsabilidade. Quando ocorre o exercício presente e constante do poder de controle pelo acionista, este possui a responsabilidade de supervisionar o garantidor subsequente, sendo obrigado a corrigir ou substituí-lo em situações de irregularidade.

Destaca-se que situação típica que desencadeia a obrigação de agir aparece quando existe um risco iminente para o bem jurídico, momento em que já se pode pensar na responsabilidade por tentativa (apesar de existirem argumentos que defendem a incompatibilidade dos crimes omissivos impróprios com o conceito de tentativa para o direito penal). O momento do dever de agir é definido pelo tipo penal associado à omissão e é fundamental que o agente tenha tanto a possibilidade jurídica quanto a capacidade física e real para agir na evitação do resultado típico. Em seguida, para que se atribua responsabilidade pelo resultado, é necessário avaliar se a ação que foi omitida teria de fato prevenido o resultado, com uma probabilidade quase absoluta e é essencial que o responsável

tenha agido com dolo. Esses são os aspectos consolidados que devem ser analisados para estudar a tipicidade do delito omissivo impróprio.

Conclusão e Estudo de caso (Sociedade A e Sociedade B)

4.1: Conclusão

A partir do que foi exposto, é possível concluir poder do acionista controlador é um tipo de poder efetivo que inclui o exercício constante e eficaz, verificado pela predominância nas decisões da assembleia; da capacidade de escolher a maioria dos administradores da empresa; da liderança das atividades sociais; e da supervisão do funcionamento dos órgãos da companhia⁵⁸, conforme os artigos 116, “a” e “b”, da Lei das Sociedades Anônimas.

É importante observar que, para que o acionista controlador consiga influenciar a fonte de perigo, é fundamental que ele utilize efetivamente os poderes que possui, orientando os administradores que indicou principalmente sobre como agir em relação aos atos de representação e gestão da empresa. Assim, o acionista controlador terá impacto nas decisões relativas às matérias que são de competência do conselho de administração ou da diretoria, dependendo se a companhia possui uma administração dual ou unitária.

A análise da efetividade do exercício dos poderes é de suma importância, uma vez que apenas o exercício desses poderes pode levar a um controle sobre a fonte de risco que é a empresa, conforme proposto em capítulos anteriores. Isso significa que o acionista controlador só exercerá tal controle na medida em que suas orientações ou determinações se concretizem em ações organizacionais. Em resumo, o simples fato de ser acionista controlador não basta para estabelecer a posição de garantidor. Caso ele não intervenha nas decisões relacionadas à organização e gestão da empresa, não estará, de fato e de maneira material, exercendo o controle sobre a fonte de perigo. Essa intervenção é o requisito essencial para a definição do papel do controlador como garante⁵⁹.

Observamos também que o controle exercido sobre a origem do "perigo" será, de forma obrigatória, indireto (parcial e restrito), uma vez que, para que essa determinação se concretize em um ato organizacional, será essencial que a atuação da administração seja efetivamente influenciada. Logo, o acionista controlador, por si só, não assume para si o

⁵⁸ SIQUEIRA, Joana. Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 159.

⁵⁹ SIQUEIRA, Joana. Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores. São Paulo: Marcial Pons, 2022, p. 160.

exercício direto e pessoal das funções dos órgãos administrativos – sua influência ocorre por meio da orientação dos membros que ele designou e que precisam seguir suas disposições, para que assim configure a possibilidade de uma posição de garantidor no acionista controlador.

Relembrando os dois possíveis moldes de administração, temos a unitária, casos em que a companhia opta pela composição apenas de uma diretoria (único órgão societário obrigatório pela lei societária) e a administração dual, configurando um conselho de administração e uma diretoria. A instituição de um conselho de administração é obrigatória apenas para as companhias abertas e de capital autorizado, portanto, os casos serão concentrados nas sociedades sob administração unitária.

Para questões de responsabilidade penal, uma das alterações implementadas pelo Marco Legal das Startups (Lei Complementar 182, de 2021) na legislação societária que mais chama atenção é que, a partir da vigência das alterações, é possível instituir uma diretoria de apenas um membro. Logo, a possibilidade de concentração de poder pelo acionista sob um órgão administrativo que não precisa ser colegiado aumenta mais ainda a possibilidade de estruturação de um acionista controlador. Desde 2021, também é possível inclusive a eleição de administrador não residente ou domiciliado no Brasil, desde que constitua representante em território nacional.

Em conclusão, em um contexto de administração unitária, o acionista controlador que exerce poderes de controle societário, nomeando a maioria (ou até o único) dos diretores e interferindo na atuação da diretoria, exercendo determinações aos diretores que representem e levem a atos de organização, representação e gestão empresarial, estará assumindo responsabilidade sobre a fonte de perigo que é a empresa. Caso este fosse um acionista controlador que nomeia a diretoria mas não interfere ativamente em sua atuação, provendo uma diretoria autônoma, não seria mais possível falar em qualquer configuração de uma posição de garantidor.

