

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

JULIANO ASTOR CORNEAU

**MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADES ANÔNIMAS COMO  
GARANTIDORES: REQUISITOS E LIMITES PARA A ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE  
PENAL**

Porto Alegre  
2025

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

JULIANO ASTOR CORNEAU

**MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADES ANÔNIMAS  
COMO GARANTIDORES: REQUISITOS E LIMITES PARA A ATRIBUIÇÃO DE  
RESPONSABILIDADE PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Curso de Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Professor Doutor Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre  
2025

JULIANO ASTOR CORNEAU

**MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADES ANÔNIMAS  
COMO GARANTIDORES: REQUISITOS E LIMITES PARA A ATRIBUIÇÃO DE  
RESPONSABILIDADE PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Curso de Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada em: 24 de março de 2025.

Banca examinadora:

---

Professor Dr. Fabio Roberto D'Avila (orientador)

---

Professor Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira (PUCRS)

---

Professora Dra. Raquel Lima Scalcon (FGV)

## Ficha Catalográfica

C813m Corneau, Juliano Astor

MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADES ANÔNIMAS  
GARANTIDORES : requisitos e limites para a atribuição de responsabilidade  
penal / Juliano Astor Corneau. – 2025.

141 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências  
Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D' Avila.

1. Omissão imprópria. 2. Posição de garantia. 3. Conselho de  
Administração. 4. Direito Penal empresarial. 5. Controle sobre a fonte de  
perigo. I. D' Avila, Fabio Roberto. II. Título.

## AGRADECIMENTOS

Esta é, sem dúvida, a parte mais difícil deste trabalho. Foram inúmeras pessoas que contribuíram para a sua conclusão, mas citarei apenas as pessoas fundamentais. Em primeiro lugar, expresso minha gratidão ao meu orientador, Professor Doutor Fabio Roberto D'Avila, que não apenas compartilhou seu conhecimento jurídico, mas também me ensinou que a pesquisa científica vai além das letras jurídico-penais, com a singular elegância que lhe é própria. Obrigado por tanto, professor.

Agradeço à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, na pessoa do Professor Doutor Nereu Giacomolli, que viabilizou meu ingresso e permanência durante o curso de mestrado. Aos demais professores do curso, recebam meus agradecimentos pelos ensinamentos compartilhados durante as aulas ministradas.

Aos queridos amigos da turma de mestrado, em especial ao João Carlos Dalmagro Júnior, Lissandro Sampaio, Leonardo Donato, Felipe Honaiser, Bruno Cisco, Bruno Iop, João Octávio Jardim e Marcelo Vieira pelo apoio em momentos difíceis e por tantos debates jurídicos e experiências compartilhadas ao longo do curso, que me engrandeceram de sobremaneira.

Acredito que, em alguma medida, nossos mestres sempre nos acompanham, pois seus ensinamentos permanecem em nossas mentes. Por isso, agradeço aos professores Leonardo de Camargo Subtil e Fábio Agne Fayet que, ainda na graduação, instigaram em mim a paixão pela pesquisa. Agradeço também aos professores, colegas advogados e amigos Andersson Vieira e Mário Henrique da Rocha, que, com seu conhecimento, sempre fizeram questão de me estimular a estudar e saber mais, contribuindo com ideias e prestando todo o auxílio necessário para o meu desenvolvimento.

Agradeço aos meus irmãos Joel, Alessandra e Ana Paula pelo apoio e incentivo antes e durante o curso de mestrado, que sempre acreditaram em meu potencial. O agradecimento mais especial vai à minha mãe Joanete, a quem agradeço o apoio incondicional prestado durante esses dois anos, especialmente nos dias em que estive cabisbaixo ou ausente. Para descrever o que sinto por você, todo amor do mundo ainda é pouco.

À Sadimila, cuja luz ilumina meus dias com sua doçura e ternura, expresso minha profunda gratidão. Seu apoio foi essencial, especialmente nos momentos em que nem mesmo eu acreditava ser possível. Sem você, o caminho até o mestrado e sua conclusão teria sido muito mais árduo. Obrigado por estar ao meu lado nos momentos mais difíceis e por ser essa pessoa incrível, sempre compreensiva e carinhosa.

*“Se eu morrer novo,  
Sem poder publicar livro nenhum,  
Sem ver a cara que têm os meus versos em letra  
impressa  
Peço que, se se quiserem ralar por minha causa,  
Que não se ralem.  
Se assim aconteceu, assim está certo.  
Mesmo que os meus versos nunca sejam impressos,  
Eles lá terão a sua beleza, se forem belos.  
Mas eles não podem ser belos e ficar por imprimir,  
Porque as raízes podem estar debaixo da terra  
Mas as flores florescem ao ar livre e à vista.  
Tem que ser assim por força. Nada o pode impedir.  
Se eu morrer muito novo, oiçam isto:  
Nunca fui senão uma criança que brincava.  
Fui gentio como o sol e a água,  
De uma religião universal que só os homens não têm.  
Fui feliz porque não pedi coisa nenhuma,  
Nem procurei achar nada,  
Nem achei que houvesse mais explicação  
Que a palavra explicação não ter sentido nenhum.  
Não desejei senão estar ao sol ou à chuva —  
Ao sol quando havia sol  
E à chuva quando estava chovendo  
(E nunca a outra coisa),  
Sentir calor e frio e vento,  
E não ir mais longe.  
[...]” (CAEIRO, 1946.)*

## RESUMO

O tema central da presente dissertação é o estudo sobre os crimes omissivos impróprios, delimitado à análise da posição de garantia dos conselheiros de administração de Sociedades Anônimas de capital aberto. Nos últimos anos, a responsabilização penal de dirigentes empresariais tem sido alvo de debates significativos, especialmente no que diz respeito à imputação de crimes omissivos a membros de empresas com base exclusivamente na ocupação do cargo. Com base nesse quadro, apresentou-se como problema de pesquisa o questionamento sobre a possibilidade de se atribuir responsabilidade penal aos membros do Conselho de Administração de Sociedades Anônimas de capital aberto nas hipóteses em que se omitem diante da prática de delitos por outros integrantes da organização. Considerando a necessária conexão com o Direito Empresarial, buscou-se apresentar ao longo do estudo a função exercida pelo Conselho de Administração e a configuração de seus membros como garantidores em relação aos demais órgãos sociais da S.A. A empresa deve ser vista como uma fonte de perigo para bens jurídicos de terceiros, seja em razão de pessoas ou de coisas perigosas, sendo necessário que se mantenha dentro dos limites do risco permitido. Essa função de controle e supervisão cabe ao dirigente da empresa ou ao indivíduo delegado por ele para esta tarefa. Logo, com base nas atribuições do CA conferidas pela LSA, seus membros têm uma relação de controle sobre a empresa fundada juridicamente. Assim, se houver a assunção fática de sua função, juntamente aos demais requisitos de imputação objetiva, será possível a responsabilização do conselheiro de administração por omissão imprópria.

**Palavras-chave:** Omissão imprópria. Posição de garantia. Conselheiros de administração. Direito Penal empresarial. Controle sobre a fonte de perigo.

## ABSTRACT

The central theme of this dissertation is the study of improper crimes of omission, limited to the analysis of the guarantor position of the board members of publicly traded corporations. In recent years, the criminal liability of corporate executives has been the subject of significant debate, especially with regard to the imputation of crimes of omission to members of companies based exclusively on their position. Based on this framework, the research problem presented was the question of the possibility of attributing criminal liability to members of the Board of Directors of publicly traded corporations in cases where they fail to act in the face of crimes committed by other members of the organization. Considering the necessary connection with Business Law, the aim of this study was to present the role played by the Board of Directors and the configuration of its members as guarantors in relation to the other corporate bodies of the S.A. The company must be seen as a source of danger to third party legal assets, whether due to people or dangerous things, and must remain within the limits of permitted risk. This control and supervision function is the responsibility of the company's director or the individual delegated by him/her for this task. Therefore, based on the responsibilities of the Board of Directors conferred by the LSA, its members have a relationship of control over the legally founded company. Thus, if there is a factual assumption of his/her function, together with the other requirements for objective attribution, it will be possible to hold the board member liable for improper omission.

**Keywords:** Improper omission. Guarantee position. Administrative Advisors. Corporate Criminal Law. Check the source of the danger.

## LISTA DE SIGLAS

CA	Conselho de Administração
CC	Código Civil
CF	Conselho Fiscal
CP	Código Penal
CMN	Conselho Monetário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
LSA	Lei das Sociedades por Ações
S.A.	Sociedade Anônima

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
I.    PREMISSAS .....	11
II.   ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO E METODOLOGIA.....	14
<b>1. ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS</b> .....	15
1.1.  SOCIEDADES ANÔNIMAS.....	20
<b>1.1.1. Sociedade Anônima de capital aberto;</b> .....	23
<b>1.1.2. Sociedade anônima de capital fechado;</b> .....	25
<b>1.1.3. Justificativa pela escolha da sociedade anônima de capital aberto;</b> .....	26
1.2.  COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO.....	27
1.3.  COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÃO DA DIREÇÃO .....	32
<b>1.3.1. Deveres e responsabilidades em comum para os administradores</b> .....	34
1.4.  COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL.....	38
1.5.  COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÃO DO CONSELHO FISCAL .....	41
<b>2. PRESSUPOSTOS CARACTERIZADORES DA POSIÇÃO DE GARANTIA</b> .....	43
2.1.  ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO TIPO NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS.....	46
2.2.  MODELOS DE FUNDAMENTAÇÃO DA POSIÇÃO DE GARANTIA .....	53
<b>2.2.1. Teoria formal dos deveres jurídicos</b> .....	53
<b>2.2.2. Teoria material dos deveres jurídicos</b> .....	56
2.3.  ESPÉCIES DE GARANTIDORES.....	77
<b>2.3.1. Garantidor que “tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”, conforme artigo 13, §2º, alínea “a”, do CP</b> .....	77
<b>2.3.2. Garantidor por assunção, que “de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado”, conforme artigo 13, §2º, alínea “b”, do CP</b> .....	78
<b>2.3.3. Garantidor por ingerência, que “com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”, conforme artigo 13, §2º, alínea “c”, do CP</b> .....	80
<b>2.3.4. Tomada de posição sobre o fundamento material da posição de garantia do dirigente de empresa sobre a fonte de perigo empresa</b> .....	84
<b>3. A POSIÇÃO DE GARANTIA DE MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO NO ÂMBITO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DE CAPITAL ABERTO</b> .....	91
3.1.  A CONSTTUICÃO DA POSIÇÃO DE GARANTIA EM VIRTUDE DA DELEGAÇÃO DE TAREFAS NO INTERIOR DA ORGANIZAÇÃO .....	97
<b>3.1.1. Formalização, admissibilidade e hipóteses de delegação de tarefas</b> .....	99

<b>3.1.2. Efeitos da delegação de tarefas na posição de garantia</b> .....	103
3.2. A POSIÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E O SEU DEVER CONCRETO DE AGIR.....	108
3.3. A POSIÇÃO DE GARANTIA DOS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO PERANTE OS DEMAIS ÓRGÃOS E INTEGRANTES DA COMPANHIA .....	114
<b>3.3.1. Em relação aos membros da diretoria</b> .....	119
<b>3.3.2. Em relação aos membros da assembleia geral</b> .....	121
<b>3.3.3. Em relação ao conselho fiscal e aos demais operadores da empresa</b> .....	123
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	125
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	133

## INTRODUÇÃO

### I. PREMISSAS

Nas últimas décadas, as estruturas empresariais passaram por profundas transformações, tornando-se significativamente mais complexas. Essa evolução decorre principalmente da especialização de cada área, com a divisão de funções e a delegação de tarefas dos agentes responsáveis para seus subordinados, criando verdadeiros microssistemas dentro das companhias. Esse movimento agravou a dificuldade já existente de apuração da responsabilidade penal em delitos praticados no interior das organizações, pois a própria natureza da atividade empresarial em grandes companhias pressupõe a delegação de tarefas e a divisão de funções.

Nesse contexto, uma das questões enfrentadas pelo Direito Penal diz respeito aos agentes que possuem a função de fiscalizar o trabalho executado pelos demais, o que geralmente ocorre em setores em que há maiores riscos, seja por danos ambientais ou em âmbitos em que há uma grande exposição do indivíduo a possíveis práticas criminosas. Estes agentes, em algumas hipóteses delimitadas pela lei, se encontram na posição de garantia, devendo agir para evitar os resultados oriundos de práticas criminosas, como pode ser o caso dos dirigentes de empresas<sup>1</sup> em relação a crimes praticados por outros membros da companhia.

A discussão sobre omissão imprópria, embora não seja recente, ganhou contornos relevantes a partir da acentuada apuração de crimes pertencentes ao âmbito do Direito Penal econômico, principalmente por meio da sobrecriminalização indireta, que viabilizou o aumento da punição de indivíduos pela via omissiva imprópria. A noção de deveres foi flexibilizada, exigindo-se muito mais dos indivíduos responsáveis nas empresas, possíveis causadoras de lesões a bens jurídicos de terceiros. Nesses casos, considera-se que o âmbito de organização do indivíduo foi ampliado, pois, embora tenha a liberdade de fundar uma empresa, também assume o dever de minimizar os riscos que ela pode representar a terceiros.

O risco se eleva no contexto de grandes empresas, como as Sociedades Anônimas, em que há uma especialização das funções e a atuação de múltiplos setores, como o produtivo, comercial, financeiro, de recursos humanos e administrativo. A complexidade é majorada

---

<sup>1</sup> O termo “dirigente” será empregado neste trabalho para se referir aos administradores de fato, assim como os de direito, que tenham uma relação juridicamente fundada com a companhia e sejam capazes de exercer um poder total ou parcial sobre a organização. (ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 405.)

nessas hipóteses não apenas pela departamentalização, mas pela divisão de funções (horizontal) e delegação de tarefas (vertical) dentro da companhia. Quer dizer, essa é a própria razão pela qual se funda uma empresa: dividir tarefas a fim de maximizar o processo produtivo e executar o objeto do contrato social da companhia.

Não obstante a complexidade das relações dentro das companhias, não se pode ignorar que alguns setores apresentam um risco acentuado de práticas delitivas, exigindo atenção e tratamento cauteloso. Deve-se, portanto, buscar um equilíbrio entre a impunidade decorrente da fragmentação das atividades e a responsabilização automática baseada apenas na posição ocupada. Entre os órgãos com maior relevância na administração das Sociedades Anônimas de capital aberto, destaca-se o Conselho de Administração, que compartilha com a Diretoria a função de administrar a companhia.

Assim, este trabalho tem por objetivo identificar se, e em que medida, é possível atribuir a responsabilidade penal aos membros do Conselho de Administração de Sociedades Anônimas (S.As.) de capital aberto, nas hipóteses em que deixam de agir para evitar o resultado da prática de delitos pelos demais membros da organização. Quer-se, dessa maneira, investigar se, na posição de membro do Conselho de Administração de uma S.A. de capital aberto, o indivíduo se encontra investido na posição de garantia em relação às ações dos indivíduos que compõem os outros órgãos sociais da companhia.

O trabalho se situa em uma intersecção entre o Direito Empresarial e o Direito Penal. Este diálogo é necessário para se compreender as atribuições específicas dos órgãos sociais das S.As., fixadas a partir da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações, adiante apenas denominada LSA), conjugada com a necessária análise sobre a posição de garantia prevista no Código Penal e seus requisitos. Ou seja, não há como discutir a posição de garantia do conselheiro de administração sem antes examinar seu papel dentro da companhia e compreender a dinâmica de sua relação com os demais principais órgãos da organização.

As Sociedades Anônimas são empresas de grande complexidade, seja pela dimensão de seus empreendimentos, pela departamentalização de setores essenciais ao seu desenvolvimento ou pela delegação de tarefas que ocorre nos níveis superiores, dificultando a definição da responsabilidade criminal diante de eventuais ilícitos.

O interesse na pesquisa decorre da necessidade de compreender se a função exercida pelos membros do Conselho de Administração os coloca em posição de garantia, impondo-lhes o dever de agir para evitar resultados delitivos no âmbito da companhia. E ele se justifica na medida em que as bases sobre o tema da omissão no âmbito do Direito Penal econômico ainda carecem de um aprofundamento, a ser realizado por meio de uma dogmática que contribua para

a resolução dos problemas concretos observados em alguns processos judiciais brasileiros sobre a matéria.<sup>2</sup>

Apesar da relevância do tema, a literatura nacional carece de obras que abordem a discussão proposta, tornando necessário que este trabalho recorra a um cotejo entre o Direito Empresarial, especificamente o societário, e o Direito Penal, com enfoque no empresarial. Essa é, inclusive, uma das razões deste trabalho, que se propõe a explorar este tema ainda pouco abordado no cenário nacional. O posicionamento dominante na doutrina brasileira é capitaneado por Estellita,<sup>3</sup> cuja obra influenciou outros trabalhos que exploraram a matéria da posição de garantia no cenário empresarial.<sup>4</sup>

Em suma, as obras mencionadas adotam o posicionamento de que os membros do Conselho de Administração não ocupam a posição de garantidores, atribuindo-lhes o dever de agir para evitar o resultado apenas em relação aos membros da diretoria, em razão de sua competência fiscalizatória sobre este órgão. Compreende-se que, em razão dos poderes conferidos ao CA por meio do artigo 142 da LSA, ele somente possui gestão parcial sobre a fonte de perigo empresa.<sup>5</sup>

Neste trabalho, parte-se da concepção de que a empresa é uma fonte de perigo que deve ser mantida dentro dos limites do risco permitido e que os seus dirigentes se enquadram como garantidores pelas pessoas ou coisas perigosas oriundas do seu âmbito de organização.<sup>6</sup> Para

---

<sup>2</sup> “A dogmática, portanto, não deve ser apenas uma técnica exegética, mas um instrumento de criação do direito, de modo a retificar, no plano argumentativo, o que o legislador havia normativamente consignado em detrimento da liberdade individual.” (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 22.)

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023; BAKAJ, Giovanna. **Responsabilidade penal de conselheiros de administração**: individualização das condutas e mitigação de riscos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

<sup>5</sup> 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. 185 e ss; ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023, p. 195; BAKAJ, Giovanna. **Responsabilidade penal de conselheiros de administração**: individualização das condutas e mitigação de riscos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 188.

<sup>6</sup> Por todos, ver: 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. 128-129; MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho** - PUCP, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 890.

tanto, deve-se analisar a atribuição formal das funções de cada órgão social, a fim de que se compreenda a extensão dos deveres de cada agente na estrutura organizacional da companhia. Mas não só. É preciso entender a dinâmica das interações entre os órgãos sociais, precisamente do Conselho de Administração com os demais, para que se apure os âmbitos de competência frente à delegação de tarefas e divisão de funções.

Ainda, tem-se como pressuposto que a companhia em que o membro do Conselho de Administração está inserido decidiu seguir, de forma restrita, todo o disposto na Lei das Sociedades por Ações, sem prejuízo de eventuais situações do caso concreto em que será necessário observar o estatuto social e as demais regras internas da companhia para averiguação do efetivo poder que o agente possui na organização.

A pesquisa busca investigar a posição do membro do Conselho de Administração de Sociedade Anônima de capital aberto, que possui a sua competência estabelecida no artigo 142 da LSA, sem prejuízo do disposto no estatuto social. A exploração diz respeito apenas à função de conselheiro, sem qualquer acréscimo de função simultânea que ele eventualmente tenha dentro da organização.

O questionamento que estabelece o rumo desta pesquisa é o seguinte: é possível atribuir responsabilidade penal aos membros do Conselho de Administração de Sociedades Anônimas de capital aberto nas hipóteses em que se omitem diante da prática de delitos por outros integrantes da organização?

## II. ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO E METODOLOGIA

Para buscar a resposta ao problema de pesquisa posto, utiliza-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, a ser realizado por meio da técnica de pesquisa de revisão bibliográfica, tendo em vista que as etapas que constituem tal método, qual sejam, a colocação do problema, a construção de um modelo teórico, a dedução de consequências dogmáticas específicas e o teste das hipóteses, mostram-se as mais adequadas. Isso porque através do problema proposto são formuladas as hipóteses, as quais, mediante aprofundado estudo da dogmática penal, poderão ser corroboradas ou falseadas com as conclusões inferidas pelo presente estudo.

Estrutura-se o trabalho em três capítulos. No primeiro, realiza-se uma introdução – com base no Direito Empresarial – à estrutura da Sociedade Anônima a partir do que dispõe a LSA, o que se mostra necessário, pois a determinação do conteúdo do dever de garante do empresário

se realiza por meio da normativa reguladora da atividade empresarial em análise.<sup>7</sup> Busca-se fazer uma breve distinção entre S.As. de capital aberto e fechado, assim como se aborda a competência e formação dos seus órgãos sociais. Esse incursão é indispensável para delimitar e compreender os deveres atinentes a cada um dos principais departamentos elencados pela LSA nas companhias.

O segundo capítulo trata dos pressupostos que caracterizam a posição de garantia e dos requisitos necessários para que um indivíduo detenha o dever especial de proteger bens jurídicos de terceiros, assumindo a condição de garantidor. No ponto, apresenta-se a distinção entre a utilização dos critérios formais e materiais, tomando-se posição pelo critério material, que permite a sua melhor adequação aos casos concretos. Adiante, abordam-se alguns dos modelos de fundamentação da posição de garantidor, adotando-se uma posição para o prosseguimento do trabalho.

Ainda, demonstra-se as espécies de garantidores elencadas pelo artigo 13, §2º, do Código Penal, e seus pressupostos caracterizadores, para, ao final, tomar posição sobre o fundamento material que se compreende como mais adequado para assentar as bases da posição de garantia dos dirigentes de empresas.

O último capítulo ingressa na discussão sobre a admissibilidade e efeitos da delegação de tarefas e divisão de funções para a posição de garantia oriunda da atividade empresarial. Após, desenvolve-se o dever concreto de agir dos membros do CA na S.A., que é realizado a partir de uma análise da competência do órgão social em sua atuação na S.A, o que permite ponderar sobre o controle das fontes de perigos geradas pela empresa. Por fim, analisa-se a possibilidade de os membros do Conselho de Administração serem considerados garantidores, avaliando se exercem controle sobre os riscos das atividades conduzidas pelos demais integrantes dos órgãos sociais da organização e em que medida podem intervir para prevenir o resultado lesivo aos bens jurídicos de terceiros.

## **1. ESTRUTURA E FUNÇÃO DOS ÓRGÃOS COLEGIADOS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

A expansão do Direito Penal para áreas estranhas ao cotidiano da maior parte da população já é realidade há muitos anos, quiçá décadas. Houve um considerável aumento da

---

<sup>7</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 906.

previsão legal de tipos penais que tutelam bens jurídicos de perigo abstrato,<sup>8</sup> como, por exemplo, o mercado concorrencial, as recuperações judiciais e, de forma mais acentuada nos últimos anos, o sistema financeiro como um todo. Isso ocorreu principalmente em razão da sedimentação do modelo de produção econômica a partir do desenvolvimento científico, do novo, que transformou a noção de risco em um elemento central na organização social.<sup>9</sup> Essa modalidade de criminalidade é de mais difícil percepção, uma vez que os resultados produzidos por esses delitos costumam passar despercebidos pela maioria das pessoas,<sup>10</sup> sendo identificáveis, na maior parte das vezes, apenas por meio de perícias técnicas – como ocorre nos crimes econômicos.

A criminalidade de colarinho branco<sup>11</sup> passou a ser percebida como tal somente na pós-modernidade, especialmente em razão do processo de globalização e da sociedade de risco<sup>12</sup>.<sup>13</sup> Atualmente, em razão da modernidade e dos riscos inerentes às ações do cotidiano na sociedade,<sup>14</sup> observa-se um aumento da exposição ao perigo em diversas áreas. Diante disso, recorre-se ao Direito Penal como um instrumento de estabilização social, com o objetivo de reprimir determinadas condutas, sejam elas comissivas ou omissivas. Em outros tempos, a produção de energia, a fabricação e distribuição de produtos não exigiam tecnologias

---

<sup>8</sup> HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2., n. 8, p. 41-51, out./dez., 1994, p. 46. O autor alemão ainda refere que os tipos de perigo abstrato sempre constituíram exceção, quadro que se alterou nas últimas décadas.

<sup>9</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 22.

<sup>10</sup> HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2., n. 8, p. 41-51, out./dez., 1994, p. 44.

<sup>11</sup> Termo disseminado a partir da obra de Edwin Sutherland, publicada em 1940. (SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.)

<sup>12</sup> Termo cunhado por Ulrich Beck, em 1986, ano em que publicou sua obra “Sociedade de risco rumo a uma outra modernidade”. Neste estudo, o autor alemão propôs a explicar algumas questões da sociedade de modernidade tardia, especialmente no que diz respeito à produção social da riqueza e, conseqüentemente, de riscos. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: ed. 34, 2010.)

Sobre a sociedade de risco, ver: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. *Stvdia Ivridica*, Coimbra: Coimbra Ed., n. 85, 2005, p. 21-36.

<sup>13</sup> DAVID, Décio Franco. **Manual de Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.

<sup>14</sup> Bottini estabelece uma diferença entre risco e perigo, que, à falta de melhor definição, transcreve-se aqui: “O risco refere-se à tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele. É uma forma de representação do porvir e uma modalidade de produzir vínculos com este futuro. Enquanto o perigo é destino, o risco se relaciona com medição, planejamento, estratégia. O risco será sempre uma qualidade do agir humano diante de diversas opções colocadas.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 24.)

avançadas, estruturas empresariais complexas e, em virtude disso, não afetavam de forma exponencial a vida em comum. Os riscos eram caracterizados pela pessoalidade, regionalidade, concretude e facilidade de previsão, tudo isso em virtude da simplicidade da vida cotidiana.<sup>15</sup>

Com a institucionalização da insegurança pela sociedade de risco, abriram-se as portas para a criminalização de condutas como uma eventual solução para a tutela de bens jurídicos supraindividuais, que não permitem uma "perfeita visão de causa-efeito".<sup>16</sup> Passou-se, portanto, de uma preocupação *ex post*, para uma preocupação *ex ante*, fundamentando-se os crimes de perigo, especialmente os de perigo abstrato.<sup>17</sup>

Silveira afirma que, com a transição do modelo centrado na lesão a bens jurídicos individuais para aquele voltado a bens de cunho supraindividual, passou-se a abarcar infrações fundadas no mero descumprimento de regras administrativas,<sup>18</sup> cujos tipos penais referem-se a situações de perigo potencial, supostamente gerado pela inobservância de normas extrapenais – o que teria provocado uma crise existencial no próprio âmbito do Direito Penal.<sup>19</sup>

No âmbito do Direito Penal Empresarial, a tendência que se impõe – seja pela sua administrativização, seja pela configuração de posições de garantia voltadas ao cumprimento regulatório por determinados agentes – consiste, segundo Silveira, na adoção de uma orientação de cunho supraindividual: o uso ampliado de situações omissivas.<sup>20</sup> Apresenta-se uma passagem de um Direito Penal supraindividual, que se preocupava com a tutela de condutas

---

<sup>15</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 25.

<sup>16</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 38.

<sup>17</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 39.

<sup>18</sup> Para Leal, a complexidade das relações de mercado e os interesses econômicos exigem a tutela de bens que atingem de forma difusa milhões de pessoas, como são os casos: i) da corrupção praticada no âmbito da administração pública; ii) danos e perigos ambientais; e iii) danos aos consumidores. Tudo isso causa uma “metamorfose do perigo”, de difícil delimitação e controle, de maneira que a consequência disso se verifica não crescimento sem desenvolvimento social, serviços públicos deficitários, insegurança pública e desordem social, acrescidas da violência urbana e impunidade. (LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e processual penal na sociedade de riscos**: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 64.)

<sup>19</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 46.

<sup>20</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 47.

Nesse sentido, com razão Figueiredo Dias, quando afirma que há uma tendência do aumento de omissões jurídico-penais relevantes no seio da “sociedade do risco”. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 908.)

com tipos penais de perigo abstrato, para uma nova previsão de condutas de escopo coletivo, formadas, sobretudo, pelo não-fazer algo.<sup>21</sup>

Entretanto, é necessário cuidado para não se visualizar a atividade empresarial como um potencial antro de práticas criminosas. Ela não o é e não deve ser tratada dessa forma. Na análise de condutas tipificadas pelo ordenamento jurídico, é essencial examinar as ações dos agentes de forma individualizada, de maneira que se distinga uma prática criminosa cometida no âmbito da empresa daquelas praticadas por apenas um ou alguns dos seus integrantes.<sup>22</sup>

Para se apurar a responsabilidade penal em ambiente empresarial,<sup>23</sup> é fundamental analisar e compreender a dinâmica de atuação da própria empresa: seus órgãos, o limite da responsabilidade de cada indivíduo e as atribuições efetivamente assumidas por ele, a fim de que se possa identificar quem deveria agir e de que forma em cada situação. Essa exploração sobre a realidade fática é fundamental, especialmente em razão do aumento da complexidade das estruturas empresariais e da própria característica dos delitos empresariais, em que, não raro, deve-se observar normativas e regulamentações específicas da área para se obter uma certeza sobre a responsabilidade penal.<sup>24</sup>

Além disso, a fragmentação da informação dentro da organização gera múltiplas contribuições para uma eventual prática criminosa, tornando-se essencial uma minuciosa análise da efetiva contribuição de cada agente para o resultado delitivo. Isso se deve ao fato de

---

<sup>21</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 48.

<sup>22</sup> Costa refere que, no que diz respeito à criminalidade econômica, não se pode inverter o ônus de provar, como parte da doutrina e dos tribunais vêm fazendo pelo mundo, isto é, exigindo que o acusado por um crime econômico comprove a origem lícita de seus bens. Proceder desta forma causa a violação do *in dubio pro reo*, garantia civilizatória tão cara de se conquistar. Nas palavras do autor português: “se não deve fomentar, muito menos deve fazer crer que só através da subversão se consegue algum êxito na luta contra este tipo de criminalidade. Aquele êxito passa, em nosso juízo, também pelo envolvimento de outras instâncias (sociais, culturais, econômicas e estaduais), de modo a que se consiga, isso sim, subverter a própria 'cultura da corrupção'.” (COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o Direito Penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 34, p. 9-25, abr.-jun., 2001, p. 6-10. Paginação irregular.)

<sup>23</sup> Schünemann aponta que uma parte da doutrina nega a possibilidade de que a criminalidade de empresa possa ser combatida com perspectivas de êxito a partir dos instrumentos tradicionais de responsabilização do Direito Penal, trazendo os seguintes argumentos, em síntese: i) a inviolável vigência do princípio da culpabilidade e do *in dubio pro reo* na punição do autor individual; ii) os modelos de explicação psicológico-coletivos da criminalidade de grupo, que sugerem uma sanção por meio de medida coletiva; iii) a dificuldade de colheita de provas no âmbito da criminalidade de empresa; iv) o reduzido efeito preventivo do Direito Penal nas organizações hierárquicas por uma moral própria. (SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascuraín Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 551.)

<sup>24</sup> SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 15.

que, isoladamente, cada ato pouco representa para a reunião de elementos que permitem ao agente a compreensão do caráter ilícito de seu comportamento. Nesse plano, é perfeitamente possível o agente contribuir objetivamente para a prática delitiva, mas não possuir conhecimento sobre a função dos demais, em razão da divisão de funções no interior da corporação.<sup>25</sup>

Para corretamente compreender a dinâmica do seu funcionamento, analisa-se como ocorre a formação das Sociedades Anônimas de capital aberto e os órgãos sociais que a compõem. É necessário abordar esse ponto, pois não se pode afirmar a existência – ou inexistência – de uma posição de garantia atribuída a determinado indivíduo, ou ao cargo por ele exercido, sem o devido conhecimento sobre seu âmbito de atuação e os deveres a ele inerentes.

As Sociedades Anônimas, que são uma espécie de sociedade por ações<sup>26</sup> – junto das sociedades em comandita por ações - geralmente são constituídas para grandes empreendimentos econômicos, e possuem como características fundamentais a limitação de responsabilidade dos sócios e a negociabilidade da participação societária, que visa despertar o interesse de investidores e agrupar capitais.<sup>27</sup> Justamente por se tratar da reunião de grandes somas de capital, as Sociedades Anônimas são mais intensamente reguladas pelo Estado, havendo legislação específica para disciplinar sua constituição, funcionamento e limites,<sup>28</sup> conforme dispõe a Lei nº 6.404/76, denominada Lei das Sociedades por Ações (doravante, apenas LSA).

Nesse sentido, além da já mencionada dificuldade de percepção da prática de delitos no interior da organização – em razão da divisão de funções e delegação de tarefas -, encontra-se, após a identificação de uma ilegalidade, a árdua tarefa de atribuição da responsabilidade, sobretudo em situações em que não há uma clara definição dos deveres e obrigações em cada cargo no interior da organização.<sup>29</sup> A divisão de atribuições dos órgãos sociais da empresa tem

---

<sup>25</sup> 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. 40.

<sup>26</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 387.

<sup>27</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

<sup>28</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

<sup>29</sup> O problema reside nos aspectos objetivo e subjetivo da imputação penal, pois, nas estruturas empresariais complexas, como ocorre nas companhias de capital aberto, o poder de decisão está altamente pulverizado nos setores e órgãos que compõem a estrutura. Não há, portanto, a possibilidade de apontar um indivíduo apenas

como intuito atingir os objetivos administrativos e jurídicos fixados nas normas, embora nem todas as questões atinentes a esta matéria interessem à tecnologia de administração de empresas ou ao setor jurídico, certos aspectos atendem, em parte, aos interesses de cada um desses campos.<sup>30</sup>

Em um viés prático da administração da companhia, o desmembramento da pessoa jurídica somente interessa para fins de delegação de tarefas e divisão de funções e responsabilidades. Mas, para o âmbito jurídico, a sua razão de existir tem o objetivo de atender as formalidades ligadas à eficácia dos atos de cada cargo, da sociedade, dos acionistas,<sup>31</sup> assim como, na seara criminal, para a compreensão de eventual responsabilidade penal dos agentes.

Desta forma, para uma correta compreensão dos limites de responsabilidade e das atribuições dos agentes no interior das companhias, é importante delinear, a partir do que dispõe a LSA, a estrutura empresária das sociedades anônimas de capital aberto e fechado, assim como realizar uma breve explanação acerca dos órgãos colegiados que compõem a organização, suas funções e atribuições.

## 1.1. SOCIEDADES ANÔNIMAS

As sociedades empresárias que possuem seu capital social distribuído em ações são denominadas Sociedades Anônimas, e podem ou não comercializar suas quotas no mercado de valores mobiliários.<sup>32</sup> Seus sócios têm, em relação à empresa, responsabilidade limitada ao preço das ações que possuem, nos termos do que determina o artigo 1º da Lei 6.404/76. A LSA regula as disposições específicas sobre as S.As., estabelecendo as balizas de atuação, regras de formação, votação e competência dos órgãos sociais, e pode ser complementada pelo estatuto

---

que determine o rumo da empresa. (GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. *In*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no Direito Penal Econômico**: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 335-344. p. 336.)

<sup>30</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199.

<sup>31</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199.

<sup>32</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 200. Sobre a definição de valor mobiliário, Coelho afirma que “trata-se de instituto jurídico cujo matiz são os títulos de crédito.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68.)

social<sup>33</sup> da organização, que conterà as disposições específicas sobre a sua constituição e estrutura.

A sociedade por ações possui como finalidade genérica a produção de vantagens econômicas, ou seja, busca se apropriar de um sobrevalor para converter em rendimentos aos sócios, cujo objeto social deve ser definido pelo estatuto, desde que não seja contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes (artigo 2º da LSA).<sup>34</sup> A Sociedade Anônima pode ser considerada uma instituição, como o Estado, pois nela também há vários interesses envolvidos, de maneira que deve ter uma estrutura interna capaz de considerá-los e compô-los de forma equilibrada ao interesse comum dos acionistas.<sup>35</sup>

Para a constituição da S.A., é necessário o preenchimento dos requisitos preliminares fixados pelo artigo 80 da LSA, quais sejam: a) subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; b) realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro; e c) depósito, no Banco do Brasil S/A., ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, de parte do capital realizado em dinheiro. Além disso, deve-se apresentar o estatuto social como projeto da constituição por subscrição pública por assembleia, nos termos do artigo 83 da LSA, ou, de outra forma, fará parte do conteúdo da escritura pública, se optar por subscrição particular, conforme artigo 88 da referida Lei.

Independente do formato definido, segundo Diniz, deve ocorrer a satisfação dos requisitos de contratos societários, a saber: a) denominação social (art. 3º da LSA e art. 1.160 do CC); b) objeto definido de modo preciso e completo (art. 5º da LSA); c) sede; d) prazo de duração da sociedade; e) determinação do número de ações nominativas em que se divide o capital social, além da espécie (ordinária, preferencial e de fruição), classe das ações e se terão valor nominal ou não, e a forma nominativa (art. 11 e seguintes da LSA); f) funcionamento da assembleia geral (artigos 121 e seguintes da LSA); g) composição dos órgãos de administração, o que inclui o conselho de administradores (nos casos pertinentes) e diretores em número mínimo de um, além de suas funções e o modo de sua substituição (art. 143 da LSA); h)

---

<sup>33</sup> “Estatuto é o contrato de sócios da sociedade anônima [t. II, §3, i. 3.3.] e leva esse nome porque contém o conjunto de regras da sociedade de forma mais rígidas e sem a menção ao nome dos sócios, diferentemente do que ocorre nos contratos sociais.” (DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 217.)

<sup>34</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 385.

<sup>35</sup> FILHO, Calixto Salomão. **O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 156.

conselho fiscal e o seu funcionamento (art. 161 da LSA); i) exercício social e distribuição de lucros; e j) regras para a dissolução da sociedade.<sup>36</sup>

Este tipo de sociedade empresária possui quatro características essenciais: é uma sociedade eminentemente de capital; possui risco limitado; empresarial em sua forma; e é altamente hierarquizada.<sup>37</sup> O seu capital social<sup>38</sup> é fracionado em quotas iguais representadas por títulos negociáveis, os quais recebem a denominação de “ações”, que limitam a responsabilidade do sócio ao valor investido, qual seja, o valor das ações adquiridas, culminando na separação do patrimônio do sócio/investidor.<sup>39</sup>

A gestão da companhia será realizada não somente por um administrador, lógica aplicável somente a pequenas e médias empresas, mas por órgãos sociais, cuja ideia reflete a compreensão da companhia como uma instituição na qual o capital, e não a pessoa titular do cargo, tem importância e relevo.<sup>40</sup> Assim, a companhia se manifesta a partir de seus órgãos sociais, que possuem a competência de expressar a vontade da empresa, seja a partir do colegiado ou dos membros da administração de forma individual, no caso dos diretores.<sup>41</sup> São, na prática, desmembramentos da pessoa jurídica, e não possuem, dessa forma, personalidade jurídica própria, isto é, não são sujeitos, de maneira que o titular de direitos e devedor de obrigações sempre será a Sociedade Anônima, e não os órgãos.<sup>42</sup>

A administração da companhia compete, de acordo com o estatuto, ao Conselho de Administração e à Diretoria, com a ressalva de que o CA somente representa a organização de forma colegiada, ao passo que os diretores podem, individualmente, representar e manifestar a vontade da organização, nos termos do artigo 138, § 1º, da LSA. Assim, quando um destes órgãos se manifesta, estará refletindo a vontade da companhia, afirmando a personalidade

---

<sup>36</sup> DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 221.

<sup>37</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 200.

<sup>38</sup> “grosso modo, trata-se de uma referência à contribuição que os sócios dão para a sociedade desenvolver a atividade econômica dela. Em termos didáticos, a sociedade precisa de recursos para organizar a empresa, e estes devem ser providos, primordialmente, pelos sócios. A noção de capital social corresponde, em termos gerais, a essa provisão, inicial ou suplementar.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.)

<sup>39</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 200; DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 217.

<sup>40</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 546.

<sup>41</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 111.

<sup>42</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 200.

jurídica da companhia.<sup>43</sup> A eles, atribui-se funções e poderes específicos, dividindo algumas delas com outros órgãos, como o Conselho Fiscal e assembleia geral.<sup>44</sup>

As S.As. geralmente são compostas pelos seguintes órgãos sociais: assembleia geral, Conselho de Administração, Diretoria e o Conselho Fiscal.<sup>45</sup> Nada impede que o estatuto preveja a criação de outros órgãos sociais, desde que não haja o conflito de atribuição com as competências já definidas na lei. Por exemplo, cita-se a criação do órgão responsável pelo *compliance*, responsável, a rigor, pela gestão de riscos e instauração de uma cultura ética no interior das instituições privadas ou públicas.<sup>46</sup>

Os órgãos colegiados, como a Diretoria, Conselho Fiscal e assembleia geral, são de existência obrigatória nas Sociedades Anônimas, ao passo que o Conselho de Administração é obrigatório apenas em relação às companhias de capital aberto e de capital autorizado, conforme preceitua o artigo 138, § 2º, da LSA.<sup>47</sup> Assim, o CA é facultativo nas S.As. de capital fechado.

Nesse ponto, apresenta-se algumas considerações sobre a diferença entre Sociedades Anônimas de capital aberto e de capital fechado, que dizem respeito à formação do capital social da companhia e algumas regras sobre sua estrutura, visando delimitar o escopo do presente trabalho.

### 1.1.1. Sociedade Anônima de capital aberto;

As sociedades por ações se dividem em companhias de capital aberto ou fechado, cuja definição ocorrerá de acordo com o artigo 4º da LSA, a partir da comercialização ou não das ações no mercado<sup>48</sup> de valores mobiliários,<sup>49</sup> ou seja, se estão ou não admitidas à negociação

---

<sup>43</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 111.

<sup>44</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 547.

<sup>45</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 111.

<sup>46</sup> SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. **Criminal compliance**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*, RB-2.1.

<sup>47</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 111.

<sup>48</sup> “A ação não é, ao contrário, apenas a representação de uma parte devida ao capital social e, a partir de então, uma parte devida do acervo patrimonial, se dissolvida e liquidada a sociedade, É também um título de participação social, a traduzir a extensão ao seu titular dos direitos e deveres sociais [...]”. (MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 418).

<sup>49</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 397.

no mercado de valores mobiliários<sup>50</sup>, por meio da captação pelo público em geral.<sup>51</sup> Para comercializar as ações no mercado de valores mobiliários, é necessário que a companhia esteja registrada na Comissão de Valores Mobiliários (artigo 4º, § 1º, da LSA; adiante, apenas CVM), e se submeta às regras específicas de regulamentação da CVM e da Lei 6.385/76, uma vez que é considerada instituição de interesse público<sup>52</sup> e faz parte da formação da poupança nacional.<sup>53</sup>

A CVM poderá, dentro da sua regulamentação sobre a comercialização de ações, classificar as companhias abertas em categorias, segundo as espécies e classes dos valores mobiliários por elas emitidos e negociados no mercado, e disciplinará o conteúdo sobre as companhias abertas aplicáveis a cada categoria (artigo 4º, §3º, da LSA). Além da CVM, o Conselho Monetário Nacional (CMN) atua com o objetivo de promover a expansão e assegurar o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, da bolsa e do balcão. Sua atuação visa proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra eventuais fraudes ou irregularidades praticadas por empresas que comercializam esses ativos, bem como em outras atividades relacionadas.<sup>54</sup>

Há, quanto à organização da S.A. de capital aberto, duas diferenças fundamentais no que diz respeito aos órgãos sociais: a primeira, que será obrigatória a existência do Conselho de Administração, imposição realizada pelo artigo 138, § 2º, da LSA; a segunda, que os titulares de, no mínimo, 10% das ações ativas da companhia, poderão requerer aos administradores da companhia (diretores e Conselho de Administração) que convoquem assembleia especial dos

---

<sup>50</sup> “por valores mobiliários – sujeitos ao regime da Lei 6.386/76 – têm-se as ações, debêntures e bônus de subscrição; os certificados de depósito de valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; as notas comerciais; os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e, quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.” (MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 400).

<sup>51</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 201.

<sup>52</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 201.

<sup>53</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 398.

<sup>54</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 398-399.

A CVM é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda com autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade financeira e autonomia financeira e orçamentária, regulada pela Lei 6.385/76. Sua atuação ocorre por meio da deliberação colegiada fixada pelo seu regimento interno. Sua competência está fixada pelo artigo 8º da Lei 6.385/76. (MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 401)

acionistas titulares com ações ativas<sup>55</sup> para deliberar sobre a realização de nova avaliação do valor da companhia (artigo 4º-A da LSA).

Segundo Mamede, a distinção entre companhias de capital aberto e fechado existe para proteger o grande público e a economia nacional dos riscos inerentes ao mercado de valores mobiliários, ressaltando os efeitos da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929, momento a partir do qual se passou a regular e fiscalizar a circulação de títulos de S.As. com maior intensidade.<sup>56</sup> Além disso, o regime jurídico aplicável às companhias de capital aberto visa “conferir ao investimentos em ações a segurança possível” para fortalecer o mercado de valores e, aliado a isso, motivar o ingresso de novos capitais por meio de investidores.<sup>57</sup>

### 1.1.2. Sociedade anônima de capital fechado;

As companhias de capital fechado e de capital aberto, embora pertençam à mesma modalidade societária, possuem algumas distinções entre si. A primeira tem como característica principal a impossibilidade de comercialização das ações ao público, pois se constitui a partir do capital somado dos sócios e não busca recursos no mercado de capitais, motivo pelo qual não sofre tutela estrita e seus interesses são regulados no âmbito unicamente interno da organização.<sup>58</sup>

Nesse ponto, em razão da ausência de comercialização de ações no mercado de valores mobiliários, o interesse público é consideravelmente menor, tendo em vista que não há necessidade de debate coletivo sobre o valor das ações e a regulamentação complexa sobre a forma de organização e comercialização das quotas sociais pela CVM. Isto é, o interesse da companhia de capital fechado é absolutamente privatista do quadro de sócios, de maneira que o principal objetivo enquanto organização é o lucro pessoal.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> A definição de ações ativas ou em circulação é dada pelo artigo 4º-A, da LSA, a saber: [...] “§ 2º Consideram-se ações em circulação no mercado todas as ações do capital da companhia aberta menos as de propriedade do acionista controlador, de diretores, de conselheiros de administração e as em tesouraria.”

<sup>56</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 397.

<sup>57</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

<sup>58</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 201.

<sup>59</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 202.

A lógica que rege as companhias fechadas é semelhante àquela aplicada às sociedades contratuais, sobretudo as sociedades limitadas, pois há uma similaridade entre a ação do sócio que aliena suas quotas em uma sociedade limitada *intuiti pecuniae* e a do acionista que aliena suas ações na S.A., havendo, em ambos os casos, uma negociação regida pela lógica contratual.<sup>60</sup>

### 1.1.3. Justificativa pela escolha da sociedade anônima de capital aberto;

Após estes breves comentários sobre as Sociedades Anônimas de capital aberto e fechado, sobretudo em relação à formação de seu capital e sua forma de organização, surge a necessidade da tomada de posição sobre qual das duas formas será utilizada como ponto de partida neste estudo. No presente trabalho, toma-se como base a Sociedade Anônima de capital aberto, em razão da obrigatoriedade da existência do Conselho de Administração fixada pelo artigo 138, §2º, da LSA.<sup>61</sup>

Esta escolha se justifica em virtude da possibilidade de que, na S.A. de capital fechado, inexista o CA, ficando facultado ao estatuto da companhia a sua criação ou não. Devido ao maior interesse público envolvido nas companhias de capital aberto, a fixação da obrigatoriedade do CA ocorre para obter um maior controle das ações da diretoria e descentralizar o poder conferido aos diretores.