No contexto de uma administração dual, a verificação da posição de garante ocorre através da análise do exercício dos poderes do controlador agora no conselho de administração, órgão que, caso instalado, reside em termos de hierarquia e organização, entre os acionistas e a diretoria (numa administração dual, o conselho de administração que elege a

diretoria). A lógica permanece próxima ao cenário anterior, somente sendo possível observar uma posição de garantidor ao acionista controlador que nomeia a maioria ou todo conselho de administração, interfere em sua atuação e prática atos de gestão, representação e organização na empresa, mesmo que indiretos (vez que seu poder é parcial e limitado). Em um caso de um acionista controlador que elege a maior parte de um conselho de administração mas que a deixa operar e existir de forma independente, pouco há de se falar em associar o acionista como garantidor de qualquer atividade dentro da companhia.

4.2: Casos e suas resoluções

Caso da Sociedade A: Beatriz Almeida é uma criadora de conteúdo digital da área da beleza, consolidando seu nome no mundo da maquiagem. Após o retorno positivo de uma parceria feita com uma empresa de beleza na produção de uma linha de maquiagens, Beatriz decide entrar no empreendedorismo desta área frutífera no Brasil, fundando sua própria marca de maquiagens. Após aconselhamento e consultoria jurídica e com prospecções de elevar sua marca a nível nacional para que possa competir com grandes nomes, Beatriz decide constituir uma sociedade anônima sob capital fechado.

Em sua constituição, Beatriz subscreve 95% das ações de seu capital social, deixando os 5% restantes em nome de sua mãe, Mônica Almeida. Neste momento, a administração escolhida para o funcionamento da companhia é a em formato unitário, elegendo (mediante assembleia geral) apenas um diretor para constituir o único órgão de administração da companhia, seu marido, Gabriel Fernando. Neste cenário, Beatriz, como titular de direitos de sócia que lhe asseguram, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e usando efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientando o funcionamento dos órgãos da companhia através da interferência na atuação de seu diretor, Gabriel Fernando, é configurada como uma acionista controladora com posição de garante, visto que, mesmo que parcial e restritamente, exerce atos de representação, gestão e organização empresarial.

Prestes a lançar sua linha completa de produtos, já ocorrendo a pré-venda mediante reserva e em meio a uma campanha publicitária pesada, Beatriz recebe resultados conclusivos de que seus produtos de pele não obteriam o benefício da fotoproteção a tempo do lançamento, sem diminuir a qualidade e a quantidade de tons a serem produzidos, pois

principalmente os itens de pele de tons mais escuros estavam recebidos avaliações negativas. Com medo de qualquer repercussão negativa em nome de sua esposa e empregadora e sem a possibilidade de excluir o benefício da fotoproteção, visto que Beatriz já havia divulgado e promovido por toda a internet, Gabriel Fernando, diretor da Sociedade A, decide por oferecer vantagem indevida a funcionário da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (órgão que regula o mercado de produtos de higiene pessoal, perfumes e cosméticos), responsável por classificar os cosméticos entre grau 1 e grau 2, para que classifique a linha de maquiagem como grau 2, com o benefício da fotoproteção.

Ocorre que, antes da consumação do ato, apenas em meio aos atos preparatórios, Beatriz recebe uma denúncia, por meio dos canais da companhia, da preparação do ato ilícito, dos seus envolvidos (incluindo Gabriel Fernando) e de quando exatamente o oferecimento de vantagem indevida seria efetivamente feito. Não apenas tendo tal denúncia sob seu conhecimento, Beatriz estava prestes a realizar assembleia-geral para reeleger seu marido por mais três anos na Diretoria.

Mesmo após conhecimento do risco e com a possibilidade jurídica e capacidade físico-real de agir (destituindo Gabriel Fernando imediatamente ou fornecendo ordens expressas para que tal resultado típico não seja obtido), Beatriz não realiza qualquer ação para evitar o fato, mesmo possuindo uma atividade intensa de interferência na atuação de Gabriel como diretor.

Resolução do caso: Caso consumado o delito de corrupção ativa, previsto no artigo 333 do Código Penal Brasileiro, Beatriz Almeida compria com todos os elementos típicos da configuração de uma responsabilidade penal de omissão imprópria, considerando que ocorreu ela possuía uma posição de garante ao exercer, indiretamente, atos de representação, gestão e organização empresarial, interferindo forte e frequentemente na atuação do diretor. O dever de agir neste caso, é nítido, visto que a mesma tinha ciência e capacidade para agir para que o resultado típico fosse evitado.

Em seguida, Beatriz se omitiu da conduta ideal esperada juridicamente e exigida para evitação do resultado, gerando até um nexo de causalidade em sua omissão, visto que caso destituído o diretor ou ordenado que tal ilicitude não fosse praticada, o crime de corrupção ativa não seria consumado. A imputação objetiva também é um elemento deste caso, pois

Beatriz gerou, através da omissão, um risco não permitido e o resultado é consequência desse risco. Logo, Beatriz, como acionista controladora, pode ser penalmente responsabilizada, verificando omissão imprópria.