Ademais, a existência de S.As. de capital aberto é mais comum se comparada às de capital fechado, muito em virtude da necessidade de investimentos expressivos para a obtenção de capital e funcionamento da companhia baseada somente no capital social depositado pelos acionistas. Logicamente, para se ter um empreendimento de grande porte, como é o caso das companhias, exige-se um investimento financeiro mais alto, que pode ser mais facilmente alcançado por meio da divisão de seu valor total em ações.

Fixada essa premissa, analisa-se, agora, as atribuições dos órgãos sociais obrigatórios das S.As. de capital aberto, a saber: Conselho de Administração, Diretoria, assembleia geral e Conselho Fiscal. Coelho destaca que a referida lei se ocupa somente dos órgãos situados no topo da hierarquia estrutural, e não da estrutura administrativa abaixo do nível da diretoria

---

<sup>60</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 398.

<sup>61</sup> “Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. [...] § 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.”

(coordenadorias, superintendências, departamentos etc.) porque é um assunto irrelevante para o direito societário e se estrutura em menor formalidade documental e de gestão.<sup>62</sup>

Embora não sejam estáticos e possam sofrer alterações de acordo com o estatuto social de cada companhia, sobretudo em virtude das interações ocasionadas pela delegação de tarefas e divisão de funções, passa-se a analisar a atribuição<sup>63</sup> ou competência conferida pela LSA a cada um dos órgãos sociais, seus deveres, obrigações e funções dentro da companhia.

## 1.2. COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Para elucidar, posteriormente, se os membros do Conselho de Administração das Sociedades Anônimas podem estar na posição de garantia, deve-se delinear e traçar algumas considerações acerca da atribuição deste órgão colegiado. O CA e a diretoria administram a companhia.<sup>64</sup> Trata-se de uma relação de fiscalização de um (CA) sobre o outro (Diretoria), mas não, precisamente, de uma relação de subordinação, pois, se assim fosse, os membros do CA deveriam executar as mesmas funções dos membros da direção, o que não ocorre devido à indelegabilidade das atribuições e poderes conferidos a estes órgãos de administração, conforme o artigo 139 da LSA.<sup>65</sup>

O Conselho de Administração desempenha uma função estratégica “macro-administrativa, em oposição à função da diretoria, que é micro-administrativa”, ou seja, o conselho se ocupa “das linhas mestras da atuação empresarial”, já a diretoria “encarrega-se do dia-a-dia da empresa e das inúmeras medidas que são necessárias para o cumprimento das metas, métodos e estratégias deliberadas pelo conselho de administração”.<sup>66</sup> Desta forma, sua

---

<sup>62</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199-200.

<sup>63</sup> Toledo entende como imprecisa a terminologia “competência” definida pela LSA para designar as atribuições dos órgãos sociais da companhia. Afirmo o autor que, na realidade, são termos distintos, que não devem ser confundidos. A competência designaria o poder de fazer atuar a jurisdição de um determinado órgão jurisdicional, enquanto o órgão é societário, e não jurisdicional, motivo pelo qual, em termos jurídicos, seria impreciso, podendo ser substituído por “atribuição”. Contudo, utiliza-se neste trabalho o termo “competência” para acompanhar o que determina e estipula a LSA, tomada como base para o fundamento empresarial deste trabalho. (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima**: estrutura, funções e poderes. Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 36-37.)

<sup>64</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 214.

<sup>65</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 126.

<sup>66</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 548.

função é agilizar o processo decisório no interior da organização, deixando somente as decisões de maior impacto e importância aos acionistas.<sup>67</sup>

Neste trabalho, parte-se do pressuposto de que, sob a ótica da S.A. de capital aberto, a instituição do CA é obrigatória, conforme explicado alhures. Trata-se de órgão colegiado de caráter deliberativo e de ordenação interna da companhia, que atua sempre por meio de decisões colegiadas, por maioria de votos, com o objetivo de fiscalizar a gestão da direção da companhia.<sup>68</sup>

Diniz afirma que o CA tem por função “definir e fixar a orientação geral de negócios da companhia, além de ser instância de consolidação do poder do controlador”.<sup>69</sup> Situa-se em uma posição intermediária entre a assembleia geral dos acionistas e a Direção, e possui funções mistas de fiscalização e tomadas de decisões sobre as matérias de interesse da organização.<sup>70</sup> Ele é, portanto, junto à diretoria, o órgão que expressa a vontade da Sociedade Anônima, representante da organização, isto é, que torna presente a vontade da companhia, nos limites da sua atribuição.<sup>71</sup> Em virtude disso, ocorre a diluição do controle, e, portanto, a diluição do poder, que permite um equilíbrio melhor entre os diversos interesses envolvidos nas grandes companhias.<sup>72</sup>

A sua competência está prevista no artigo 142 da LSA, tratando-se de rol exemplificativo,<sup>73</sup> sobretudo porque não há qualquer vedação de que, no estatuto, outras

---

<sup>67</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

<sup>68</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 122.

<sup>69</sup> DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 252.

<sup>70</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 122.

<sup>71</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima**: estrutura, funções e poderes. Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 9.

Toledo destaca que, embora a direção e o CA sejam órgãos que expressam a vontade da companhia, quem responde pelas obrigações assumidas pela organização em eventual responsabilidade civil e administrativa é a pessoa jurídica, uma vez que os representantes apenas externalizam a vontade da empresa.

<sup>72</sup> FILHO, Calixto Salomão. **O novo direito societário**: eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 151.

<sup>73</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 122.

atividades possam ser atribuídas ao CA, desde que não conflitem com aquelas de competência dos demais órgãos.<sup>74</sup>

As competências fixadas pela LSA são divididas, segundo Toledo, em três grupos, cujas funções podem ser classificadas da seguinte forma: a) programáticas ou normativas; b) de fiscalização ou controle; e c) propriamente administrativas.<sup>75</sup> Segundo o referido autor, as primeiras funções versam sobre o norteamento da companhia; as segundas, tratam sobre o cumprimento das normas fixadas e o alcance dos objetivos; já as últimas visam proporcionar os meios para a realização dos fins sociais fixados no estatuto.<sup>76</sup>

Nesse prisma, o artigo 142 da LSA estabelece as seguintes competências ao CA: a) fixar a orientação geral dos negócios da companhia, por meio da formulação da política empresarial, como a definição de objetivos, aprovação de planos e orçamentos anuais e plurianuais, nos limites do estatuto social;<sup>77</sup> b) eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto, destacando que se trata de ato discricionário do CA, indelegável e não passível de discussão na seara judicial;<sup>78</sup> c) fiscalizar a gestão dos diretores, podendo, para isso, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos, tratando-se, portanto, de um dos mais importantes poderes e deveres deste órgão.

Adiante, na referida norma, são atribuídas ao Conselho de Administração as seguintes competências: d) convocar a assembleia geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132; e) manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;<sup>79</sup> f) manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir, e a depender da relevância dos negócios mencionados; g) deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a

---

<sup>74</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes.** Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 37.

<sup>75</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes.** Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 37.

<sup>76</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes.** Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 37.

<sup>77</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes.** Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 38.

<sup>78</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes.** Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 38.

<sup>79</sup> Toledo ressalta que tal aprovação de contas pelo CA o vincula, assim como a direção, em eventual responsabilidade administrativa, exceto se, separadamente, o membro tenha votado de forma diversa. (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes.** Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.)

emissão de ações ou de bônus de subscrição; h) autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; e i) escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

Estas são as competências do CA definidas pela LSA, de maneira que, para além disso, há outras atribuições previstas em lei, quando não são exercidas pela assembleia geral e exista autorização pelo estatuto social, como por exemplo: a) definir preço de emissão de ações (artigo 14 da LSA); b) indicação de peritos para a determinação de preço das ações em casos de resgate (artigo 45, § 4º, da LSA); c) em companhias abertas, deliberar sobre emissão de debêntures conversíveis em ações (artigo 59, §§ 1º, 2º e 4º); d) emissão de bônus de subscrição (artigo 76 da LSA); e) autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais (artigo 154, § 4º, da LSA); f) aumento de capital social (artigo 166, II, da LSA) e emissão de ações em casos de capital autorizado (artigo 168, § 1º, “b”, da LSA); por delegação da assembleia geral, fixar o preço de emissão de ações a serem distribuídas no mercado (artigo 170, § 2º, da LSA); g) nomear o liquidante, se o conselho de administração for mantido em casos de liquidação (artigo 208, § 1º, da LSA); e h) convocar os diretores da companhia para prestarem esclarecimentos em reunião do órgão.<sup>80</sup>

Com efeito, frente à competência do CA estabelecida pela LSA, não causa surpresa que, na realidade econômica brasileira, o controle gerencial incipiente venha ocorrendo principalmente nas empresas que adotam práticas societárias para fortalecer sua reputação no mercado. Isso porque os requisitos de transparência e ética são tidos como fundamentais e mais rigorosos no mercado atual, e, com a diluição do controle entre o CA e a Direção, os efeitos do poder e seus possíveis abusos passam para a esfera dos administradores.<sup>81</sup>

A composição do Conselho de Administração é regulamentada pelo artigo 140 da LSA, que estabelece um mínimo de três membros, sem impor um limite máximo. O número de integrantes é determinado conforme o interesse da companhia, a representatividade dos sócios, os grupos de interesse ou stakeholders, seguindo princípios de boa governança. A definição da composição ocorre por meio dessas diretrizes, enquanto a eleição dos membros é realizada pela assembleia geral.<sup>82</sup> É composto por conselheiros internos, representantes dos acionistas

---

<sup>80</sup> DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 252

<sup>81</sup> FILHO, Calixto Salomão. **O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 152.

<sup>82</sup> DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 252.

majoritários e possuem estruturas informais, que não dispõem de processos definidos ou clareza na divisão dos papéis de conselho executivo nas empresas familiares.<sup>83</sup>

Caberá ao estatuto social determinar: a) o número de conselheiros e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho; b) o modo de substituição dos conselheiros; c) o prazo de gestão, que não poderá ser superior a três anos, permitida a reeleição; e d) as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho.

A qualquer tempo, os membros do CA podem ser destituídos de seus cargos pela assembleia geral (artigo 122, II, da LSA), em razão de se tratar de um cargo de confiança estabelecido por ela.<sup>84</sup> Estes membros podem ou não ser acionistas, flexibilização conferida com o intuito de que se proceda com a escolha do CA a partir da efetiva capacidade profissional e técnica para o mundo dos negócios, e não pelo mero fato de possuírem ações da companhia.<sup>85</sup>

O processo de votação para preenchimento dos cargos no CA pode ser previsto no estatuto social (artigo 140, inciso II, da LSA), embora na *práxis* da atividade empresarial seja incomum, deixando-se esta definição a cargo de proposição apresentada pela mesa da assembleia geral.<sup>86</sup> Geralmente, a eleição ocorre pelo regime majoritário, seja por meio da votação em chapa ou na escolha isolada de candidatos. A primeira modalidade, mais comum, consiste na votação em bloco para todos os cargos, com candidatos previamente definidos. Nesse formato, o grupo que obtiver a maioria dos votos na assembleia geral é eleito.<sup>87</sup>

Inclusive, o estatuto social pode prever a participação de representantes dos empregados no CA a partir de eleição direta, visando conferir a representatividade dos operadores da organização no CA (artigo 140, §1º, da LSA). Fica facultado, aos acionistas que possuam no mínimo 10% das ações da empresa com direito a voto, requerer a adoção de processo de voto múltiplo, por meio do qual o número de votos de cada ação será multiplicado pelo número de cargos a serem preenchidos, reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos em um só candidato ou distribuí-los entre vários (artigo 141, *caput*, da LSA), o que deve ser exercido

---

<sup>83</sup> FILHO, Calixto Salomão. **O novo direito societário**: eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 146.

<sup>84</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 233.

<sup>85</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 122.

<sup>86</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 123.

<sup>87</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 123.

pelos acionistas em até quarenta e oito horas antes da assembleia geral (artigo 141, §1º, da LSA).

No caso das companhias abertas, determina o artigo 140, §2º, da LSA – incluído pela Lei 14.195/2021 - que, na composição do Conselho de Administração, haverá conselheiros independentes, não vinculados à companhia, nos termos e prazos definidos pela CVM. Esta previsão legal faz parte de uma série de medidas que visam aumentar a obrigação das boas práticas de governança nas companhias de capital aberto, cujo texto normativo também vedou, a partir do artigo 138, § 3º, da LSA, a acumulação do cargo de presidente do Conselho de Administração com o cargo de diretor-presidente ou de principal executivo da companhia.<sup>88</sup>

### 1.3. COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÃO DA DIREÇÃO

A direção da companhia é o órgão administrativo que divide com o CA as atividades gerais de gestão da Sociedade Anônima, mas com atribuições distintas entre si.<sup>89</sup> Trata-se de órgão que exerce, em caráter permanente, as atividades de representação e gestão da companhia, da qual será responsável pela eficiência e busca pelo êxito.<sup>90</sup>

Ao contrário do CA, que é um órgão que unicamente toma decisões colegiadas, os diretores podem atuar de forma isolada, pois possuem, de forma privativa, a condição de representantes da companhia, com a ressalva de que os poderes e atribuições devem ser exercidos de forma harmônica entre si, com o intuito de melhor favorecer os interesses da companhia.<sup>91</sup>

Fica facultado, ao estatuto social da empresa, estabelecer certos gêneros de decisões que devam ser tomadas pelo órgão colegiado da diretoria, oportunidade em que a deliberação ocorrerá por maioria de votos. Portanto, se, no estatuto, não for definida a competência específica de cada diretor, e, ainda, se não fixada pelo CA, a todos os diretores compete representar a S.A. em todos os atos que seja necessário a sua manifestação.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 122.

<sup>89</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 214.

<sup>90</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 125.

<sup>91</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 125.

<sup>92</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 125.

Portanto, eles não são simples representantes da companhia, mas “meio de exteriorização da capacidade jurídica da sociedade”, ou, em outras palavras, são a voz da pessoa jurídica.<sup>93</sup> Quando um diretor se manifesta em nome da companhia, trata-se, na realidade, da expressão da própria vontade da organização, comunicada por meio de seus representantes.

É permitido, aos diretores, no exercício e limite de suas atribuições e poderes, a delegação de tarefas para terceiros dentro da companhia, desde que se especifique, no ato de delegação da tarefa, os atos e operações que os delegados deverão praticar, bem como a duração e observando a qualificação do mandatário.<sup>94</sup> Nesse ponto, Campinho afirma que é ilegal a prática de os diretores “constituírem, em nome próprio, mandatários que os representem e os substituam no exercício de suas funções”,<sup>95</sup> pois, em certa medida, desvirtuaria a própria confiança depositada pelo CA e pelos acionistas neles.

A composição da direção é determinada pelo artigo 143 da LSA, que impõe que o estatuto da companhia estabeleça: a) o número de diretores, ou o máximo e o mínimo permitidos; b) o modo de sua substituição; c) o prazo de gestão, que não poderá ser superior a três anos, sendo permitida, sem limitação, a reeleição; e d) as suas atribuições e poderes.

Deve ser composto por um ou mais membros, que são eleitos e podem ser destituídos, a qualquer tempo, pelo Conselho de Administração que, se inexistente na companhia – para os casos em que não é obrigatório, como, por exemplo, em S.As. de capital fechado – pode ser exercido pela assembleia geral, conforme prevê o artigo 143 da LSA.<sup>96</sup> Não há obrigatoriedade de os diretores se constituírem como acionistas da organização, mantendo-se, tão somente, a escolha por quesitos unicamente técnicos, na esteira do que já dito acerca dos membros do CA.<sup>97</sup>

A competência da Direção deverá ser atribuída a partir do estatuto social, que deverá definir o número de diretores, a duração do mandato e a eventual substituição de seus membros,

---

<sup>93</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 126.

<sup>94</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 125.

<sup>95</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 125.

<sup>96</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 216.

<sup>97</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 125.

podendo, inclusive, delimitar quais espécies de decisões serão tomadas somente em reunião do referido órgão, impedindo que sejam realizadas de forma individual (artigo 143, § 2º, da LSA).<sup>98</sup>

Há algumas responsabilidades e deveres em comum entre os administradores de companhias – diretores e membros do CA – que estão fixadas na LSA como forma de delimitar a forma de atuação destes órgãos, com o intuito de melhor proteger os investidores e o mercado concorrencial, como salientado anteriormente. Abaixo, apresenta-se alguns destes deveres e responsabilidades em comum, no que diz respeito a estes órgãos.

### 1.3.1. Deveres e responsabilidades em comum para os administradores

A direção e o CA realizam a administração da companhia, de modo que, junto do poder de administrar, lhes são atribuídos deveres, impedimentos e responsabilidades em comum.<sup>99</sup> Isso ocorre porque a LSA impõe uma série de deveres aos gestores e proíbe determinadas condutas, conforme estabelecido a partir do artigo 153 e seguintes.

O dever de diligência, contido no artigo 153 da LSA, deve ser o reitor do comportamento do gestor da companhia. Devido a ele, o profissional deve coletar informações do ramo em que atua, manter-se atualizado às mudanças tecnológicas, comparecer a reuniões, desconfiar da inconsistência, informar-se, aconselhar-se, investigar denúncias, supervisionar o trabalho de subordinados e não desviar bens ou oportunidades para si ou terceiros.<sup>100</sup> Quer dizer, o agente deve pautar suas ações na cautela e prudência, com boa-fé e no convencimento de que está atuando no sentido de melhor atender aos interesses da companhia, com capacitação técnica e profissional.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237.

<sup>99</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

<sup>100</sup> DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 255.

<sup>101</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 130.

Toledo critica a definição legal do artigo 153, cujo texto afirma que deve ter cuidado e diligência “que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”, pois esta definição parece não se adequar à profissionalização dos administradores de empresas atual, em que são contratados profissionais para a gestão da empresa que possuam *expertise* na área, em conformidade com o que dispõe o artigo 152 da LSA, que faz menção à “competência e reputação profissional”. O autor afirma que seria mais adequado a utilização do termo “dirigente de empresa consciencioso”, fixado pelo direito alemão. (TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima**: estrutura, funções e poderes. Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 55.)

A menção pela LSA ao “homem ativo e probo” se assemelha à figura do “homem médio” mencionada pela doutrina tradicional para buscar padrões médios e gerais de comportamento quando da aferição da presença de negligência do indivíduo nos crimes culposos. D’Avila lança luzes sobre a suposta existência deste “homem

Soa um tanto quanto abstrato falar em atuar com diligência. Contudo, para minorar os riscos da atuação empresarial é necessário cautela. Para se aferir se o dirigente teve uma atuação diligente, é necessário analisar a perícia empregada na atuação, e não o resultado propriamente dito. Por isso, a conduta diligente e proba não estará alinhada com a assunção de riscos desmedidos ou desnecessários, como a contratação de pessoas desqualificadas tecnicamente ou inidôneas para o exercício da função delegada.<sup>102</sup>

Coelho refere que o meio mais apropriado de operacionalização deste dever é considerá-lo em relação aos “cânones da ‘ciência’ da administração de empresas”, a partir do qual, por meio das boas técnicas e práticas da administração de empresas, se pode ter um parâmetro sobre uma atuação diligente.<sup>103</sup>

Ao dever de diligência, agrega-se o dever do dirigente de orientar suas ações para alcançar os fins da companhia, equilibrando os interesses sociais, dos acionistas e dos empregados, para atender satisfatoriamente todas as exigências do bem comum e da função social, consoante determina o artigo 154 da LSA.<sup>104</sup> O interesse da companhia prevalece, inclusive, em relação ao seu objeto social, tendo em vista que o primeiro é dinâmico e específico, devendo ser verificado em cada hipótese.<sup>105</sup>

Na sequência, o artigo 155 da LSA estabelece o dever de lealdade, impondo uma série de vedações aos membros da Diretoria, como, por exemplo: a) usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; b) omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; e c) adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

Na lealdade, está intrínseca a obrigação, posteriormente expressa pelo § 1º do artigo 155 da LSA, de o administrador de companhia aberta guardar sigilo sobre qualquer informação que

---

médio”, referindo que se trata de critério inadmissível, pois este homem ideal jamais existiu e flutua somente no plano das ideias (D’AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92-93). Isso também se pode dizer sobre o homem proba e ativo.

<sup>102</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 130.

<sup>103</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 255.

<sup>104</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 132.

<sup>105</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes**. Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 56.

ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.<sup>106</sup> Aqui, por certo, está uma regra de lealdade não somente para com a companhia, mas para com o mercado de ações, de maneira que, tamanha é a importância deste sigilo, que foi inserido o tipo penal do artigo 27-D na Lei nº 6.385/76,<sup>107</sup> que prevê a figura do *insider trading*, porque a conduta praticada pelo *insider* prejudica de sobremaneira a imagem e a confiança no mercado de capitais.<sup>108</sup>

Em uma hipótese de eventual descumprimento do dever de lealdade por parte do administrador, há três possíveis sanções: pecuniária (ressarcimento dos prejuízos causados), administrativa (impostas pelos órgãos fiscalizadores da atividade econômica, como a CVM ou o BC) e moral (afastamento do cargo, determinado pelo órgão da sociedade com atribuição para tal).<sup>109</sup>

Aliado ao dever de sigilo, o dever de informar, embora pareça conflitante à primeira vista, na realidade o complementa, porque ambos tutelam interesses jurídicos distintos.<sup>110</sup> O dever de informar é estabelecido a partir do artigo 157 da LSA e possui vinculação direta com a transparência que os membros da Direção devem possuir frente aos demais. Principalmente em razão do poder que os diretores possuem, é interesse dos acionistas minoritários, investidores, prestadores de capital e fornecedores de bens e serviços que exista um sistema eficiente para que se tenha conhecimento das informações relevantes sobre os negócios que envolvam a companhia.<sup>111</sup> Goza de fundamental importância nas companhias abertas, em face

---

<sup>106</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 553.

<sup>107</sup> Esta conduta, inclusive, foi tipificada como crime pela Lei nº 13.506/2017, e conta com a seguinte redação: Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários: (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017) Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

<sup>108</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima**: estrutura, funções e poderes. Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 60.

O referido autor destaca que, para que o mercado de capitais seja revestido da credibilidade de que necessita para atingir sua função econômica, precisa ser e dar ares de igualdade de oportunidades de conhecimento dos fatores que influem na formação dos valores mobiliários.

<sup>109</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima**: estrutura, funções e poderes. Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 59.

<sup>110</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 135.

<sup>111</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 134.

dos impactos que podem produzir no mercado de valores mobiliários, e, sobretudo, aos direitos e interesses de terceiros que negociem os valores ou títulos da empresa.<sup>112</sup>

Em razão disso, o artigo 157, *caput*, da LSA determina que os membros da Diretoria e do Conselho de Administração devem declarar, no momento da assinatura do termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações de emissão da companhia, bem como de sociedades por ela controladas ou pertencentes ao mesmo grupo, das quais sejam titulares. Isto é, cabe ao administrador da companhia guardar reservas sobre eventuais operações capazes de impactar no comportamento dos investidores da companhia, obstando-lhe o uso pessoal ou em favor de terceiros em relação a informações privilegiadas de que tenha conhecimento.<sup>113</sup>

Em decorrência dos deveres impostos aos membros da administração, há uma série de vedações fixada pela LSA, sobretudo pelos §§ 2º e 3º do artigo 154, como por exemplo: a) praticar ato de liberalidade às custas da companhia; b) tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito, sem prévia autorização da assembleia geral ou do Conselho de Administração; c) receber de terceiros sem autorização estatutária ou da assembleia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta em razão do exercício de seu cargo, com dever de reposição dos valores à companhia.<sup>114</sup> No que tange à responsabilidade civil dos diretores e membros do Conselho de Administração, é individual e não há qualquer distinção realizada pela LSA porque ambos são considerados administradores da companhia.<sup>115</sup>

As competências dos membros do CA e da direção são devidamente descritas, seja pela lei ou pelo estatuto social, e, do seu descumprimento, há o que Diniz denomina de “abuso de poder”.<sup>116</sup> Por isso, é fundamental haver a descrição pormenorizada da competência de cada um dos órgãos sociais da empresa.

---

<sup>112</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 554.

<sup>113</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 135.

<sup>114</sup> DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 257.

<sup>115</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima**: estrutura, funções e poderes. Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 75.

<sup>116</sup> O autor divide em duas espécies de abuso de poder: a) excesso de poder: quando a atuação do agente excede as específicas competências legais ou estatutárias; e b) desvio de poder: quando há a prática de atos estranhos ao objeto social indicador dos rumos da sociedade, isto é, com fins distintos do objeto social. (DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 257.)

#### 1.4.COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL

A assembleia geral é o órgão representativo<sup>117</sup> da vontade dos acionistas na companhia. Ao decidir sobre os negócios relativos ao objeto da empresa, há uma vinculação de todos os sócios, desde que observados os procedimentos legais e fixados no estatuto social.<sup>118</sup> Possui autorização legal para votar e deliberar sobre qualquer assunto do interesse social. As assembleias se dividem em duas espécies: as gerais, que são destinadas à participação de todos os acionistas, seja os com ou sem direito a votos; e as especiais, quando somente estão reunidos determinados tipos de sócios ou proprietários de valores mobiliários diversos da companhia.<sup>119</sup>

Há ainda uma subdivisão, pois as assembleias gerais se classificam em ordinárias e extraordinárias. A primeira modalidade será as que tiverem por objeto as matérias contidas no artigo 132 da LSA<sup>120</sup> e as demais serão consideradas extraordinárias.<sup>121</sup> A assembleia geral deverá ocorrer no local onde a companhia tiver sede, salvo por motivo de força maior, ocasião na qual será anunciado, com clareza, o local da reunião (artigo 124, § 2º, da LSA). As decisões tomadas pela assembleia geral serão, por regra, formadas por maioria absoluta, desconsiderando-se os votos em branco.

Diferente das pequenas e médias empresas, em que o sócio é a figura principal que assume o risco do negócio e investe seu patrimônio, gerindo-o através do controle das atividades da pessoa jurídica, a assembleia de acionistas possui um caráter mais restrito na tomada de decisões da companhia. Age apenas em determinadas ocasiões consideradas importantes e estratégicas para o futuro da organização, leia-se, contribuindo para a tomada de decisões de planejamento e definição de políticas para o melhor aproveitamento do capital investido pelos indivíduos que adquiriram as ações daquela empresa.

---

<sup>117</sup> Campinho afirma que a assembleia geral é o “conclave dos acionistas de uma companhia”. (CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 111.)

<sup>118</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 214.

<sup>119</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 214.

<sup>120</sup> “Art. 132. Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembléia-geral para: I - tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras; II - deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos; III - eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso; IV - aprovar a correção da expressão monetária do capital social (artigo 167).”

<sup>121</sup> VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 214.

O poder da assembleia geral de acionistas foi flexibilizado diante da crescente necessidade de otimizar as relações empresariais e societárias, impulsionada pelos desafios econômicos inerentes ao desenvolvimento das empresas e à dinâmica globalizada. Isso resultou na redefinição do perfil de interação entre os órgãos sociais, com a adoção de modelos mais flexíveis que favorecem uma tomada de decisões mais ágil e eficaz,<sup>122</sup> mediante a atribuição de mais competências à Diretoria e ao Conselho de Administração.

Contudo, em que pese a tendência de designar tarefas aos órgãos sociais de administração, compete privativamente à assembleia geral as seguintes atividades, nos termos do artigo 122 da LSA: a) reformar o estatuto social; b) eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142; c) tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas; d) autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59; e) suspender o exercício dos direitos dos acionistas (art. 120 da LSA); f) deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social; g) autorizar a emissão de partes beneficiárias; h) deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar as suas contas; i) autorizar os administradores a confessar falência e a pedir recuperação judicial; e j) deliberar, quando se tratar de companhias abertas, sobre a celebração de transações com partes relacionadas, a alienação ou a contribuição para outra empresa de ativos, caso o valor da operação corresponda a mais de 50% do valor dos ativos totais da companhia constantes do último balanço aprovado.

Para promover a reforma do estatuto social - competência prevista pelo artigo 122, inciso I, da LSA - exige-se o cumprimento de alguns requisitos como a instauração da assembleia geral extraordinária, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, 2/3 do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto, em primeira convocação (artigo 135, *caput*, da LSA). Todavia, para a aprovação da reforma do estatuto, é exigido, no mínimo, da metade do total de votos conferidos pelas ações com direito a voto, exceto se o estatuto exigir *quórum* maior (artigo 136, *caput*, da LSA).<sup>123</sup>

A assembleia geral deve ser convocada por meio do Conselho de Administração, para os casos de companhias que possuam este órgão, ou pela Diretoria, nos demais casos. O

---

<sup>122</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 111.

<sup>123</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 390.

parágrafo único do artigo 123 da LSA prevê a possibilidade de convocação extraordinária da assembleia geral, nas seguintes hipóteses: a) pelo Conselho Fiscal, nos casos previstos no inciso V do artigo 163 da LSA;<sup>124</sup> b) por qualquer acionista, quando a administração retardar, por mais de sessenta dias, a convocação, nos termos da lei ou do estatuto; c) por acionistas que representem, no mínimo, cinco por cento do capital social, quando os administradores não atenderem, em oito dias, o pedido de convocação que for apresentado, com as matérias a serem tratadas; e d) por acionistas que representem, no mínimo, cinco por cento do capital votante ou, no mínimo, dos acionistas sem direito a voto, quando os administradores não atenderem, em oito dias, o pedido de convocação de assembleia para a instalação do Conselho Fiscal.

Para conduzir os trabalhos da assembleia, os acionistas escolherão, entre os indivíduos presentes, um presidente e um secretário para comporem a mesa, sendo lícito, por outro lado, o estatuto fixar de forma alternativa, pela inteligência extraída do artigo 128 da LSA.<sup>125</sup> Nesse sentido, poderá o estatuto definir se a mesa será composta por um diretor da companhia ou pelo presidente do CA.<sup>126</sup>

Ao conduzir os trabalhos na assembleia geral, deverão estar presentes, ao menos, um dos administradores da companhia e o auditor independente - se existir esta figura -, visando atender a eventuais pedidos de esclarecimentos de acionistas (artigo 134, § 1º, da LSA). Essa deliberação é de suma importância, considerando que a aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 134, § 3º, da LSA).<sup>127</sup>

Em razão disso, o § 2º do artigo 134 da LSA estabelece que, havendo a necessidade de esclarecimentos adicionais, a assembleia poderá adiar a deliberação e determinar diligências, assim como o poderá fazer na hipótese de ausência do administrador, membro do CF ou auditor independente (artigo 134, § 2º, da LSA).

---

<sup>124</sup> “Art. 163. Compete ao conselho fiscal: V - convocar a assembléia-geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembléias as matérias que considerarem necessárias;”

<sup>125</sup> Art. 128. Os trabalhos da assembléia serão dirigidos por mesa composta, salvo disposição diversa do estatuto, de presidente e secretário, escolhidos pelos acionistas presentes.

<sup>126</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 543.

<sup>127</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário**: sociedades simples e empresárias. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 543.

## 1.5. COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÃO DO CONSELHO FISCAL

O Conselho Fiscal (CF) é o órgão da Sociedade Anônima responsável por fiscalizar os atos dos administradores e informar a assembleia geral, incumbindo-lhe especialmente o controle da regularidade das contas e dos atos de gestão, bem como a verificação do cumprimento dos deveres legais e estatutários previstos.<sup>128</sup> Possui uma função auxiliar, porque tem por objetivo levar à assembleia geral as informações necessárias para que esse órgão possa exercer a supervisão e o controle da gestão empresarial por parte da administração.<sup>129</sup>

A sua existência se justifica para não tornar impossível a gestão da empresa a partir da análise e resposta às requisições de cada um dos investidores, concentrando-se o poder genérico de fiscalização deles no Conselho Fiscal, que deve supervisionar as atividades e contas sociais da companhia, promovendo o equilíbrio dos interesses individuais dos acionistas para com corporativos da organização.<sup>130</sup>

Embora seja um órgão de existência obrigatória, o CF não necessita ser permanente, o que significa dizer que poderá ter seu funcionamento eventual, apenas em determinadas datas, conforme preceitua o artigo 161, *caput*, da LSA. Só há duas hipóteses onde o seu funcionamento contínuo é obrigatório: nas sociedades de economia mista (artigo 240 da LSA) ou se prevista esta disposição no estatuto social (artigo 161, *caput*, da LSA). Ele poderá atuar em todo e qualquer exercício social, constituindo-se como instrumento de fiscalização da gestão da companhia disponível aos acionistas, ou, se for a vontade da assembleia geral, apenas em certos exercícios sociais.<sup>131</sup>

A sua composição obedecerá às seguintes disposições, nos termos do artigo 161 e seguintes da LSA: a) terá, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela assembleia geral; b) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, 1 (um) membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto;

---

<sup>128</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 145.

<sup>129</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 145.

<sup>130</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004, p. 561.

<sup>131</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 145.

c) ressalvado o disposto na alínea anterior, os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nos termos da alínea “a”, mais um; e d) os seus membros e suplentes exercerão seus cargos até a primeira assembleia geral ordinária que se realizar após a sua eleição, e poderão ser reeleitos.

Unicamente podem ser eleitos para o CF as pessoas naturais, que residam Brasil, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal, exigência realizada pelo artigo 162, *caput*, da LSA. Além disso, não podem ser eleitos os membros de órgãos de administração (Direção e CA) e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia, vedação imposta pelo artigo 162, § 2º, da LSA.

A função de conselheiro fiscal é indelegável, conferindo maior pessoalidade à figura do agente, uma vez que ficariam frustrados os fins da lei ao prescrever os impedimentos e vedações para assunção do cargo.<sup>132</sup> Isto é, de nada adiantaria uma série de vedações de caráter pessoal para o agente fiscalizador se ele pudesse delegar as suas funções e tarefas posteriormente a outro indivíduo que não tivesse as mesmas características pessoais e técnicas.

Da mesma forma como ocorre nas decisões do Conselho de Administração, as decisões do Conselho Fiscal sempre serão colegiadas, efetuadas a partir da maioria de seus membros, conclusão que pode ser extraída a partir da leitura do artigo 163 da LSA, que afirma que a competência é do conselho, e não de seus membros.<sup>133</sup> Porém, visando dar maior efetividade e eficiência no desempenho da atividade principal do CF, há algumas atividades que podem ser exercidas de forma individual por cada um dos membros, como se verifica nos §§ 2º e 4º do artigo 163 da LSA.

O § 2º do artigo 163 da LSA autoriza qualquer membro do Conselho Fiscal a solicitar esclarecimentos ou informações aos órgãos de administração, bem como a elaboração de demonstrações financeiras ou contábeis especiais, desde que relacionadas à sua função fiscalizadora. Além disso, o § 4º do mesmo artigo refere que, havendo auditores independentes, qualquer membro do CF poderá solicitar-lhes esclarecimentos ou informações, assim como a apuração de fatos específicos.

---

<sup>132</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 145.

<sup>133</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 146.

Por fim, os seus membros possuem deveres, que são os mesmos fixados aos membros da administração, previstos nos artigos 153 a 156 da LSA.<sup>134</sup> Assim, sobre esse ponto, remete-se o leitor ao tópico 1.3.1 deste trabalho. Por isso, se caracterizado o exercício abusivo da prerrogativa funcional conferida ao CF, isto é, detectado que as solicitações formuladas não são em favor dos interesses da companhia, mas em prol de interesses particulares do conselheiro ou em benefício de terceiro, será válida a negativa ou recusa dos pedidos, especialmente em razão de que o direito à informação por parte dos membros do CF não é absoluto.<sup>135</sup>

No que se refere à atividade fiscalizatória, CF difere do CA, pois este último exerce a fiscalização de forma mais ampla, abrangendo todos os demais órgãos da companhia. O CA, ao fiscalizar os membros da Diretoria, não está restrito à legalidade ou adequabilidade contábil dos atos praticados, mas autorizado a abranger pontos como a economicidade, conveniência, oportunidade e outros aspectos que entender relevantes.<sup>136</sup> O CF, por sua vez, não tem a competência para questionar qualquer ato praticado pelos outros órgãos, de maneira que não lhe incumbe adentrar ao mérito das decisões tomadas pelos diretores na condução da companhia.<sup>137</sup> Em outras palavras, trata-se de um órgão de natureza técnica, sem ingerência sobre os rumos políticos da companhia.

Desta forma, delimitado, em síntese, a posição e função dos órgãos sociais que compõem as S.As. de capital aberto. No próximo capítulo, serão abordados os pressupostos caracterizadores da posição de garantia e a sua fundamentação legal, objeto que interessa ao presente trabalho.

## 2. PRESSUPOSTOS CARACTERIZADORES DA POSIÇÃO DE GARANTIA

O tema da omissão imprópria no Direito Penal é, sem dúvida alguma, de complexidade ímpar, especialmente no que tange à discussão sobre a posição de garantia nos delitos que envolvem o âmbito empresarial, como é o objeto deste trabalho. Gimbernat Ordeig afirma que

---

<sup>134</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 148.

<sup>135</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 148.

<sup>136</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

<sup>137</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

“lo único seguro em los delitos de omisión es que no hay nada seguro”, expressão que reflete bem a singularidade destes tipos de crimes.<sup>138</sup>

A discussão sobre a omissão na dogmática penal<sup>139</sup> adquiriu novos contornos a partir da criminalização de diversas condutas visualizadas na esfera penal empresarial, de modo que há diversos ângulos a se analisar este tema. Realiza-se, agora, um breve apanhado sobre alguns pontos relevantes dos crimes omissivos impróprios.

Para a teoria finalista da ação, adotada pelo Código Penal brasileiro, parte-se do conceito de que a ação tem um fundamento natural ou ontológico, que precede o jurídico, de modo que ela só pode ser verdadeiramente retratada se vinculada ao dever de agir.<sup>140</sup> Entretanto, a doutrina moderna parece concordar em reconhecer a omissão como realidade normativa, ao passo que somente pode ser pensada sob os pressupostos de uma norma, sendo, portanto, desprovida de qualquer substrato naturalístico.<sup>141</sup>

A rigor, entende-se que omitir não é unicamente permanecer inerte frente a um risco de lesão ao bem jurídico, mas não praticar a ação determinada pela norma<sup>142</sup> nas hipóteses em que o agente tinha a capacidade de compreender os fatos e agir de outro modo.<sup>143</sup> Essa compreensão

---

<sup>138</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. El delito de omisión impropia. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, v. 4, n. 2, p. 525-553, 1999, p. 526.

<sup>139</sup> Sobre a discussão acerca do critério diferenciador entre omissão própria (ou pura) e imprópria (impura), ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 914 e ss.

<sup>140</sup> TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 22; TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 236.

<sup>141</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. *Stvdia Ivridica*, Coimbra: Coimbra Ed., n. 85, 2005, p. 186-187.

Zaffaroni e Pierangeli afirmam que não é possível visualizar uma omissão pré-típica, porque omitir é apenas “não fazer” o que se deve fazer, dever que passa a ser conhecido penalmente apenas quando se chega à tipicidade. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 468.)

"Torna-se evidente, após tantas tentativas, que a natureza não concebe a omissão como fenômeno em si e que a sua existência só é possível mediante a consideração axiológica de um fato cuja manifestação natural, encontrar-se-á - e por isso, irrelevante nesse momento - entre o todo e o nada. Sua natalidade está necessariamente condicionada à normatividade, *in casu*, jurídico-penal;" (D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. *Stvdia Ivridica*, Coimbra: Coimbra Ed., n. 85, 2005, p. 188.)

<sup>142</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2025, p. 301.

<sup>143</sup> Dias refere que, nos crimes de omissão, o agente não faz uma ação esperada ou imposta, e, por isso, em uma perspectiva realista, não é possível se falar em causalidade, dolo ou decisão de praticar o ilícito. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 905.)

decorre da própria estrutura normativa dos crimes omissivos impróprios, nos quais a responsabilidade penal se funda na violação de um dever jurídico de agir. Nesse contexto, a relação entre omissão e resultado não se estabelece nos mesmos termos da causalidade nos crimes comissivos, exigindo uma construção dogmática específica. Em sentido material, falar em causalidade na omissão implica, inevitavelmente, uma presunção desfavorável ao réu, uma vez que este não tem como comprová-la, sendo possível tratar apenas de um conceito jurídico de causalidade.<sup>144</sup>

A discussão sobre a causalidade na omissão parecer ser infrutífera.<sup>145</sup> Parece pouco interessar se a conduta é qualificada como causa ou quase-causa do resultado, pois, em ambos os casos, haverá responsabilização criminal sob os mesmos pressupostos, o que não impede que se fale em causalidade na omissão.<sup>146</sup> Para Ruivo, nos crimes omissivos, a análise deve seguir dois questionamentos fundamentais: primeiro, se o resultado teria ocorrido diante da supressão mental de uma determinada força; e, segundo, se o destinatário da norma (garante) poderia realizar alguma ação impeditiva da ocorrência do resultado.<sup>147</sup> De todo modo, a violação de um dever legal de agir somente é possível àqueles que possuem um dever jurídico correspondente,<sup>148</sup> sendo estes, nos crimes de omissão imprópria, denominados garantes ou garantidores.

É justamente neste ponto que se encontra o debate central deste trabalho: a definição da posição de garantia atribuível aos membros do Conselho de Administração das Sociedades Anônimas de capital aberto. É necessário realizar uma análise cautelosa acerca dos pressupostos

---

De toda maneira, possui razão Bierrenbach, quando afirma que a noção de causalidade não é um conceito jurídico, mas lógico. (BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 37.)

<sup>144</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 903.

<sup>145</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 929.

<sup>146</sup> GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impróprios**. Tradução: Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 19.

Para Prado, não há causalidade alguma na omissão, pois “O simples fato de o sujeito ter uma atitude passiva deixa evidente a impossibilidade de originar qualquer processo gerador de um resultado, sendo que este último é imputado sem a existência de qualquer nexos causal.” (PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, p. 195-225, jul.-ago., 2011.)

<sup>147</sup> RUIVO, Marcelo Almeida. A prova e o método de verificação da causalidade na omissão imprópria. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 28, vol. 170, p. 191-212, ago., 2020, p. 7-8. Paginação irregular.

<sup>148</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 913.

caracterizadores da posição de garantia e o preenchimento (ou não) de seus requisitos por parte dos referidos agentes.

A omissão somente será típica<sup>149</sup> se o agente estiver em uma posição de garantidor,<sup>150</sup> que é o primeiro passo na subsunção para a imposição da responsabilidade omissiva imprópria, sendo complementada por outros requisitos.<sup>151</sup> Embora o foco deste trabalho seja o alcance do dever de garantia em si, faz-se necessário um breve apanhado dos demais requisitos objetivos e subjetivos do tipo, a fim de que se tenha um panorama dos requisitos para a responsabilidade omissiva imprópria.

## 2.1. ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO TIPO NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Atualmente, há um problema de sobrecriminalização indireta que envolve os delitos de omissão imprópria, cujo cerne reside na utilização dos institutos do Direito Penal para aumentar a vigência da responsabilidade penal.<sup>152</sup> Zonta faz a ressalva de que, embora haja a tendência de criminalização direta pela mera posição ocupada, por outro lado há a risco de gerar a fragmentação da responsabilidade no seio empresarial.<sup>153</sup>

Por isso, é fundamental a correta configuração e análise da posição de garantia do agente, especialmente porque após a fixação da premissa de que o agente é, em determinada ocasião, garante sobre outrem, o desenvolvimento posterior da apuração da responsabilidade penal se dará nos mesmos termos do delito praticado de forma ativa. Isto é, sob a análise da

---

<sup>149</sup> Gimbernat Ordeig refere que a omissão é um conceito desvalorado que, ao ter um conteúdo especificamente jurídico-penal, se converte em omissão típica, ou seja, adquire relevância à esfera criminal. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 40, n. 3, p. 579-608, 1987, p. 604.)

<sup>150</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 145.

<sup>151</sup> 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. 33.

<sup>152</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 75-76.

<sup>153</sup> ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 20.

antijuridicidade, culpabilidade, imputação objetiva, realização do resultado,<sup>154</sup> concorrendo para a mesma pena cominada para a prática do delito de forma ativa.

Todavia, a mera posição do indivíduo como garante não é o único elemento do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios, que exigem a presença das seguintes condições: situação típica; omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado; capacidade físico-real de agir; nexó de causalidade e imputação objetiva.<sup>155</sup> Ainda, é necessário que haja, ao menos, uma situação de perigo para o bem jurídico tutelado, não subsumindo ao tipo uma conduta qualquer, que não ofereça risco ou dano ao bem jurídico.<sup>156</sup>

Desta forma, o artigo 13, do *caput* ao § 2º, do Código Penal, “estabelece pressupostos causais (omissão como condição do resultado), ontológicos (capacidade fático-real de agir) e normativos (dever de garantidor) da tipicidade”.<sup>157</sup> Mir Puig refere que a omissão imprópria e a própria se diferenciam na medida em que aquela é complementada por outros três elementos: a posição de garante; a produção de um resultado e a possibilidade de evitá-lo.<sup>158</sup>

Pode-se dizer que a infração das normas imperativas<sup>159</sup> constitui a essência do crime omissivo, tendo em vista que reside em não fazer a ação ordenada pela norma, pela condição

---

<sup>154</sup> "Garante" é um termo polissêmico utilizado para expressar o que se entende, em cada época, o sujeito que pratica uma conduta comissiva por ação. (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 146.)

<sup>155</sup> 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. 33.

Fragoso acrescenta a necessidade da superveniência do resultado típico em virtude da omissão. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 290).

<sup>156</sup> Nesse sentido: D'AVILA, Fabio Roberto. Ação e omissão em Direito Penal. Alguns aspectos teóricos e práticos. **Revistas de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 16, n. 66, p. 201-220, jul.-set., 2017, p. 214; SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. *E-book*, p. 223. D'Avila cita como exemplo o perigo real de morte a demandar a intenção salvadora pelo garantidor.

<sup>157</sup> 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. 81.

Souza e Japiassú criticam o fato de o artigo 13, *caput*, do CP, ter equiparado a ação à omissão como condição do resultado, aproximando-se do conceito natural ou mecanicista da omissão, ao passo que o parágrafo segundo do mesmo artigo elege um conceito normativo de causalidade na omissão, nas hipóteses em que é violado o dever de evitar o resultado. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. *E-book*, p. 258.)

<sup>158</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 318.

No mesmo sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 953.

<sup>159</sup> Também denominadas de preceptivas ou mandamentais. (D'AVILA, Fabio Roberto. Ação e omissão em Direito Penal. Alguns aspectos teóricos e práticos. **Revistas de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 16, n. 66, p. 201-220, jul.-set., 2017, p. 207.)

de que o agente deveria evitar o resultado – o que denota que os crimes omissivos são, sempre, de resultado.<sup>160</sup> Ou seja, consiste na omissão de uma ação esperada do agente, um não-fazer que resulta na infração de um dever imposto pela lei.<sup>161</sup>

Além disso, é necessário que o agente tenha a capacidade de evitar o resultado por meio de sua ação, o que não se verifica quando a conduta positiva exigida, embora possível, não seria suficiente para impedir a ocorrência do resultado, que sobreviria de qualquer forma.<sup>162</sup> A ausência da ação esperada ou devida constitui o principal pressuposto para a configuração do tipo objetivo na omissão, uma vez que falta a possibilidade de agir do agente quando a ele inexistente a capacidade corpórea (ou física) de ação.<sup>163</sup> Não existe comportamento passivo ou omissivo quando o agente está desconectado ou quando a sua passividade estava fisicamente condicionada.<sup>164</sup>

Dias traz o exemplo do pai paraplégico que, sentado numa cadeira de rodas a alguma distância, não consegue impedir a criança que cai num lago a uma determinada distância, ocasião em que seria necessário correr rapidamente para salvá-la. Todavia, se ele podia gritar por ajuda a terceiros que lhe ouviriam, seguramente poder-se-ia considerar capaz dessa ação.<sup>165</sup> A questão que se coloca é se, para afirmar que o agente poderia agir para evitar o resultado, é necessário comprovar que, com a ação do agente, o resultado certamente não teria ocorrido, ou se basta uma probabilidade de que o resultado não se concretizaria.<sup>166</sup>

---

<sup>160</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 31. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2025. *E-book*, p. 301. Ressalta-se que o perigo concreto é um resultado. (GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impróprios**. Tradução: Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 15.)