Caso da Sociedade B: Maria Luiza, conhecida no mundo da internet e redes sociais como Malu, é uma criadora de conteúdo digital especializada na área *fitness* e *wellness*. Considerando o avanço da aderência a um estilo de vida mais saudável e com bastante interesse em empreender na área *fitness*, Malu decide investir majoritariamente no projeto apresentado de construção de uma academia de musculação popular em sua cidade. Malu subscreveu 85% das cotas acionárias do capital social da sociedade anônima de capital fechado, com planos de criações de outras unidades e crescimento competitivo com a líder no mercado de academias do Brasil, oferecendo mais serviços e qualidade no mesmo valor que a líder.

Malu, bastante proativa e com grande ambição, exercia seu poder de acionista controladora, pois, apesar de ter adentrado em um projeto alheio, ainda era a acionista com maior investimento e, por consequência, maior quantidade de quotas. Assim, Malu elegia dois dos três diretores da sociedade, pois o terceiro era nomeado pelos minoritários, conforme acordo de acionistas assinado pelas partes.

Apesar do efetivo exercício do poder de controle, sua participação encerra nesta fase. Elegendo a maioria da direção da Sociedade B, a influencer confiava nos membros escolhidos e os permitia atuar de forma independente. Após a abertura da primeira academia da companhia, em pleno funcionamento, os três diretores eleitos se envolvem em um esquema criminoso de comércio ilegal de medicamentos de uso controlado, classificados na C5-Lista de substâncias anabolizantes da ANVISA, ao descobrirem a atividade dos funcionários e não agirem para evitar tais resultados, recebendo em troca vantagem financeira.

Consumado o crime previsto no artigo 273, parágrafo 1º-B, I, do Código Penal Brasileiro diversas vezes, é iniciado um inquérito policial para apurar os fatos, que são confirmados após investigação. Em todos os depoimentos prestados e provas colhidas, foi apontado que nenhum dos acionistas tinha ciência da prática dos crimes apurados.

Resolução do caso: Neste caso, Malu não constituiu posição de garantidora mesmo que exercendo o poder de controle como acionista, visto que nomeava a maior parte da diretoria. Entretanto, está fora de seu controle a atuação dos membros da diretoria da Sociedade B, visto que não sofreram quaisquer intervenções. O controle efetivo da companhia permanece sob os membros da diretoria, que sabiam do esquema e ignoravam as suspeitas em troca de vantagem indevida. Portanto, o domínio sobre a fonte de perigo permanece sob o cuidado da diretoria, cabendo a esses as obrigações de vigilância.

Referências Bibliográficas

ARROYO ZAPATERO, Luis. La protección penal de la Seguridad en el Trabajo. Madrid: Servicio Social de Higiene y Seguridad del Trabajo, 1981.

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.

BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. 30th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. ISBN 9786553629325. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629325/>. Acesso em: 10 nov. 2024.

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

CAMPINHO, Sergio. Curso de direito comercial: Sociedade anônima. 8th ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.1. ISBN 9788553621262. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553621262/>. Acesso em: 31 out. 2024.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO, Calixto Filho. O poder de controle na sociedade anônima. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. Revista Liberdades, São Paulo, n. 14, p. 61-92, set. 2013.

DINIZ, Thales Janguiê Silva . A relação de poder e as ações de responsabilidade do controlador nas sociedades anônimas. Revista Amazônia, Organizações e Sustentabilidade, v. 10, p. 100-112, 2021.

EIZIRIK, Nelson. Aspectos Modernos do Direito Societário. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

EIZIRIK, Nelson; GALL, Ariádná B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. Mercado de Capitais – Regime Jurídico. 2. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

GARCÍA CAVERO, Percy. La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía. In: Alonso Álamo et al. (coord.). Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2005. p. 381-400.

GUILHERME GÓES, SANTIN, J. A tentativa na omissão imprópria: um esboço sobre delimitação entre atos preparatórios e início da execução. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 13, n. 1, 20 jun. 2023.

GRECO, Luís. LEITE, Alaor. TEIXEIRA, Adriano. ASSIS, Augusto. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

JAKOBS, Günther. La competencia por organización en el delito omisivo. In: _____. Estudios de derecho penal. Trad. de E. Peñaranda Ramos. Madrid: Civitas, 1997, p. 347-363.

JOHNER, Marcos Afonso. UM PANORAMA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NO DIREITO PENAL DE EMPRESA. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, [S. l.], n. 43, 2024. DOI: 10.12957/rfd.2024.61884. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/61884>. Acesso em: 17 nov. 2024.

PATELLA, Laura Amaral. Responsabilidade do Acionista Controlador por Omissão. In: CASTRO, Rodrigo R Monteiro de et al, (org.). Direito societário, mercado de capitais, arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2021. v. 2. 755-775.

ROXIN, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil (Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat). München: C.H.Beck, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

SCHUNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de outro. Trad. de M. Sacher, RDP 2 (2005), p. 29-62.

SIQUEIRA, Joana. Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores . São Paulo: Marcial Pons, 2022.