<sup>161</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30.

<sup>162</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 330.

<sup>163</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 928.

<sup>164</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 40, n. 3, p. 579-608, 1987, p. 589.

<sup>165</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 928-929.

<sup>166</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 930.

Parte da doutrina, como Dias, defende que, de um ponto de vista político-criminal preventivo, compreender pela obrigatoriedade de se comprovar que o resultado certamente seria evitado conduziria a um desincentivo da ordem jurídica à proteção de certos bens jurídicos de pessoas em vulnerabilidade ameaçados. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 931.)

No âmbito empresarial, por exemplo, não é possível partir da presunção de que o diretor-geral de um banco e o empregado pessoal de um setor de atendimento tenham o mesmo domínio sobre a evitação do resultado e, na mesma medida, igual capacidade de ação.<sup>167</sup> Essa presunção não deve ser acolhida nas discussões jurídicas, pois carece de qualquer fundamento lógico na realidade cotidiana das atividades empresariais, nas quais a competência para cada setor e cargo é devidamente delimitada.

Precisamente em relação às fontes que fundamentam o dever de garantidor, isto é, que estabelecem a razão pela qual o agente será responsável pela evitação do resultado, o artigo 13, §2º, do Código Penal brasileiro, estabelece três hipóteses. Nas duas primeiras, o agente não criou o risco, mas, por força de lei ou assunção voluntária,<sup>168</sup> tem o dever de proteger o bem jurídico ou controlar uma fonte de perigo. Já na terceira hipótese, a responsabilidade surge quando o próprio agente, por meio de uma conduta anterior, cria um risco de resultado, o que lhe impõe o dever de impedir o dano e evitar a lesão ao bem jurídico.<sup>169</sup>

Nesse perímtero, constitui tarefa do jurista aguçar sua percepção em busca de soluções adequadas para, dentre as possibilidades descritas na norma - embora possa haver múltiplas possibilidades de imputação penal -, estabelecer o perfeito equacionamento acerca dos limites do dever de agir para impedir o resultado.<sup>170</sup> Assim, entende-se como acertada a crítica de Silva dirigida a Tavares, quando refere que o garante possui o dever de agir para evitar o resultado, e não propriamente o “dever de impedir o resultado”, como afirma o segundo autor, uma vez que impor o dever de impedir o resultado seria, em algumas hipóteses, impossível devido às limitações humanas.<sup>171</sup>

Com efeito, em virtude da influência do finalismo, no Direito Penal brasileiro apenas se credenciam à punição as condutas dolosas ou culposas, realizadas pelo indivíduo que,

---

<sup>167</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 237.

<sup>168</sup> Em que pese muito já se tenha dito sobre o dever contratual, este não exaure os panoramas da assunção da responsabilidade. A inexistência do contrato não é, *per se*, excludente da responsabilidade, porquanto essa possa se dar pela condição fática do compromisso assumido. Exemplo válido é a babá que, mesmo tendo acabado seu horário de cuidar da criança, continua com o dever de garante até devolver o infante aos pais e/ou responsáveis. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 31. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2025. *E-book*, p. 305.)

<sup>169</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, ago.-set., p. 131-151, 2020, p. 135.

<sup>170</sup> TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 22.

<sup>171</sup> SILVA, Ângelo Ilha da. **Teoria geral do crime**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 119. A crítica diz respeito à seguinte obra: TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos Crimes Omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 78.

consciente e voluntariamente, preenche, com sua ação ou omissão, os elementos do tipo objetivo.<sup>172</sup> Segundo Fragoso, nos crimes de omissão imprópria, em relação ao tipo subjetivo, exige-se a presença da vontade de realizar a conduta contrária ao direito ou, de outra forma, o desejo de atingir o resultado através da omissão.<sup>173</sup>

Acertadamente, Dias afirma que o omitente deve, através de sua “consciência intencional”, ter conhecimento da situação típica e, deliberadamente, deixar de agir quando era esperado que o fizesse, com a intenção de que o tipo objetivo se concretize.<sup>174</sup> Dessa forma, a omissão se equipara a um processo psíquico semelhante ao que ocorre nos delitos comissivos.<sup>175</sup> Reforça-se, nessa concepção, a necessidade de que o dolo seja efetivamente demonstrado, afastando a responsabilidade de quem deixou de agir somente por desatenção ou desconhecimento.<sup>176</sup>

De todo modo, a apuração da responsabilidade penal deve ocorrer de forma individual, a partir do agente mais próximo do fato delitivo ou do ambiente de risco, aferindo-se em linha vertical para apurar eventual omissão por parte dos responsáveis legais pela demanda.<sup>177</sup> Ela

---

<sup>172</sup> VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 23.

<sup>173</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 291.

Santos refere que o tipo subjetivo na omissão imprópria é composto pelo dolo e pela imprudência. (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. *E-book*, p. 223.)

<sup>174</sup> Bitencourt refere que não há impedimento para que ocorra o erro de tipo nos crimes omissivos impróprios. Basta que o agente desconheça sua condição de garantidor ou dela tenha errada compreensão. Por exemplo, o agente não presta socorro, podendo fazê-lo, ignorando que se trata de seu filho, que morre afogado. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol. 1. 31 Ed. São Paulo: Saraiva, 2025, p. 511.)

<sup>175</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 955.

Bierrenbach afirma que toda a investigação que diga respeito ao tema dos delitos de omissão imprópria e sua equivalência com os crimes comissivos deve ser efetuada a partir de um módulo histórico, em razão da impossibilidade de se ater de forma rigorosa à cronologia da evolução doutrinária. A autoria, no trabalho a seguir referido, explora as diversas correntes de pensamento acerca da equiparação entre ação e omissão. (BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 17-28)

<sup>176</sup> Em relação à discussão sobre dolo na omissão imprópria, ver: CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **El Derecho Penal español**: Parte General. Vol. II. Teoría del delito. Madrid: Dykinson, 2009, p. 482 e ss.; TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 379 e ss.; e GOMES, Theuan Carvalho. Problemas concretos sobre dolo eventual e omissão imprópria. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 155-175, jan.-mar., 2023.

<sup>177</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 886.

deve partir do agente mais próximo à fonte de riscos, ou seja, do garantidor de vigilância direta sobre a fonte de perigos, que é a denominada metodologia *bottom-up*.<sup>178</sup>

Por outro lado, há quem defenda a metodologia *top down* de aferição da responsabilidade penal no âmbito empresarial. Para esta corrente, apoiada por Silveira, a responsabilidade deve ocorrer "baseada na afirmação de uma coautoria vertical, ou seja, em modelo que procura responsabilidades desde os escalões superiores aos inferiores, de cima a baixo", buscando também nos escalões superiores da organização, quem teria o dever de evitar a prática de crimes, ou seja, os garantes da empresa.<sup>179</sup>

Afirma o autor paulista que, embora haja o risco de se perseguir "quase que de forma doentia" os agentes do escalão superior da companhia, essa forma se encontraria justificada pois "determinado tipo de agressão econômica empresarial necessita, de fato, de uma devida reprimenda".<sup>180</sup> E mesmo que, em alguma medida, seja verdadeira a afirmação de que na metodologia *bottom up* há uma "enormidade de problemas, principalmente em relação à atribuição de autoria, provas, etc.", trata-se da forma mais adequada de verificação da responsabilidade penal no âmbito empresarial, uma vez que o método *top down* opera no limite da responsabilidade penal pela mera ocupação de um cargo.

Para a repressão penal aos delitos econômicos há diversas medidas previstas na legislação nacional, como os deveres de comunicação por parte de certos setores em relação a atividades suspeitas ao COAF. No caso, incumbe a todas as pessoas físicas e jurídicas a adoção de todas as medidas preventivas quando o âmbito de atuação estiver no ramo descrito pelo artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro.<sup>181</sup> Nesse prisma, os agentes que atuam nestes setores possuem o dever de informação, cujo objetivo é de tornar acessível às autoridades públicas detalhes sobre eventuais transações financeiras suspeitas de branqueamento de capitais.<sup>182</sup>

Essa medida é necessária sobretudo em razão da complexidade de análise e constatação da prática de crimes econômicos, que ocorrem no seio de atividades empresariais cuja atuação

---

<sup>178</sup> FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. **A responsabilidade penal do compliance officer nas organizações**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 97.

<sup>179</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 55.

<sup>180</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 56.

<sup>181</sup> Devido à extensão do artigo citado, deixa-se de transcrevê-lo por inteiro nesta nota de rodapé, podendo ser consultado na íntegra em: BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. **Lei de Lavagem de Dinheiro**. Brasília, DF: Planalto, 2024. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2024.

<sup>182</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 34.

transita dentro do risco permitido. Na lavagem de dinheiro, os regulamentos que descrevem as operações suspeitas que devem ser comunicadas ao COAF estabelecem o “espaço do risco dentro do qual os sujeitos obrigado estão autorizados a mover-se”.<sup>183</sup> Sendo assim, as determinações contidas na Lei nº 9.613/98, como, por exemplo, “manterão registro”, “deverão adotar políticas e controles internos” e “dispensarão atenção especial”, estabelecem deveres administrativos que, contudo, não implicam, automaticamente, na criação da posição de garantia.<sup>184</sup>

Embora a Lei de Lavagem de Dinheiro estabeleça alguns responsáveis pelo cumprimento das regras de colaboração e prevenção do branqueamento de capitais nas empresas, isso ocasiona somente a definição dos setores de alto risco, isto é, quais âmbitos da organização que lida com determinados setores sensíveis deverá ter maior prudência.<sup>185</sup>

A grande justificativa apresentada para a inserção da lógica do Direito Penal de Perigo no Direito Penal tradicional é que, a rigor, o tratamento dos crimes omissivos se dá, no âmbito empresarial, em um cenário de risco. A fronteira do risco passa a ser um vasto campo que transita entre o ilícito administrativo e o ilícito penal. Em razão disso, amplia-se o rol de sujeitos considerados garantes, visando interromper a prática de determinadas condutas não desejadas.<sup>186</sup>

A responsabilidade que o empresário possui, na condição de gestor de uma infinidade de pessoas e atividades, e o risco atinente ao todo, é quase infinita, o que se deve, em partes, à amplitude do que se espera do empresário atualmente, em um modelo empresarial concebido a

---

<sup>183</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 184.

<sup>184</sup> Parece este ser um bom exemplo do denominado “dever de solidariedade” ao qual faz referência Robles Planas. O autor espanhol afirma que, nos casos em que o Estado, detentor originário dos deveres de solidariedade, delega para outros cidadãos o dever de auxílio para com terceiros, opera-se a investidura dos agentes como representantes do Estado, de modo que passam a ter, para si, o dever de auxiliar o necessitado daquela prestação. (ROBLES PLANAS, Ricardo. Deveres de solidariedade. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Ana Carolina Carlos de Oliveira. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 97.)

<sup>185</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 187.

A autora ainda destaca, adiante, que “não é o empregado o destinatário das medidas de prevenção, mas sim o banco, a pessoa jurídica, de tal modo que, à primeira vista, o empregado não será considerado garante de evitação da lavagem de dinheiro se cumprir diligentemente as tarefas que lhe foram designadas.” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 238.)

<sup>186</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 196.

partir de práticas éticas corporativas.<sup>187</sup> Para as áreas onde não há uma regulação legal expressa sobre os deveres das atividades dos indivíduos envolvidos, Méndez afirma que, para se analisar o conteúdo do dever objetivo de garante do empresário, deve-se recorrer a critérios de razoabilidade, prudência e diligência, que não são, todavia, muito precisos para sua aferição.<sup>188</sup>

Para garantir segurança jurídica em matéria de delitos omissivos, é fundamental uma correta fundamentação da posição de garantia, com base na teoria geral da omissão imprópria definida na parte geral, e não em pressupostos distintos que a doutrina utiliza para a apuração de crimes econômicos.<sup>189</sup>

São dois os principais modelos da posição de garantia: a teoria formal dos deveres jurídicos e a teoria material dos deveres jurídicos, que se subdivide em duas correntes de maior destaque doutrinário. Adiante, será aprofundado em cada uma destas teorias, tomando-se posição para o desenvolvimento do trabalho.

## 2.2 MODELOS DE FUNDAMENTAÇÃO DA POSIÇÃO DE GARANTIA

### 2.2.1. Teoria formal dos deveres jurídicos

A teoria da fonte formal do dever jurídico da posição de garante foi traçada, inicialmente, por Feuerbach, no ano de 1847, em uma construção que tinha por objetivo restringir a responsabilidade do garante com base no princípio *nulla poena sine lege*, em um contexto de arbitrariedade do Direito Penal. Este pensamento refletia a concepção positivista então vigente, impondo um rigor mais restritivo na delimitação do alcance do Direito Penal.<sup>190</sup> Embora não se ocupasse, propriamente, da lesão de bens jurídicos, mas de direitos subjetivos, Feuerbach pode ser considerado o precursor da sistematização dos deveres especiais.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 111.

<sup>188</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 906.

<sup>189</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 900.

<sup>190</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 934.

<sup>191</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 299.

Originalmente, a posição de garantia foi construída pensando no controle sobre pessoas perigosas não autorresponsáveis (inimputáveis).<sup>192</sup> Para essa teoria, a responsabilidade criminal deveria estar ancorada em um fundamento jurídico especial, e, para isso, haveria a necessidade do dever de evitar um resultado estar expresso em um contrato ou na lei.<sup>193</sup> Separava-se, de forma mais acentuada que atualmente, as causas de deveres jurídicos dos deveres morais ou sociais, por mais danosos à consciência comunitária que eles pudessem parecer.<sup>194</sup>

Nela, os tipos penais expressam unicamente uma proibição, e não um dever de agir, de maneira que haveria, para se localizar uma responsabilidade por omissão, uma interpretação integradora, que poderia ser realizada com base em todo o ordenamento jurídico, e não apenas na norma penal.<sup>195</sup> Assim, ancora-se a responsabilidade do garante em uma lei extrapenal cuja essência prevê um dever de evitar um resultado lesivo, que é, por si, a causa elementar da responsabilidade penal do garante.<sup>196</sup>

A norma mencionada no artigo 13, §2º, inciso I, do Código Penal refere-se àquela resultante do processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal e pelas Constituições Estaduais, abrangendo leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e medidas provisórias, desde que convertidas em lei. Não se equiparam à lei, para esse fim, decretos, regulamentos, resoluções, instruções normativas ou quaisquer outros atos emanados de órgãos estatais que não atendam a esses requisitos.<sup>197</sup> Aplica-se a interpretação restritiva, em razão do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

---

<sup>192</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución de la posición de deber del consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 43-57. p. 45.

<sup>193</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 123.

Bottini refere que, posteriormente, Stübel acrescentou às duas fontes o atuar precedente, denominada ingerência. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 75.)

<sup>194</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 935.

<sup>195</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 155.

<sup>196</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 158.

<sup>197</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 305.

E não será qualquer dever imposto por lei a ser considerado como fundador da posição de garantia do agente, somente aquelas obrigações estabelecidas na norma que digam respeito a ações de cuidado, proteção ou vigilância.<sup>198</sup>

A teoria formal do dever de garante e seus reflexos ainda persistem na legislação nacional, especialmente na normatização de atividades sujeitas ao controle do Direito Penal, como ocorre nos delitos econômicos.<sup>199</sup> Da mesma forma, a jurisprudência nacional frequentemente recorre ao referencial legal para determinar a eventual posição de garantia do agente denunciado.

No entanto, a teoria não está imune a críticas. Elas gravitam, fundamentalmente, na insuficiência do rigor formal dessa teoria na aplicação concreta do Direito Penal.<sup>200</sup> Parece ser insuficiente aplicar um método unicamente formal, pois isso deixaria de abarcar situações fáticas do cotidiano que exigem e permitem a imputação da posição de garantia a determinados indivíduos. A técnica de fixar formalmente as hipóteses da posição de garantidor foi acolhida no Código Penal brasileiro, o que se constata a partir da leitura do artigo 13, § 2º.<sup>201</sup>

Esta corrente de pensamento formalista busca delimitar a posição de garante com base em deveres de natureza civil e administrativa - que não dizem respeito propriamente ao Direito Penal. Dessa forma, a esfera extrapenal acaba por ser peça chave para a determinação da responsabilidade penal, fixando obrigações na seara penal com base em parâmetros que possuem outros objetivos, diferentes àqueles estabelecidos pelo Direito Penal.

Não se pretende excluir completamente a importância da lei na determinação da posição de garantia, mas sim afirmar que ela constitui apenas o primeiro requisito para a configuração do dever de garante. É necessário, por outro lado, que a norma seja complementada com elementos de natureza material, que confirmam o substrato jurídico-criminal necessário para que esteja categorizado com o dever jurídico especial de atuação. A busca por esta materialização do dever de garante não ocasionou uma limitação à responsabilidade omissiva. Ao contrário

---

<sup>198</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 308.

<sup>199</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 159.

<sup>200</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 160.

<sup>201</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 301.

disso, a superação do paradigma dos deveres formais tinha como objetivo ampliar o âmbito de alcance da equiparação da ação à omissão.<sup>202</sup>

Dentre estes elementos, Oliveira aponta a necessidade da existência de proximidade com o bem jurídico, relação com o risco provocado pelo seu espaço de atuação, a assunção de um dever de proteção e outros elementos que porventura sejam necessários.<sup>203</sup>

Assim, preenchidos os pressupostos materiais para a configuração da posição de garantia, a lei extrapenal pode contribuir para delimitar a responsabilidade do agente garantidor, estabelecendo o alcance do seu dever de agir.<sup>204</sup> Sendo assim, as normas administrativas que determinam as hipóteses em que o agente deve agir colaboram para estipular o grau de tolerância do risco que está sob o domínio do agente.<sup>205</sup>

A mera menção ao dever administrativo imposto ao agente não é suficiente para se ter o fundamento material da posição de garante, que deve ser verificada por meio dos demais requisitos no caso concreto. A teoria ora abordada renuncia a busca por um critério material de ilicitude da inobservância do dever de atuar, isto é, baseia-se unicamente em elementos formais, sendo incapaz, portanto, de proporcionar e dispor de um elemento material delimitador.<sup>206</sup>

### 2.2.2. Teoria material dos deveres jurídicos

Em termos cronológicos, não é possível determinar o exato momento em que se rompeu com a teoria formal dos deveres jurídicos, passando-se a adotar, majoritariamente, os critérios materiais para a fundamentação da posição de garantia. Tavares refere que esse processo ocorreu de forma gradativa, mas certamente de forma mais clara a partir de 1959, com a obra de Armin Kaufmann, que desenvolveu a denominada teoria das funções.<sup>207</sup> A partir dela, iniciou-se a construção de uma ideia de posição de garantia assentada em especiais relações de proteção, assumidas pelos indivíduos frente a perigos que ocorriam contra os afetados.

---

<sup>202</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 76.

<sup>203</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 167-168.

<sup>204</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 169.

<sup>205</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 188.

<sup>206</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 935.

<sup>207</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 124.

Portanto, a posição de garantia não ficaria restrita a uma fonte formal (lei ou contrato), bastando que estivesse fundamentada em um critério material, que pode ser definido a partir de duas correntes majoritárias na doutrina:<sup>208</sup> a primeira tem como pressuposto o domínio ou controle sobre o fundamento do resultado, que se divide em relações de guarda pelo desamparo do bem jurídico e o domínio material sobre o foco dos perigos, desenvolvida por Schünemann; e há também a corrente liderada por Jakobs, que visualiza o fundamento do dever de garante a partir das competências organizativas e institucionais.

A ideia de domínio não deve ser confundida com a capacidade físico-real de ação do indivíduo, haja vista que a segunda, se inexistente, ocasiona a atipicidade da omissão, enquanto a primeira guarda relação com a posição de garante do agente.<sup>209</sup> Aborda-se as correntes doutrinárias mencionadas a seguir, com o intuito de analisar qual se apresenta como a melhor alternativa a fundamentar a posição de garantia do dirigente de empresa.

#### *2.2.2.1. Vertentes sobre os critérios materiais da posição de garantidor*

Além da previsão legal do crime, conforme exigido pelo princípio da legalidade, é necessária uma fundamentação material para que a resposta penal omissiva seja equiparada à comissiva. Existem inúmeras teorias sobre esta fundamentação. Contudo, elas podem ser sintetizadas em dois grandes posicionamentos: a que se baseia no domínio ou controle sobre o fundamento do resultado e a que se funda em competências organizativas e institucionais. Passa-se a analisá-las.

##### *2.2.2.1.1. Domínio ou controle sobre o fundamento do resultado*

Schünemann apresenta uma alternativa às concepções tradicionais sobre a omissão imprópria. Para o autor alemão, a posição de garante é vinculada ao domínio sobre o fundamento do resultado, isto é, sobre as condições essenciais da lesão ao bem jurídico. Ele refere que, em razão da omissão imprópria ser uma punição por um ato comissivo realizado por omissão, deve-se partir dos pressupostos dos crimes comissivos, precisamente do domínio do

---

<sup>208</sup> As duas correntes doutrinárias mencionadas se apresentam como as mais adequadas para o propósito deste trabalho: discutir eventual posição de garantia de dirigente de empresa. Para uma consulta sobre demais posicionamentos da matéria, ver: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 75 e ss.

<sup>209</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 901.

agente sobre o resultado lesivo.<sup>210</sup> Isso porque determinadas omissões podem ser equivalentes à ação já na esfera pré-jurídica, desde que reconhecida uma estrutura semelhante entre ambos, no caso, o domínio sobre a causa ou fundamento do resultado.

Em outros termos, somente é possível impor a mesma pena a um indivíduo por omissão se esta for equiparável à ação, buscando-se o lugar comum, que, para Schünemann, é o domínio sobre a causa ou o fundamento do resultado. Não se trata de um domínio hipotético, mas um domínio real sobre a causa ou o fundamento do resultado que se esperava que o agente tentasse impedir, tal como a do autor do delito de ação.<sup>211</sup> Evidencia-se que a mera fonte formal ou o dever extrapenal não podem fundamentar a igualdade de sanção criminal por ação e omissão do garantidor, exigindo-se, portanto, uma equivalência sob o ponto de vista do desvalor da conduta, que reside sobre o fundamento do resultado.<sup>212</sup>

Se os objetos do bem jurídico individual devem ser protegidos contra um processo causal que lhe gere lesão, o Direito Penal, que, por meio de sua ameaça pela imposição de uma pena somente pode surtir efeito individual aos cidadãos, deve dirigir suas normas proibitivas àquelas pessoas que exercem o domínio decisivo sobre o processo causal danoso.<sup>213</sup> Mas esse domínio exercido pelo agente, seja o diretor da empresa ou hierárquico – se tratando da seara empresarial – resulta do seu domínio fático sobre os elementos perigosos do estabelecimento ou de seu poder de mando sobre os trabalhadores fundamentado legalmente.<sup>214</sup>

O fundamento decisivo da imputação reside na relação entre o centro de controle da pessoa e o movimento corporal que causa o resultado. Isso significa que o domínio absoluto da pessoa sobre seu próprio corpo é essencial para definir a relação entre a pessoa e o movimento

---

<sup>210</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascaraín Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 536; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 115.

<sup>211</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução: Alaor Leite. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 170-171.

<sup>212</sup> 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. 88-89.

<sup>213</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, n. 81, p. 93-112, 2018, p. 101.

<sup>214</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascaraín Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 537.

corporal, sendo um aspecto crucial na equiparação entre ação e omissão.<sup>215</sup> A do tipo penal ativo à pessoa se justifica na medida em que o movimento corporal viabiliza o nexos causal e surge, portanto, como fundamento imediato do resultado.<sup>216</sup>

Para Schünemann, o garantidor é obrigado a impedir o resultado porque se encontra investido do poder de controle sobre o acontecimento em razão duas situações: da vulnerabilidade do bem jurídico e do domínio sobre uma fonte de perigo. Identificada alguma dessas hipóteses, a omissão equivaleria à ação. A primeira diz respeito a bens jurídicos onde há um evidente desamparo ou vulnerabilidade do bem jurídico protegido, v.g., a relação entre pais e filhos, onde, até certa idade, os genitores possuem domínio sobre o desamparo de seus filhos.<sup>217</sup> Nessa hipótese, situação em que há uma desvalia conatural (por idade ou doença), o fundamento do dever de agir reside na efetiva relação de domínio entre o garante e o indivíduo desamparado.<sup>218</sup>

Por sua vez, o domínio de custódia ou domínio sobre a fonte de perigos se refere ao domínio sobre as coisas e os procedimentos materiais perigosos ou sobre uma ação humana ativa que pode ser objeto desta fonte de perigos,<sup>219</sup> e supõe um âmbito espacial de influência limitado para o garante, no qual se encontra o objeto perigoso.<sup>220</sup> Na empresa, o domínio material escalonado, cada garante de vigilância será responsável segundo o seu âmbito de

---

<sup>215</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução: Alaor Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 171.

<sup>216</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução: Alaor Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 171.

<sup>217</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 114-115; 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. 89.

<sup>218</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 406.

<sup>219</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, n. 81, p. 93-112, 2018, p. 102.

<sup>220</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascaraín Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 537.

organização, não alcançando áreas às quais não tenha um domínio fático das coisas ou procedimentos perigosos.<sup>221</sup>

Por exemplo, são fontes de perigo: o tráfego de veículos automotores; acidentes de trabalho, ou, no que importa a este trabalho, os dirigentes empresariais em sede de comando da organização.<sup>222</sup>

Schünemann separa, corretamente, diferentes tipos de deveres segundo a posição a respeito da coisa ou objeto perigoso: nos deveres primários de garante, o indivíduo deve executar as atividades materiais relativas à sua competência no estabelecimento que estão indicados para o controle da fonte de perigo; já os deveres secundários de garante cabem aos superiores hierárquicos, cotitulares da custódia, que estão obrigados a coordenar e controlar os riscos.<sup>223</sup>

Exige-se que a intensidade dos resultados imputados tanto à ação quanto à omissão seja equivalente, buscando-se o princípio comum que fundamenta essa imputação. Esse princípio reside no controle do agente sobre a causa essencial do resultado ou no desamparo da vítima, decorrente da falha do indivíduo em administrar ou conter os riscos inerentes à organização de sua própria esfera de competência.<sup>224</sup> Logo, a equiparação se baseia na “assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado”, que consiste no dever de proteção, ou na “assunção de uma função de vigilância sobre determinada fonte de perigo”,<sup>225</sup> que nada mais é que o “poder de controle sobre o elemento que coloca em risco o bem jurídico”,<sup>226</sup> correspondente ao dever de vigilância.

No contexto empresarial, pode-se sustentar que o empresário, ao exercer sua liberdade de organização e criar uma empresa, assume tanto os benefícios da atividade empresarial (como o lucro e outros ganhos) quanto os aspectos negativos, incluindo o dever de responder por

---

<sup>221</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascuráin Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 537.

<sup>222</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 115-116.

<sup>223</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascuráin Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 538.

<sup>224</sup> SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 65.

<sup>225</sup> 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. 88-89.

<sup>226</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 86.

eventuais lesões a bens jurídicos protegidos. Por essa razão, ele deve agir diligentemente e manter o controle, assegurando que as condutas praticadas dentro de sua esfera de domínio não resultem em danos a bens jurídicos de terceiros.<sup>227</sup>

A lógica utilizada por Schünemann é, em certa medida, bastante simples: se, para que seja legítima a punição de delitos de omissão imprópria pelo tipo ativo da parte especial, a comissão por omissão deve ser normativamente equivalente aos delitos ativos, então, igualmente, os requisitos de imputação devem ser idênticos para ambos os casos, tanto para os delitos comissivos quanto para os omissivos. Em outros termos, se o que determina a responsabilidade nos delitos ativos é a relação de domínio entre a ação do autor e o resultado, não poderia ser diferente a solução para imputar o tipo ativo aos crimes omissivos impróprios.<sup>228</sup>

Vale a pena destacar que o referido autor alemão não concebe os delitos de omissão imprópria como delitos de infração de um dever, pois adverte que a lesão ou a infração de deveres institucionais não pode fundamentar nenhum injusto penal.<sup>229</sup> Após formular críticas à teoria da infração de deveres,<sup>230</sup> ele afirma que os delitos especiais são, em sua maioria, delitos especiais de garante, nos quais o fundamento penal reside no domínio de proteção sobre o bem jurídico ou no domínio de supervisão ou vigilância de uma fonte de perigo. Somente é possível haver delitos puros de infração de deveres em um âmbito consideravelmente estreito, porque a lesão ou infração de deveres institucionais pode ser castigada mediante sanções dentro da própria instituição em que o agente está inserido.<sup>231</sup>

A seguir, aborda-se o critério material sob a ótica das competências organizativas e institucionais.

---

<sup>227</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 899.

<sup>228</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 283.

No mesmo sentido, a concordar com Schünemann: MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 895.

<sup>229</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, n. 81, p. 93-112, 2018, p. 103.

<sup>230</sup> Para verificar as críticas postas, ver: SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, n. 81, p. 93-112, 2018, p. 104-105.

<sup>231</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, n. 81, p. 93-112, 2018, p. 105-109.

### 2.2.2.1.2. *Competências organizativas e institucionais*

Outro posicionamento verificado na doutrina tem como fundamento material da posição de garante as competências organizativas e institucionais. Foi desenvolvido principalmente por Jakobs, que parte de dois pilares: a equiparação da ação à omissão<sup>232</sup> e a liberdade do indivíduo de organizar sua própria vida da maneira que lhe convier, desde que seja nos limites do ordenamento jurídico. Para isso, basta que sua conduta não gere riscos a vidas alheias e, na iminência de gerar este risco, surge a ele o dever de controlá-lo.<sup>233</sup> Para o autor alemão, o ponto chave é o dever, relegando os conceitos que distinguem ação e omissão a um patamar secundário, pois o Direito Penal moderno não toma(ria) por base os movimentos corporais dos indivíduos ou a sua ausência, mas o significado do comportamento das pessoas.<sup>234</sup> Portanto, a distinção ação-omissão deve ser substituída pela distinção entre domínio-dever.<sup>235</sup>

Jakobs compreende que, a partir da infração de deveres que denomina como positivos ou negativos (proibições e mandatos), resulta indiferente a forma pela qual o autor produz uma alteração no bem, isto é, se por ação ou omissão, em razão do seu supraconceito de ação e omissão, que, para ele, se equivalem, como já dito.<sup>236</sup>

Segundo Jakobs, deveres negativos são as situações de agravamento produzidas pelo autor, que, se ele não existisse ou não agisse de tal forma, inexistiria a ameaça de lesão à vítima. Trata-se, em suma, do dever de não ampliar o seu âmbito de organização às custas dos demais, em uma relação entre obrigado e vítima se esgotando em algo puramente negativo, de não fazer.<sup>237</sup> Trata-se, em suma, da obrigação do agente de não causar danos a bens jurídicos de terceiros.

---

<sup>232</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal**. Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2003, p. 26. O autor alemão equipara a ação à omissão, de modo que é possível utilizar este seu critério desenvolvido para analisar a punição tanto da ação quanto da omissão.

<sup>233</sup> JAKOBS, Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 7. São Paulo: Manole, 2003, p. 26.

<sup>234</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal**. Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2003, p. 30.

<sup>235</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, ano 12, n. 1, jan., 2011. Disponível em: <indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2024, p. 9.

<sup>236</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal**. Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2003, p. 2.

<sup>237</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deveres negativos e positivos no Direito Penal. In: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Tradução: Ana Carolina Carlos de Oliveira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 107-128. p. 108.

No caso dos deveres positivos, o agente não deve apenas evitar causar danos a terceiros, mas também atuar para mitigar uma situação que, independentemente de sua conduta, já represente um risco de dano. Nessas circunstâncias, independentemente da conduta do autor, a vítima ainda necessitaria de assistência, exigindo do agente uma ação para contrabalançar o perigo existente. É, em última análise, o dever de ser altruísta em determinadas relações especiais e de contribuir para o bem-estar de todos.<sup>238</sup>

Esta distinção entre deveres negativos e positivos não possui relação com a distinção entre ação e omissão,<sup>239</sup> pois os deveres negativos e positivos podem ser infringidos tanto por ação como por omissão.<sup>240</sup> Além disso, a distinção entre esses deveres não guarda relação com a configuração naturalística do comportamento ou da situação do bem, mas com o fundamento de cada um desses deveres.<sup>241</sup>

Na esfera dos deveres negativos, o agente não somente causa lesão a outrem quando pratica uma ação lesiva, mas também quando não impede que os próprios meios de organização pelos quais é responsável se tornem autônomos e causem danos a terceiros. Esta concepção deriva da ideia de que quem pretende gozar da liberdade de organizar os seus próprios meios deve se fazer responsável pelas consequências de sua organização.<sup>242</sup> Desta forma, os deveres negativos se constituem em proibições ou mandatos, representando o signo maior da liberdade de organização do ser humano.<sup>243</sup>

É necessário reconhecer a existência do risco permitido, uma vez que ninguém tem o dever de configurar sua organização de uma forma que todos os demais estejam protegidos dos perigos atinentes à vida cotidiana, que são praticamente ineludíveis.<sup>244</sup> Jakobs oferece duas

---

<sup>238</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deveres negativos e positivos no Direito Penal. In: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico.** Tradução: Ana Carolina Carlos de Oliveira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 107-128. p. 111.

<sup>239</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal.** Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2003, p. 3-4.

<sup>240</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deveres negativos e positivos no Direito Penal. In: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico.** Tradução: Ana Carolina Carlos de Oliveira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 107-128. p. 109.

<sup>241</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Deveres negativos e positivos no Direito Penal. In: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico.** Tradução: Ana Carolina Carlos de Oliveira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 107-128. p. 110.

<sup>242</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal.** Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2003, p. 4-5.

<sup>243</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal.** Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2003, p. 6.

<sup>244</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal.** Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2003, p. 26.

possibilidades de fundamentação do dever material de garantidor: a responsabilidade por organização da própria esfera de competência e a responsabilidade institucional.<sup>245</sup>

A responsabilidade por organização da própria esfera de competência implica o dever de cada indivíduo garanta que, no contato com a organização de outra pessoa (isto é, o âmbito da vida de outrem), a sua própria esfera permaneça dentro do risco permitido. Isso impõe ao agente a obrigação de assegurar que sua atuação não ultrapasse o risco permitido.<sup>246</sup>

No ambiente empresarial, a responsabilidade penal pode ser enquadrada como uma responsabilidade por organização. Isso ocorre porque a liberdade de instalar e operar uma empresa (coisas e pessoas que geram risco) corresponderia ao dever negativo de mantê-la dentro dos limites do risco permitido, evitando danos a terceiros. Caso este limite seja ultrapassado, ingressando no risco proibido, cabe ao dirigente agir para reestabelecer a situação ao risco permitido.

Por sua vez, a responsabilidade institucional diz respeito a instituições básicas que obrigam o sujeito a atuar, não por conta de alguma relação com a sua esfera de organização, mas porque deve contribuir para preservar certas instituições base da sociedade, como a família (os pais em relação aos filhos), a empresa (o executivo em relação à empresa que dirige) e a administração (o funcionário público com os interesses da administração e dos cidadãos).<sup>247</sup> Aqui, não se está a tratar meramente do âmbito de organização do agente, mas de um contexto de altruísmo para com os demais, que impõe deveres de prestação positiva em face de bens jurídicos alheios ameaçados.<sup>248</sup>

Bottini afirma que a responsabilidade penal pela violação dos deveres institucionais está sempre atrelada a um elemento especial, o que leva à concepção de que os delitos decorrentes dessa violação são classificados como crimes de infração de dever. Em contraste, os crimes resultantes da transgressão de um dever negativo podem ser cometidos por qualquer indivíduo.<sup>249</sup>

---

<sup>245</sup> 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. 90.

<sup>246</sup> JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal**. Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2003, p. 36.

<sup>247</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, ano 12, n. 1, jan., 2011. Disponível em: < [indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf](http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2024, p. 7.

<sup>248</sup> REBOUÇAS, Sérgio. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

<sup>249</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 101.

Assim, delineados os aspectos mais relevantes sobre cada um dos critérios materiais apontados, apresenta-se, a seguir, a posição adotada neste trabalho.

#### 2.2.2.1.3. *Posição adotada*

Embora ambos os posicionamentos tenham, em sua construção, percorrido caminhos diferentes para buscar o fundamento material da posição de garante, eles possuem determinadas aproximações quanto ao produto do conhecimento gerado por suas teorias. A posição de garante em virtude da criação de uma fonte de perigo, para o domínio sobre o fundamento do resultado de Schünemann, possui determinada semelhança com as competências organizativas de Jakobs, pois ambos partem do pressuposto da autonomia do indivíduo e de sua autodeterminação na gestão dos atos de sua vida, impondo ao garante o dever de não permitir que o produto de sua liberdade gere riscos a bens jurídicos alheios. Por exemplo, a liberdade do indivíduo de fundar uma empresa que lide com materiais na seara ambiental, corresponderia, no outro polo, ao dever negativo de mantê-la sob controle para que não gere e ofereça riscos e danos aos bens jurídicos de terceiros.<sup>250</sup>

Na perspectiva adotada por Schünemann, os deveres de proteção guardam semelhança com as competências institucionais de Jakobs, pois ambos impõem ao indivíduo a obrigação de agir para resguardar e tutelar bens jurídicos relacionados ao desamparo ou à vulnerabilidade da vítima, seja em contextos institucionais, seja em espaços de solidariedade assumidos pelo próprio agente.<sup>251</sup> Isso significa que, embora as nomenclaturas e a construção fornecidas por ambos sejam diferentes, se assemelham no objeto que visa ser amparado, guardadas as demais distinções.

Entre as semelhanças e as diferenças entre as correntes, aparenta-se como mais adequada a solução apresentada por Schünemann. O caráter essencialmente normativo do fundamento da omissão a partir das competências organizativas e institucionais acaba por deixar para trás a conexão com o autor humano ao resultado típico. Assim, há uma certa incapacidade de ligar a omissão ao resultado, requisito essencial para que se trate, de fato, de

---

<sup>250</sup> 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. 90.

<sup>251</sup> 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. 94.

equiparação legal da omissão à ação.<sup>252</sup> Tavares ressalta, acertadamente, que se o que passa a ter importância não é mais o comportamento do agente, mas a sua vinculação a uma organização, deixa-se de se falar em conduta e passa-se a unicamente atribuir a responsabilidade penal ao indivíduo, tratando-se de puro normativismo.<sup>253</sup>

Além disso, o autor paranaense pondera que não se pode compreender a omissão como mero descumprimento dos deveres inerentes ao papel social do agente, pois os deveres de organização dizem respeito à responsabilidade das entidades e corporações, e não de seres humanos.<sup>254</sup> Impõe-se que a análise da conduta do agente não se trate de um mero normativismo, tampouco de uma suposta vinculação com alguma entidade, mas sim do seu domínio em relação à causa essencial do resultado.

De toda forma, nos crimes omissivos não se tutela a relação de domínio sobre o fato típico, mas, ao contrário, sobre o dever de evitar o resultado, de modo que a relação se dá entre o omitente e o resultado, e não em relação ao terceiro que pratica o delito por meio de seu ato comissivo.<sup>255</sup> Assim, deve-se reconhecer que o alcance maior ou menor do garante para evitar o resultado será determinante para o fim de imputar a qual título de participação – em sentido *lato* – ele terá no fato criminoso.<sup>256</sup>

---

<sup>252</sup> 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. 94-95.

<sup>253</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 82.

<sup>254</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 77.

<sup>255</sup> 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. 127.

<sup>256</sup> A discussão acerca da possibilidade de que o agente garantidor omissivo seja partícipe é deveras complexa e exige um estudo próprio. Nesse sentido, ver: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices**: la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **El Derecho Penal español**: Parte General. Vol. II. Teoría del delito. Madrid: Dykinson, 2009, p. 514-518.

Rebouças afirma que o dirigente omissivo em razão de delito praticado pelo subordinado deve ser considerado autor porque a prática do delito pelo delegado é consequência do descontrole da sua própria esfera de organização, pois, ao tornar o delegado parte do seu projeto, incorpora-o à sua atividade, da qual é responsável. (REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018.)

Já para Robles Planas, a opção por categorizar o garantidor como autor ou partícipe depende do valor da omissão para o conjunto dos fatos. Para ele, se a conduta do agente omissivo tem uma limitada capacidade de contribuição para o fato, se enquadrará como partícipe por omissão. Agora, se o motivo pelo qual a conduta do indivíduo está tipicamente proibida configura de forma relevante o fato, haverá a contribuição a título de autoria (ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices**: la intervención por omisión y en los delitos especiales. Barcelona: Atelier, 2007, p. 74.)

O referido critério afasta de forma enfática a fonte formal ou o dever extrapenal, que não pode servir de fundamento da igualdade da resposta penal devido a uma conduta omissiva do garantidor, exigindo-se a equivalência também sob a ótica do desvalor da conduta, que reside no domínio sobre o fundamento do resultado.<sup>257</sup> O dever extrapenal pode ser utilizado para definir a extensão do dever de agir do garante, mas não pode, por si, investi-lo na posição de garantia, impondo-se a aplicação de um critério material.

Dias adota uma posição mista, pois refere que é necessário uma conjugação de alguns elementos das teorias formal e material.<sup>258</sup> Ele enfatiza que a real fonte dos deveres e das posições de garantia reside na valoração autônoma da ilicitude material, a qual complementa o tipo formal. É por meio dessa valoração que a omissão imprópria se equipara à ação no caso concreto, fundamentando-se na imprescindível solidariedade entre os homens no seio da comunidade.<sup>259</sup> Embora se adote a corrente preconizada por Schünemann neste trabalho, as ponderações do autor português são válidas, sobretudo em razão da existência do artigo 13, § 2º, do CP, que estabelece as espécies de garantidores e seus critérios de imputação.

Está correta a afirmação de Cuello Contreras ao destacar que a dogmática jurídico-penal não se reduz a um puro ontologismo ou a um puro normativismo. Antes de tudo, trata-se da necessidade de construir conceitos básicos que conciliem a lógica das coisas com os fins normativos, buscando, assim, um equilíbrio entre a realidade fática e a estrutura normativa do Direito Penal.<sup>260</sup> Em uma crítica dirigida às teorias essencialmente normativas, Schünemann refere que todas as posições influentes que excluem o aspecto comum real contido na conduta comissiva e omissiva imprópria conduzem a um beco sem saída, pois não há nessas teorias uma comparação valorativa em razão da ausência de similaridades do conteúdo material empiricamente palpável. Se estaria, para ele, partindo de uma “pura” valoração que unicamente atingiria a realidade valorada por meio de círculos viciosos.

---

<sup>257</sup> 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. 90.

<sup>258</sup> Afirmação também realizada por Tavares. Para ele, as deficiências do critério material tornam necessária a sua combinação com o critério formal. (TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 304.)

<sup>259</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 938.

<sup>260</sup> CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, ano 12, n. 1, jan., 2011. Disponível em: < [indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf](http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf)>. Acesso em: 31 jul. 2024, p. 25.

Nesse ponto, a concepção de domínio do resultado de Schünemann equilibra um elemento normativo de dever para com um elemento ontológico de domínio, que permitem definir a autoria como imputação de um resultado de quem, dominando sua produção, é obrigado a evitá-lo. Além disso, é mais clara e restritiva se comparada com a base puramente normativa do critério das competências, sobretudo no que se refere à responsabilidade institucional, que pode ser ampliada de forma incontrolável das posições de garantidor em uma sociedade do risco, cada vez mais regulada.<sup>261</sup>

Embora discorde em grande parte das ideias de Schünemann, Bottini refere que a ideia de domínio do autor alemão é relevante para estruturar a omissão imprópria e, principalmente, para delimitar e definir os limites da posição de garantia em virtude da assunção – uma das fontes do dever de agir. Ademais, ele refere também que é essencial para estruturar a noção do que é a capacidade de ação, elemento fundamental para a caracterização da omissão que tenha relevância ao Direito Penal.<sup>262</sup>

O fundamento material, por si só, não é o único parâmetro para definir os limites da responsabilidade do garantidor, podendo ser complementado por outros elementos, como leis extrapenais, padrões de comportamento e relações de solidariedade.<sup>263</sup> Por outro lado, o critério do domínio evidencia que a mera fonte formal ou o dever extrapenal não bastam, por si só, para justificar a equivalência entre ação e omissão na punição. Para tanto, é essencial que haja uma correspondência no desvalor da conduta, o que, nessa perspectiva, se manifesta no domínio sobre o fundamento do resultado.<sup>264</sup>

O critério material ou moderno, por sua vez, trabalha com duas fontes do dever de garantia: a) a garantia de proteção/guarda de determinada pessoa ou bem jurídico contra situações de perigo indeterminadas, o que pode ser denominado como o “dever de proteção”; e b) a garantia de segurança ou vigilância de fontes de perigo determinadas para proteger pessoas

---

<sup>261</sup> 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. 94.

<sup>262</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 87.

<sup>263</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 169.

<sup>264</sup> 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. 90.

ou bens jurídicos indeterminados, que será adiante denominado como “dever de vigilância”.<sup>265</sup> Passa-se a analisá-los a seguir, a fim de que seja possível visualizar a fonte do dever de garantia.

#### 2.2.2.2. Fontes do dever de garantia

A responsabilidade do garantidor em relação à pessoa tutelada por ele pode ocorrer em razão de duas fontes do dever de agir: o dever especial de proteção do bem jurídico e o dever de controle sobre fontes de perigo.<sup>266</sup> Kaufmann refere que o sujeito deve estar vigilante para proteger determinado bem jurídico contra “perigos de todo o gênero”, ou, por outro lado, cuidar de determinada fonte de perigos, independentemente de quantos ou quais bens jurídicos sejam ameaçados por ela.<sup>267</sup>

Portanto, o agente pode estar investido na posição de garantidor de proteção ou de vigilância. Destaca-se que, ao contrário do que se possa pensar, essas fontes do dever de garantia coexistem com as espécies de garantidores elencadas no artigo 13, § 2º, do CP, como será possível verificar nos tópicos posteriores. A rigor, há a possibilidade de que o agente seja garantidor de proteção ou vigilância em relação a cada uma das espécies de garantidores elencados no Código Penal.

Adiante, aborda-se as duas concepções trazidas por Kaufmann, delineando-as a partir da doutrina que é referência na matéria.

##### 2.2.2.2.1. Proteção do bem jurídico

Para a hipótese em que a fundamentação do garantidor ocorre em virtude de uma posição de proteção de um bem jurídico alheio, tem-se uma situação em que o garante possui a obrigação de defender um determinado bem jurídico contra todos os perigos que o ameacem, independentemente de existir ou não uma conduta própria anterior que interfira na esfera desse bem.<sup>268</sup> Nestes casos, há a necessidade de uma estreita relação de um sujeito com um bem

---

<sup>265</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. *E-book*, p. 227.

<sup>266</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290.

Nestes mesmo sentido, ver: MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 318.

<sup>267</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290.

<sup>268</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290; No mesmo sentido: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e

jurídico determinado, sendo viável, inclusive, que ele seja responsável por mais de um bem jurídico.<sup>269</sup>

Muñoz Conde e García Arán afirmam que esta posição de garantia se firma em virtude de uma "vinculação natural" que se dá, especialmente no âmbito familiar entre os cônjuges, pais e filhos, que impõe determinadas obrigações de cuidados.<sup>270</sup> Todavia, a obrigação também pode se dar na convivência de fato, como por exemplo em relações de amizade, ou, segundo Dias, em contextos análogos em "estreitas relações de comunidade".<sup>271</sup> Em ambos os casos, para a existência do dever de garante, é necessário uma certa proximidade entre o agente sobre o qual recai o dever e o bem jurídico lesado pelo resultado, expressando uma espécie de relação de dependência do tutelado em relação ao agente garantidor.<sup>272</sup>

Nessas condições, aquele que omite o cumprimento desses deveres responde pelos resultados de sua omissão, mesmo que sua posição de garantia não se fundamente em algum preceito legal direto, exceto à própria ideia do fim de proteção de bens jurídicos.<sup>273</sup> A relação de garantia é atenuada ou cessa com base na diminuição da dependência de um em relação a outro. No caso de pais e filhos, tão logo os filhos abandonem o âmbito de proteção dos pais, ou quando estes se separam, deixando a cargo de um deles a responsabilidade pela assistência ao filho, ocorre a atenuação ou cessação do dever de proteção.<sup>274</sup>

Mas a posição de garantia não é originada apenas pelas condições de vinculação natural, uma vez que é possível a aceitação voluntária (assunção) de determinadas funções protetoras, como por exemplo dos profissionais da medicina, salva-vidas contratados em piscinas públicas ou clubes privados, os encarregados de filhos pequenos etc.<sup>275</sup> Ponto fulcral é que o garantidor

---

encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 95.

<sup>269</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 151.

<sup>270</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 246. No mesmo sentido: MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 321.

<sup>271</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 939.

<sup>272</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 939.

<sup>273</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 246.

<sup>274</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 939.

<sup>275</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 246.

proceda com a assunção fática de uma função de proteção fundada materialmente em uma relação de confiança.<sup>276</sup>

Para Mir Puig, mais decisivo do que a mera relação familiar é que ocorra uma efetiva dependência absoluta de uma pessoa em relação a outra que tenha assumido tal dever de cuidado.<sup>277</sup> Há, por outro lado, a possibilidade do garantidor estar inserido no que o autor espanhol denomina como “comunidade de perigo”, que, segundo ele, é a participação voluntária em uma atividade perigosa por várias pessoas que são tacitamente obrigadas a socorrer-se entre si caso ocorra algum acidente relacionado ao risco típico assumido da empreitada. Quer dizer, uns são garantes dos outros.<sup>278</sup>

Por fim, há a possibilidade da assunção voluntária de uma função de proteção nos casos em que a pessoa assume a proteção de outra enquanto leva o sujeito ou objeto protegido a uma situação de dependência a respeito do primeiro. Isto é, o agente se oferece voluntariamente à proteção de outrem, atrevendo-se a correr riscos maiores ou deixar de tomar precauções de outra natureza.<sup>279</sup> O autor de Barcelona ainda ressalta que a mera existência de um contrato não é suficiente para configurar a posição de garantia, enfatizando que a assunção voluntária prevalece sobre a formalidade contratual.

Embora a posição da doutrina atribua maior importância à avaliação dos deveres de vigilância e controle em detrimento à garantia de proteção, esta segunda merece maior atenção. Em um ponto de vista lógico *ad extra* e a partir da ótica do empresário, ou seja, de dentro da empresa para fora, constata-se que a empresa estabelece graus de autoproteção com relação a condutas e medidas que lhe serão desfavoráveis.

Trata-se do lógico: os agentes atuantes na companhia buscarão proteger e atuar para coibir as medidas prejudiciais ao seu negócio. Em um primeiro momento, buscarão defender o empreendimento comercial de ameaças de terceiros a ele, e, após, demonstrarão uma preocupação com relação à evitação de delitos em seu contexto, desfavoráveis a terceiros.

---

Seria possível trazer outros inúmeros exemplos. Para tanto, colaciona-se alguns trazidos por Figueiredo Dias em sua obra: o instrutor de natação que substitui aquele que se obrigou a lhe dar as lições, obrigando-se a dar assistência e guarda aos alunos; a babá, que assume o dever de proteção da criança; o alpinista que se prontifica a conduzir uma excursão à montanha; o médico sobre a saúde de seus pacientes; o empresário com relação à retenção de impostos etc. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 941-942.)

<sup>276</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 941-942.

<sup>277</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 322.

<sup>278</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 322.

<sup>279</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 323.

Busca-se, primeiramente, garantir a existência e continuidade da organização, para, ao depois, certificar-se que esta não gerará prejuízos a terceiros.<sup>280</sup>

Dias afirma que, nesse contexto - em questões relativas a autoridades e funcionários que tenham como sua tarefa principal velar por um especial círculo de interesses - aparenta existir o dever de que estes agentes busquem atuar para afastar perigos para bens jurídicos de terceiros e da coletividade. No entanto, somente é possível fundamentar esta posição de garantia quando o bem jurídico que exige proteção está confiado ao agente de forma imediata, de maneira que a sua incolumidade dependa da direta atuação do agente.<sup>281</sup>

Passa-se, agora, a analisar o fundamento da posição de garantidor quanto ao dever de vigilância frente às fontes de perigo.

#### 2.2.2.2.2. *Controle sobre fontes de perigo*

A segunda hipótese que constitui fundamento material do dever de garantidor, para Kaufmann, refere-se ao controle sobre as fontes de perigo. O autor alemão afirma que, nessa posição de garantia, ao agente incumbe a supervisão de determinada fonte de perigos, independentemente de quais bens jurídicos são ameaçados por ela.<sup>282</sup>

Os deveres de garante que possuem como fundamento a proximidade do agente com fontes de perigos são muito mais restritos que os deveres de proteção, porque, no ponto anterior, a exigência de defesa do bem jurídico desamparado era contra todas as situações que pudessem afetá-lo, enquanto neste o agente está vinculado apenas ao controle e vigilância da fonte de perigos pela qual é responsável.<sup>283</sup> O agente é garantidor em virtude do dever de vigilância nas situações em que há a obrigação de controle de uma fonte de riscos, se tornando, portanto, responsável pela proteção de todos os bens jurídicos que possam ser ofendidos ou violados pela fonte de perigos administrada por ele.<sup>284</sup>

---

<sup>280</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 203-204.

<sup>281</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 942-943.

<sup>282</sup> KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289-290.

<sup>283</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 944-945.

<sup>284</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 152.

O dever de controlar a fonte de perigo é baseada na ideia de que quem, com uma ação, cria o perigo iminente de um resultado, possui a obrigação de impedir que ele se concretize.<sup>285</sup> Deve-se assegurar que esta fonte se mantenha dentro do patamar de risco permitido, e, se eventualmente extrapolado, o garantidor deve agir para buscar evitar o resultado danoso a bens jurídicos de terceiros.<sup>286</sup>

Mas e o que constitui uma fonte de perigo, precisamente? A definição, segundo Muñoz Conde e García Arán, é variável e necessitará de análise a ser realizada sob o caso concreto.<sup>287</sup> Contudo, é possível vislumbrar uma fonte de perigo em objetos (armas de fogo, produtos químicos), animais,<sup>288</sup> máquinas ou atividades industriais.<sup>289</sup> Os autores espanhóis apresentam dois exemplos bastante didáticos: quem faz fogo no bosque para se esquentar ou para preparar uma comida possui, para si, a obrigação de garantir que o fogo não se espalhe em um incêndio no bosque, respondendo por ele caso se produza; e, quem atropela, com seu automóvel, um pedestre, tem a obrigação de lhe atender ou transportar a um hospital, caso contrário, responderá pelo resultado morte, se produzido.<sup>290</sup>

Pode-se citar três constelações de casos que atraem a posição do garantidor de vigilância devido à gestão da fonte de perigos: a) o atuar precedente; b) a responsabilidade por coisas perigosas; e c) a responsabilidade pela conduta de pessoas perigosas.<sup>291</sup> Explica-se, pontual e objetivamente, cada um destes pontos de partida.

---

<sup>285</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 247.

<sup>286</sup> 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.

<sup>287</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 248.

<sup>288</sup> Bottini exemplifica com o domador de leão do circo, que é garante dessa fonte de perigos a quaisquer bens jurídicos que o animal possa lesar. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 80.)

<sup>289</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 153.

Ao se falar sobre o eventual perigo gerado pelas empresas, Oliveira destaca que se considera fontes de perigos as empresas que atuam na produção de alimentos, medicamentos ou demais substâncias químicas que possam causar lesão à saúde. (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 223.)

<sup>290</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 247.

<sup>291</sup> 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. 100. Em sentido semelhante, ver: MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 324.

Por primeiro, o atuar precedente ou ingerência merece um tópico à parte, sobretudo porque, no ordenamento jurídico brasileiro, recebeu tratamento próprio por meio da alínea “c” do artigo 13, §2º, do CP. Trata-se de complexo fundamento da posição de garantia que exige maior análise em seus termos.

A responsabilidade do agente sobre coisas perigosas, sejam ela móveis ou imóveis, mas que possam causar danos a bens jurídicos alheios, reside na obrigação dele de adotar medidas de controle para evitar que tais danos ocorram.<sup>292</sup> São coisas como um imóvel, um cão, uma barragem, um carro, uma planta industrial. Em suma, todo e qualquer objeto que esteja sob o seu domínio e seja um possível causador de lesão a bens jurídicos alheios. O garantidor deve empregar todo o seu esforço para que seus objetos não ofereçam riscos a terceiros.

Já quanto à responsabilidade sobre a conduta de outras pessoas perigosas, esta é fixada com base na ideia de que certas pessoas podem gerar perigos para bens jurídicos de terceiros. Isso pode ocorrer em razão de dois grandes grupos de casos: a) aqueles em que há uma deficiência de autorresponsabilidade da pessoa vigiada, o que a torna incapaz de responder os atos ilícitos praticados; b) aqueles em que o ordenamento jurídico, apesar de considerar estas pessoas autorresponsáveis, estabelece uma necessidade de vigilância maior em virtude de sua periculosidade acentuada.<sup>293</sup>

No primeiro grupo mencionado, cita-se: a situação dos pais sobre os filhos menores - para além do dever de proteção, possuem o dever de vigilância sobre eles, vigiando-os e garantindo a segurança da fonte de perigos que por eles eventualmente possa partir -, dos médicos em uma clínica psiquiátrica sobre os pacientes internados, do instrutor de direção sobre o aluno da autoescola etc.<sup>294</sup> São situações em que há uma clara relação de impossibilidade de autocuidado dos agentes vigiados. Já no segundo grupo, é possível mencionar a situação dos carcereiros em relação aos reclusos, hipótese em que os agentes são capazes mentalmente e autorresponsáveis, mas que exigem do Estado certa vigilância acentuada, em razão de possíveis riscos oferecidos aos bens jurídicos de terceiros.

---

<sup>292</sup> 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. 100.

<sup>293</sup> 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. 101.

<sup>294</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 949.

Mir Puig destaca que, para que os princípios decorrentes do dever de controle de uma fonte de perigo sejam aplicáveis, é necessário que a obrigação de vigilância envolva o dever de controlar uma periculosidade específica do vigiado. Isso ocorre, por exemplo, nos casos de agentes penitenciários encarregados da custódia de presos com especial periculosidade.<sup>295</sup>

Embora as noções de vigilância tenham sua origem para tratar de situações envolvendo pessoas responsáveis de cuidar e vigiar inimputáveis (pais em relação a filhos, pessoas incapazes mentalmente), assim como em situações de salvamento, esta ideia é adequada à solução da responsabilização empresarial por omissão.<sup>296</sup>

Isso porque a legislação nacional tratou de fixar alguns setores profissionais que devem ter maior cuidado e, por consequência, uma fiscalização mais rigorosa sobre a atuação dos indivíduos que operam no interior da empresa. A Lei de Lavagem de Dinheiro, por exemplo, fixou, em seu artigo 9º, um rol de atividades sujeitas a deveres especiais de prevenção, para os quais a empresa deverá “adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações”, conforme determina o seu artigo 10, inciso III.

Transmite-se a mensagem de que este determinado rol, que inclui os setores bancário, de comercialização de valores mobiliários e de seguros, são áreas político-criminalmente identificadas como de elevado risco para a prática do branqueamento de capitais.<sup>297</sup> Fica claro, por meio de uma lei penal, que se está a indicar que, em determinados negócios, há risco especial, constituindo tarefa da empresa se dedicar para que este risco seja minorado por meio de programas de integridade e determinadas práticas internas de controle.

Considerando que nesses contextos há um risco elevado de práticas delitivas, cabe aos administradores a responsabilidade de garantir a efetiva aplicação das determinações legais, buscando minimizar, na medida do possível, esse risco. Por conseguinte, os dirigentes que detenham controle sobre as decisões relacionadas à implementação e gestão de ferramentas antilavagem assumem os deveres decorrentes dessa posição.<sup>298</sup>

As decisões que diminuem, excluem ou tirem poderes dos programas de *compliance*, isto é, passem a permitir que a empresa seja instrumentalizada para práticas delitivas oriundas da falta de fiscalização e controle, representam uma perda de controle do foco de perigo,

---

<sup>295</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 329.

<sup>296</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 205.

<sup>297</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 224.

<sup>298</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 226.

expondo a atividade da empresa à produção de mais riscos não permitidos.<sup>299</sup> Não é a empresa como um todo a fonte de perigo, mas a sua organização que gera efeitos em cada uma das atividades particulares por ela desempenhadas, demonstrando a importância da gestão por parte dos administradores.<sup>300</sup>

Com efeito, a posição de garantia em virtude do dever de vigilância não ocorre de forma automática. Para tanto, é necessário que o agente tenha uma posição de domínio fático absoluto sobre a fonte de perigo, a fim de que lhe caiba o dever de garante. Exige-se, para que seja indiscutível o domínio sobre a situação fática, que: a) o agente esteja efetivamente investido numa posição de domínio fático e próximo da situação; b) que o perigo em que incorre o bem jurídico seja agudo e iminente; e c) que o agente que domina a situação possa levar a cabo a ação esperada sem ter de incorrer numa situação perigosa ou danosa para si mesmo.<sup>301</sup> Méndez afirma que o empresário, na posição de garantidor, deve agir para evitar as condutas quando identificar que há comportamentos praticados pelos subordinados que pareçam “demasiados perigosos”,<sup>302</sup> que ensejariam a possibilidade da prática de um crime no seu âmbito de domínio.

Isso ocorre porque no Direito Penal parte-se da ideia de que o sujeito consciente, maior de idade e capaz é autorresponsável. Contudo, o princípio da autorresponsabilidade não é absoluto e deve ceder frente a determinadas situações, como nos casos em que o terceiro não é responsável ou tem a sua responsabilidade limitada ou diminuída. Por isso, será aceite o cumprimento do dever de vigilância sobre este indivíduo, impondo-se tal tarefa a outro agente que possua cargo ou autoridade sobre ele, exercendo o poder de domínio e de controle.<sup>303</sup> Por exemplo, nos casos em que há uma relação de hierarquia, ou seja, em que há uma determinada autoridade ou subordinação, pode-se configurar a posição de garantia.

O cerne da discussão reside na possível responsabilidade jurídico-penal por omissão dos agentes encarregados do controle e fiscalização da atividade empresarial, incluindo a posição do dirigente da empresa. Essa questão será abordada em tópico posterior, sendo fundamental,

---

<sup>299</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 229.

<sup>300</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 231.

<sup>301</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 951.

<sup>302</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 906.

<sup>303</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 949.

antes disso, analisar as hipóteses em que os agentes assumem a posição de garantia previstas no Código Penal.<sup>304</sup>

### 2.3. ESPÉCIES DE GARANTIDORES

O artigo 13, §2º, do CP, estabelece de forma clara as espécies de garantidores. Diferente de outros países, em que não há uma definição legal sobre a posição de garantia, o CP brasileiro estabelece que ela estará configurada em razão da lei, da assunção ou da ingerência. Desse modo, passa-se a analisar cada uma das alíneas do dispositivo legal mencionado.

#### 2.3.1. Garantidor que “*tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*”, conforme artigo 13, §2º, alínea “a”, do CP

Na primeira hipótese elencada pela norma penal, trata-se de dever de agir oriundo de preceito legal, penal ou extrapenal, de direito público ou privado, que constitui o agente em posição de garantia. Como exemplo clássico e elementar, destaca-se a posição dos pais em relação aos filhos menores e dos filhos em relação aos pais incapazes ou enfermos, conforme estabelecem os artigos 229 e 230 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o Código Civil prevê essa relação de cuidado e proteção nos artigos 1.566, incisos III e IV, e 1.634, incisos I e II. Além disso, essa obrigação se estende aos cônjuges entre si, nos termos dos artigos 1.566, incisos III e IV, e 1.568 do mesmo diploma legal.<sup>305</sup>

Há diversos outros exemplos, tais como as obrigações legais dos policiais e bombeiros de preservarem a ordem pública e a incolumidade das pessoas (artigo 301 do CPP); os agentes penitenciários em relação aos indivíduos que estiverem segregados sob sua custódia (artigo 10 da LEP) etc.

A menção da alínea a do § 2º à obrigação “por lei” se refere à posição de garantidor que pode surgir tanto de uma norma extrapenal, como a CF, o CC e as leis profissionais, ou até mesmo de norma penal, desde que seja aquela derivada do processo legislativo, o que compreende leis complementares, ordinárias, delegadas, decretos legislativos e medidas

---

<sup>304</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 950.

<sup>305</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. *E-book*, p. 227.

provisórias.<sup>306</sup> Mas, por outro lado, não se equiparam à lei o decreto, regulamento, resolução, instruções normativas ou qualquer outro ato derivado dos órgãos do Estado que não preencham aquelas condições, sob pena de violação ao princípio da legalidade.<sup>307</sup>

Contudo, embora se exija o processo legislativo para a imposição de um dever por meio de lei, não será qualquer dever imposto por este procedimento que investirá o sujeito na posição de garantia, sendo esta restrita aos casos do dever de cuidado, proteção ou vigilância. A obrigação de cuidado compreende a atenção para com higiene, saúde ou alimentação, assim como com educação e instrução. O dever de proteção, por sua vez, concerne ao socorro em caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal, à liberdade e até ao patrimônio. Por fim, o dever de vigilância diz respeito à atuação em prol de impedir que as próprias pessoas que se situem na condição de tuteladas pelo garantidor venham a realizar atos que as coloquem em perigo ou a seu patrimônio.<sup>308</sup>

E como já dito, não é necessário que o omitente conheça a norma legal ou contratual que lhe demande o dever especial de agir, sendo suficiente que tenha conhecimento da relação fática que lhe dá suporte (relação de parentesco, profissional, especial de proteção etc.).<sup>309</sup>

Passa-se, a seguir, a delinear a espécie do garantidor por assunção.

### **2.3.2. Garantidor por assunção, que “*de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado*”, conforme artigo 13, §2º, alínea “b”, do CP**

A segunda espécie de garantidor a ser elencada trata sobre o agente que assume, voluntariamente, a responsabilidade de impedir o resultado, também chamado de garantidor por assunção. Aqui, enquadram-se as hipóteses em que o agente firma um contrato para proteção de outrem, um acordo tácito ou qualquer outra forma que ele assuma o cuidado para com terceiro, mesmo que dure determinado período de horas ou dias.<sup>310</sup>

---

<sup>306</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 305.

<sup>307</sup> BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 67.

<sup>308</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 306.

<sup>309</sup> TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 97.

<sup>310</sup> Bitencourt cita como exemplo o caso da dona de casa que deixa seu filho com a vizinha para que ela, temporariamente, possa sair de casa, enquanto esta cuida de seu filho. No caso, a pessoa que passa a cuidar do filho da vizinha assume a posição de garantidora, que persistirá até a genitora da criança retornar

Ocorre a constituição da posição de garantia em decorrência da assunção desde que a entrada na esfera de responsabilidade pelo agente seja fática e real, ocasionando a transformação e transferência dos deveres que originalmente cabiam ao agente garantidor primário.<sup>311</sup>

É perfeitamente possível o agente ser garantidor de proteção ou vigilância em virtude da assunção desta função, conforme preceitua o artigo 13, §2º, alínea “b”, do CP.<sup>312</sup> Como exemplo, é possível citar a babá em relação às crianças que lhe são confiadas; o salva-vidas quanto aos banhistas do clube; a enfermeira, sobre os pacientes que estão sob seus cuidados; o guia de alpinismo, em relação às pessoas que contrataram o serviço etc.<sup>313</sup>

Esta previsão legal expressa um avanço para a teoria material, minimizando o formalismo outrora imposto, uma vez que, a rigor, é desnecessária a formulação de um contrato para fazer nascer a posição de garantia e os respectivos deveres dela intrínsecos.<sup>314</sup> Contudo, é importante ressaltar que o agente deve assumir, de fato, a custódia do bem jurídico que se propõe a proteger, de modo que aquele que se coloca na posição de garante tenha plena consciência de que está realmente exercendo essa função e das obrigações dela decorrentes.<sup>315</sup> A assunção fática da proteção de outrem é decisiva e fundamental, pois a confiança na ação esperada do garante “cria relações de dependência e encoraja a exposição a riscos que, de outro modo, seriam evitados”.<sup>316</sup>

---

(BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 31. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2025. *E-book*, p. 306.).

<sup>311</sup> 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. 103.

<sup>312</sup> 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. 103.

<sup>313</sup> BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 69.

<sup>314</sup> 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. 104.

<sup>315</sup> BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 69-70.

<sup>316</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. *E-book*, p. 229.

Segundo Tavares, é necessário que o agente tenha conhecimento de que assumiu a posição de garantidor, isto é, que deve agir para evitar o resultado.<sup>317</sup> Esse requisito se impõe para todas as formas de garantia, pois o agente deve ter consciência de sua posição assumida.<sup>318</sup>

A ressalva a ser feita é que, na posição de garantia em análise, a assunção fática muitas vezes ocorre de forma tácita, sem a necessidade de contrato ou acordo formal. Diante disso, torna-se essencial verificar se o agente tinha ciência de que estava investido nessa posição, uma vez que o Código Penal não especifica expressamente o "modo" ou as circunstâncias em que um indivíduo assume a condição de garante.<sup>319</sup>

Adiante, adentra-se na última espécie de garantidor elencada no Código Penal.

### 2.3.3. Garantidor por ingerência, que “*com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*”, conforme artigo 13, §2º, alínea “c”, do CP

Esta é uma das fontes da posição de garante mais antigas e sob a qual ainda pairam as maiores dúvidas.<sup>320</sup> Esta modalidade da posição de garantia se configura quando o indivíduo, com sua conduta anterior, cria situação de risco para bem jurídico de terceiro. Nesse caso, ele passa a ter a obrigação de agir para evitar que o perigo por ele criado se converta em dano. Caso o dano venha a ocorrer, o agente responde como se o tivesse causado de forma comissiva.<sup>321</sup>

Não importa se a ação do agente foi de forma voluntária ou não, dolosa ou culposa. O que importa é que a sua ação ou omissão originou uma situação de risco ou agravou uma já existente. Em razão desse comportamento anterior, fica obrigado a impedir que essa situação de perigo por ele gerado evolua a um dano efetivo.<sup>322</sup> Trata-se, portanto, de uma modalidade de

---

<sup>317</sup> TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 97.

No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 473.

<sup>318</sup> Se houver erro de tipo neste ponto, exclui-se o dolo, e, portanto, somente é possível a punição a título de culpa, se previsto em lei. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed. atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 289.)

<sup>319</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

<sup>320</sup> Bierrenbach, inclusive, afirma que “o atuar precedente com os deveres que dele decorrem é, sem dúvida, a questão mais intrincada e controvertida de toda doutrina da garantia, o que conduziu Welzel a aludir que ‘o problema da ingerência continua sendo, ainda hoje, um problema insolúvel’.” (BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 71.)

<sup>321</sup> BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 71.

<sup>322</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 31. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2025. *E-book*, p. 306.

responsabilidade pelo controle sobre a fonte de perigo para um bem jurídico, no caso, perigo este gerado pelo agente.<sup>323</sup>

Para que seja configurada a ingerência, é necessário que exista uma proximidade do risco com o resultado, de maneira que o comportamento verificado produza de forma imediata um perigo que contribua para a realização do resultado.<sup>324</sup> A omissão não cria qualquer risco (no tradicional jargão em latim, *ex nihilo nihil fit*).<sup>325</sup> Ao contrário, a criação de um risco sempre ocorrerá por meio de um ato positivo, comissivo, ligado à ideia de um movimento corporal voluntário que crie um perigo concreto ou potencial algum bem jurídico de outrem.<sup>326</sup>

É possível exemplificar a ingerência imaginando-se um agente que, conduzindo um veículo de forma imprudente, atropela um pedestre e empreende fuga do local do acidente sem socorrê-lo, sabendo que, possivelmente, a pessoa atropelada virá a falecer, causando voluntariamente a morte da vítima.<sup>327</sup> Ou, de outro modo, a pessoa que faz fogo no bosque para esquentar seu alimento gera para si o dever de impedir que o fogo se transforme em um incêndio florestal.<sup>328</sup>

Portanto, a responsabilidade penal devido à ingerência está associada à omissão de ações neutralizadoras do risco criado por ato anterior do próprio agente garantidor, cuja inação produziu o resultado delitivo em desfavor de terceiro.<sup>329</sup>

Contudo, a mera criação de um perigo por meio da conduta antecedente não é suficiente para fundamentar esta posição de garantia. Mir Puig adverte, corretamente, que quem cria, voluntariamente, um perigo, deve restar na posição de garante. Porém, salienta que, quem produz o perigo sem intenção ou imprudência, não deve carregar a lesão dolosa se não impede

---

<sup>323</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 255.

<sup>324</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 264.

<sup>325</sup> A infração de uma norma imperativa funda a essência do crime omissivo. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 31. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2025. *E-book*, p. 302.)

<sup>326</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 131-151, ago.-set., 2020, p. 136.

<sup>327</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 324. O mesmo exemplo é fornecido por BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 77.

<sup>328</sup> BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014, p. 76.

<sup>329</sup> REBOUÇAS, Sérgio. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 301.

a produção do resultado.<sup>330</sup> Entende-se, portanto, que a causação imprudente e consciente são distintas e, por isso, devem ser tratadas como tal.<sup>331</sup>

Para além deste ponto, há uma complicada e antiga discussão sobre se a ação anterior que criou o risco deve ser uma ação ilícita ou se pode estar inserida no âmbito do risco permitido. Uma parte da doutrina defende que não é necessário que a conduta precedente seja ilícita, pois na maioria das ocasiões será lícita como tantas outras condutas ou atividades de risco socialmente aceitas.<sup>332</sup>

Rebouças traz como exemplo a situação do empresário que coloca à venda no mercado um produto perigoso, não atuando ilicitamente se cumpre com as obrigações de informação ao consumidor. Assim, sua conduta precedente torna-o obrigado a atuar para impedir o resultado se posteriormente se verificam outros perigos não previstos, como a constatação do caráter nocivo de um componente da substância. Na hipótese, a conduta anterior de dispor o produto à venda no mercado gera o dever de garantia que o resultado não se produza, tendo em vista que o agente garantidor se fez responsável pela contenção de riscos posteriormente constatados, desde que vinculados ao seu âmbito de organização (caráter normativo) e de domínio (caráter fático).<sup>333</sup>

Para Bottini, a criação do risco pode desencadear duas espécies de deveres ao autor: i) dever de controlar o risco; ii) dever de salvamento, se este risco gerado sai do controle. O primeiro determina que todo aquele que cria um risco, permitido ou não, tem a obrigação de mantê-lo dentro de níveis razoáveis, conforme definido pelas normas de cuidado correspondentes.<sup>334</sup> Quando se está a falar do risco permitido, o dever não é de impedir resultados que dele eventualmente possam decorrer, mas de agir para impedir que se transforme

---

<sup>330</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 325.

<sup>331</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: Parte General. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 327.

<sup>332</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 894; REBOUÇAS, Sérgio. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 302.

<sup>333</sup> REBOUÇAS, Sérgio. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 302.

<sup>334</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 131-151, ago.-set., 2020, p. 138.

O autor traz dois exemplos, a seguir transcritos: “aquele que constrói um brinquedo arriscado (montanha-russa) tem o dever de agir para garantir sua manutenção adequada, diretamente ou por meio de terceiros com competência e qualificação. Da mesma forma, quem dirige um veículo e percebe que ultrapassou a velocidade permitida, deve agir para reduzi-la.” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 131-151, ago.-set., 2020, p. 138.)

em risco proibido (não permitido), e, dessa forma, produza o resultado.<sup>335</sup> Em ambos os casos, trata-se de uma imputação omissiva que possui como diretriz a violação de uma norma de cuidado.<sup>336</sup>

O dever de salvamento, por sua vez, surge quando o risco inicial desborda do âmbito de controle do omitente e se incorpora à esfera da vítima, de maneira que, diferente do dever de controlar o risco, nesta hipótese é necessário que o indivíduo pratique uma conduta de salvamento do bem jurídico lesionado. Por exemplo, um indivíduo que dirige seu veículo em velocidade regular possui o dever de controle do perigo (carro em movimento) que, se atropela alguma pessoa, o foco de perigo que deve(ria) ser controlado (carro), torna-se irrelevante para o curso causal da produção do resultado, pois o foco passa a ser o salvamento do bem jurídico ferido.<sup>337</sup>

Questiona-se: o descumprimento do dever de salvamento autoriza a imputação dos resultados lesivos ao omitente como se ele os tivesse produzido de forma ativa? É necessário que, originalmente, se trate de risco permitido ou proibido? Bottini afirma que não existe o dever de salvamento decorrente de um risco anterior permitido, pois a responsabilidade pelo salvamento está conectada ao desvalor do risco original, que só existe em razão de um contexto de salvamento não permitido, ou seja, com o descumprimento de norma de cuidado na origem.<sup>338</sup> Portanto, a obrigação de agir para salvar o bem jurídico pelo agente que criou esse risco permitido anterior é idêntica à de qualquer indivíduo frente aos fatos, impossibilitando que se fale em omissão imprópria.<sup>339</sup> Tavares afirma que o agente deve saber que a sua atuação era contrária ao dever imposto e, portanto, arriscada.<sup>340</sup>

A conclusão a que chega Bottini parece acertada. Ele refere que a omissão imprópria em virtude da ingerência se estrutura em dois planos: controle ou salvamento. Nos dois casos é necessária a violação de uma norma de cuidado. Na primeira, ela pode ocorrer no contexto de

---

<sup>335</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 131-151, ago.-set., 2020, p. 138.

<sup>336</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 131-151, ago.-set., 2020, p. 139.

<sup>337</sup> Explicação e exemplo extraído de: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 131-151, ago.-set., 2020, p. 139.

<sup>338</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 131-151, ago.-set., 2020, p. 140.

<sup>339</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 131-151, ago.-set., 2020, p. 140-141.

<sup>340</sup> TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 97.

um risco permitido; no segundo, mais restritivo, será exigido que a situação na qual o salvamento é necessário decorre de um risco não permitido anterior, criado pelo próprio agente.<sup>341</sup>

Fixadas as bases para a compreensão da posição de garantia, passa-se à tomada de posição quanto ao fundamento utilizado para a posição de garantidor de dirigentes de empresa, essencial para o desenvolvimento do presente trabalho.

#### **2.3.4. Tomada de posição sobre o fundamento material da posição de garantia do dirigente de empresa sobre a fonte de perigo empresa**

O ponto de partida da análise de posições de garantia no interior de uma empresa deve ser a consideração da posição de garantidor do empresário.<sup>342</sup> Quer dizer, para se falar em responsabilidade penal omissiva imprópria no interior da organização, é imperiosa a fundamentação e adequação dos limites de responsabilidade do dirigente de empresa como garantidor.

Nesse contexto, há três principais entendimentos sobre a fundamentação da posição de garantia dos dirigentes de empresa, baseados na: i) ingerência; ii) poder diretivo sobre os empregados; e iii) controle sobre a fonte de perigo representada pela empresa.

A primeira se baseia na ideia de que a empresa abriga uma organização perigosa preexistente, cuja criação de um risco não permitido impõe aos dirigentes o dever de agir para prevenir resultados danosos.<sup>343</sup> Na perspectiva empresarial, é o descumprimento prévio de deveres de cuidado que torna o exercício da atividade sujeito a um risco não permitido, que pode ensejar a responsabilização penal dos dirigentes, se não atuarem para que a fonte de perigo retorne ao risco permitido.

De acordo com Bottini,<sup>344</sup> a omissão será atípica se o risco inicial for permitido e não houver alguma norma de cuidado que exija uma conduta positiva posterior para mantê-lo nessa

---

<sup>341</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 255.

<sup>342</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. pp. 79-105, p. 79.

<sup>343</sup> Entendimento disseminado no Brasil por: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 143 e ss.

<sup>344</sup> O próprio autor pondera que a sua concepção é semelhante à ideia de competências organizativas e institucionais de Jakobs, conforme se verifica na nota de rodapé nº 271, em: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 135.

situação.<sup>345</sup> Assim, a posição de garantia no âmbito empresarial se configura quando a existência de uma organização perigosa dentro da empresa gera um risco não permitido, impondo aos dirigentes o dever de agir para evitar o resultado danoso. Por outro lado, se a atuação ocorrer dentro do risco, não haverá posição de garantia.<sup>346</sup>

Contudo, esta não parece ser a melhor posição a ser adotada, embora não possa ser descartada por completo. Pode ser adotada na hipótese em que o garantidor elege subordinado evidentemente inapto ou incompetente, desde que exista proximidade entre este ato ilícito e o resultado típico. Ela pode ser adotada de forma suficiente em uma lógica de pequenas empresas ou em estruturas onde não haja sucessão de dirigentes.

No entanto, essa abordagem se mostra insuficiente para casos em que há um distanciamento temporal e pessoal entre a criação do risco e a ocorrência do resultado típico.<sup>347</sup> Isso porque faltaria a necessária relação de proximidade entre o agente que gera o risco e o evento danoso, uma vez que essa conexão se diluiria nas múltiplas camadas hierárquicas existentes entre a gestão da empresa e os responsáveis pela execução das tarefas.

Entende-se que o critério da ingerência não deve ser utilizado como único parâmetro para a responsabilização penal por omissão no contexto empresarial, pois fundamenta apenas parcialmente a posição de garantia dos dirigentes empresariais.<sup>348</sup>

Por sua vez, a concepção baseada no poder diretivo do dirigente sobre o subordinado consiste na interpretação do domínio sobre a causa do resultado como o “domínio dos órgãos de direção sobre o curso da empresa”, e se divide em duas classes: o domínio material (sobre meios ou produtos perigosos da companhia) e o domínio hierárquico (poder de direção sobre os empregados).<sup>349</sup>

---

<sup>345</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 180.

Nesta concepção, a responsabilidade do empresário se baseia em dois pilares: i) quando se cria um risco próprio, fundamentado em suas faculdades individuais de auto-organização, as quais exigem deveres de cuidado, sob pena de ensejar a responsabilidade omissiva imprópria por ingerência (artigo 13, § 2º, alínea c); ou ii) quando se está diante de um risco alheio, sob pena de incurso na posição de garantidor por lei ou assunção (artigo 13, § 2º, alíneas a e b).

<sup>346</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 407.

<sup>347</sup> 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. 124.

<sup>348</sup> Acompanhando o entendimento de 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. 124.

<sup>349</sup> Este estudo pode ser conferido em: SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um

Este domínio se baseia não somente no poder de mando originado a partir do direito de direção do empregador, mas na maior fonte de informação do superior, que obtém conhecimento do domínio através da compactação da informação.<sup>350</sup> Esse domínio não se fundamenta apenas no poder de mando decorrente do direito de direção do empregador, mas também na posição privilegiada do superior hierárquico em relação à informação, obtida por meio da compactação e centralização do conhecimento.

Schünemann sustenta que esse "domínio pessoal sobre um indivíduo com maioria penal" pressupõe que o subordinado, de fato, se deixe influenciar pelas medidas da autoridade empresarial, ou seja, pelas instruções e diretrizes estabelecidas pelos dirigentes da organização. Assim, o dever de garante do superior deve se limitar às medidas de direção próprias da empresa, de modo que o domínio de garante só se estende até onde a conduta ilícita possa ser considerada uma expressão do grupo e, portanto, uma manifestação do controle exercido no âmbito organizacional.<sup>351</sup>

Entretanto, esse não parece ser o posicionamento mais adequado para fundamentar a posição de garantidor dos dirigentes de empresas. Apesar de haver um certo poder diretivo dos empresários sobre os subordinados, capaz de influenciar o desempenho das atividades deles, a mera possibilidade de agir para evitar a prática de crimes deles não os investe na posição de garantidor. A capacidade de intervir é posterior à posição de garantidor, que é um dos pressupostos à responsabilização penal por omissão.<sup>352</sup>

E há de se lembrar que o dever de vigilância não recai sobre pessoas, mas está embasado na incapacidade ou periculosidade da pessoa, características de vulnerabilidade que não se constata, necessariamente, nos subordinados de empresas.<sup>353</sup> O entendimento referido

---

caos. Tradução: Alaor Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.159-181.

<sup>350</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascuraín Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 539-540.

<sup>351</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascuraín Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 539-540.

Nesse ponto, o superior nunca será responsável por um fato excessivo do subordinado, porque, se atua em interesse próprio, o agente opera com um distanciamento das instruções de ações internas do grupo e não seria possível este controle por meio das ferramentas comuns de controle.

<sup>352</sup> 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. 109.

<sup>353</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 231.

é equivocado porque o domínio não recai, precisamente, sobre a pessoa do subordinado, mas sobre o âmbito de organização assumido por ele em razão da sua obrigação de agir para conter os riscos gerados pela empresa.

A partir desse argumento, não seria possível fundamentar a posição de garantia do membro do CA, uma vez que inexistente relação de hierarquia entre ele e os demais órgãos sociais, inclusive a Direção. A relação entre ambos é pautada pela complementariedade e fiscalização de um (CA) ao outro (Direção). Mas não só por estes motivos. O critério do poder diretivo parece insuficiente nas estruturas empresariais modernas, em que há profissionais altamente capacitados e que gozam de determinada autonomia, atenuando ou até suprimindo a submissão perante órgãos superiores da empresa. Relações embasadas na horizontalidade e sustentadas pela especialidade, confiança e cooperação.<sup>354</sup>

Já a ideia de controle sobre a fonte de perigo representada pela empresa é a concepção que se compreende como adequada. Tem como base a correlação entre a liberdade de criar uma empresa, e o dever de gerir o seu foco de perigo, para que dele não advenham ofensas a bens jurídicos de terceiros ou da coletividade.<sup>355</sup> Nesse entendimento, ao possuir a liberdade de empreender, o empresário atrai para si, a título de obrigação, o dever de controlar os riscos e agir para evitar os resultados gerados por pessoas e objetos no interior da empresa, de maneira que o fundamento material da posição de garantia se dá em razão da necessidade de gestão da organização como uma fonte de perigo permitida.<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> Estes e outros argumentos podem ser visualizados em: 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. 115-116.

<sup>355</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 408.

<sup>356</sup> Por todos, ver: 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. 128-129.

No mesmo sentido: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 357; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 205; ROBLES PLANAS, Ricardo. O "compliance officer" frente ao Direito Penal. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudios de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 245-260. p. 249; GÓMEZ-ALLER, Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del "deber de control": una aproximación tópica. *In*: ZAPATERO, Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán Nieto. **El derecho penal económico em la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. pp. 165-189. p. 169.

Assim, essa posição de garantidor do dirigente de empresa parece encontrar amparo no artigo 13, parágrafo 2º, alínea *b*, do CP,<sup>357</sup> devido à assunção da gestão de riscos, ou pela ingerência, com fulcro na alínea *c* do mesmo dispositivo legal do CP.<sup>358</sup> Todavia, o simples fato de e gerir uma empresa não constitui “comportamento anterior” penalmente relevante e apto a configurar a posição de garantia pelo disposto no artigo 13, § 2º, alínea “c”, do CP, porque se estaria admitindo punir o indivíduo no âmbito do Direito Penal por atos relacionados ao direito extrapenal, violando o princípio da subsidiariedade, além de estar sob o manto do risco permitido.<sup>359</sup>

Os integrantes dos órgãos da administração da empresa (geralmente diretores e membros do Conselho de Administração) que possuem uma relação juridicamente fundada de controle - ainda que parcial - sobre a empresa, e que tenham assumido de fato esse controle, têm o dever de agir em razão da posição de garantidores, por meio do dever de vigilância que lhes é imposto. Na legislação extrapenal, o artigo 1.011 do Código Civil determina que o dirigente de empresa, ao administrar a sociedade, deve agir com o cuidado e a diligência que qualquer pessoa ativa e proba adotaria na gestão de seus próprios negócios.

Eles figuram como garantidores originários de vigilância em relação aos subordinados sobre os quais exerçam domínio e possam interferir nas ações, compreendidos como fontes de perigos a bens jurídicos alheios. O próprio Código Civil estabelece que o empregador é responsável pela reparação civil decorrente dos atos de seus empregados, quando praticados no exercício de suas funções ou em razão delas, evidenciando o caráter extrapenal dessa obrigação. Todavia, a própria atividade empresarial pressupõe a divisão de funções (descentralização, na linha horizontal) e a delegação de tarefas (na linha vertical da estrutura hierárquica), motivo

---

<sup>357</sup> GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *In: Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 114; 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. 132.

<sup>358</sup> 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. 132.

Isso pode ocorrer nos casos em que não há a adequada seleção e instrução do indivíduo subordinado, delegando-se tarefas a pessoa manifestamente inapta ou incompetente, desde que haja proximidade temporal entre o ato antijurídico e o resultado típico. Contudo, isso pode ser visto de forma mais clara em pequenas empresas ou nas quais não há uma sucessão de responsáveis. (SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 80.)

<sup>359</sup> ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 185.

pelo qual é possível o compartilhamento das tarefas e funções, não ficando o dirigente obrigado a executar a vigilância de forma direta.<sup>360</sup>

Para se apurar corretamente a responsabilidade penal no âmbito empresarial, se impõe a minuciosa identificação dos poderes e atribuições dos membros da administração da sociedade, pois é sobre eles que recairão os deveres de cuidado e de agir para salvaguardar bens jurídicos sob a mira das fontes de perigo da empresa. Esses poderes que, ao serem exercidos, materializam o controle sobre a fonte de perigo empresa,<sup>361</sup> e serão fundamentais para determinar o dever concreto de agir do garantidor.

Mas o seu dever de agir não será para todo e qualquer crime praticado na empresa, mas unicamente para aqueles relacionados à empresa e que sejam uma expressão dessa fonte de perigo.<sup>362</sup> Essa fonte de riscos pode ser relacionada ao exercício de atividades eminentemente perigosas, tais como extração de minério, enriquecimento de material nuclear, agrotóxicos, armas, ou a atos organizacionais de seus administradores, como a organização e gestão de funções, atribuições e esferas.<sup>363</sup>

Para Silva Sánchez, a posição de garantia dos administradores possui uma dupla dimensão: i) *ad intra*, voltada a evitar resultados lesivos para a própria empresa, fazendo do dirigente garante de proteção da corporação; e ii) *ad extra*, voltada à evitação de resultados lesivos que se produzam sobre pessoas externas por meio da atividade dos membros da própria empresa, tornando o dirigente garante de controle.<sup>364</sup> Seria, segundo ele, uma dupla função de garantidor do dirigente, visando proteger tanto a companhia quanto os demais que podem ser afetados por ela.

---

<sup>360</sup> 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. 133-134.

<sup>361</sup> SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 34.

<sup>362</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, ano 54, n. 1, p. 5-26, 2001, p. 19; 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. 134.

<sup>363</sup> SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 72.

<sup>364</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 80.

Para Zonta, é possível visualizar o empresário como garantidor em duas hipóteses: na primeira, derivada da capacidade de organização e autoridade dentro das estruturas empresariais, em razão do poder diretivo e das relações de subordinação; na segunda, por sua vez, seria derivada do necessário controle da empresa dentro de patamares aceitáveis de riscos, que traduz a ideia de que a própria empresa, em si mesma, é uma fonte de perigo. Nos dois casos, o agente seria enquadrado na posição de garantia em virtude do dever de vigilância sobre a fonte de perigo.<sup>365</sup>

No entanto, quando a atuação ultrapassa os limites da fiscalização da empresa, ou seja, quando o subordinado age em interesse próprio, de forma totalmente desvinculada do ramo e das diretrizes da organização, entende-se que a posição de garantidor do superior hierárquico fica afastada em relação ao fato, que é estranho às atividades nas quais o dirigente deve ficar atento.<sup>366</sup>

E como a obrigação que recai ao garantidor é de, precisamente, agir para evitar o resultado, impõe-se a presença do requisito da capacidade físico-real de agir, de modo que somente será possível obter o domínio sobre o fundamento do resultado se o indivíduo estiver, em alguma medida, próximo à fonte de perigos. Assim, quanto mais próximo o indivíduo estiver da administração fática da sociedade ou, em outros termos, da interferência na gestão da empresa, mais próximo estará da posição de garantidor de vigilância.<sup>367</sup>

A partir dessa delimitação dogmática, deve-se buscar compreender a posição ocupada pelos membros do CA nas S.As de capital aberto, cujo papel de administração da companhia é dividido com os diretores. No capítulo seguinte, aborda-se a delegação de tarefas e divisão de funções no interior da referida sociedade empresarial, seus efeitos e resultados, assim como a eventual posição de garantia do conselheiro de administração em relação aos demais membros de órgãos da companhia.

---

<sup>365</sup> ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 163.

<sup>366</sup> ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 168.

<sup>367</sup> SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 30.

### 3. A POSIÇÃO DE GARANTIA DE MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO NO ÂMBITO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DE CAPITAL ABERTO

A responsabilidade penal no âmbito empresarial, como se destacou ao longo deste trabalho, não é de fácil averiguação. Isso ocorre por inúmeros fatores, como a divisão de funções e a delegação de tarefas, que ocasionam ao agente o desconhecimento de algumas consequências de suas ações devido à insuficiência da informação sobre o contexto em que está inserido ou pela pouca resistência que ele pode oferecer em um ambiente em que as práticas corruptivas são corriqueiras.<sup>368</sup> A setorização e departamentalização de cada área gera a fragmentação das informações, de modo que cada setor possui o estrito e necessário conhecimento sobre a sua atividade, mas não sobre eventuais consequências sobre algumas ações praticadas.

Isso torna essencial que a avaliação da responsabilidade do indivíduo por omissão em delitos relacionados ao Direito Penal empresarial considere não apenas a presença dos elementos básicos do crime, mas também os deveres de organização da própria entidade empresarial e suas particularidades. Para avaliar a responsabilidade penal do agente por omissão, é necessário considerar os parâmetros de funcionalidade e administração da companhia, a divisão de funções e a delegação de tarefas dentro da organização, bem como a subordinação hierárquica e os conhecimentos técnicos exigidos para o desempenho da função.<sup>369</sup>

Além disso, para sob essa análise a ponderação sobre o grau de controle do órgão dirigente, o grau de independência do subordinado e o exercício de liberdade de cada um destes, que variam em cada para companhia e podem ser definidos por meio do estatuto social.<sup>370</sup> Todos

---

<sup>368</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 884.

Em um sentido sociológico, ver: SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Para o referido autor estadunidense, a partir da sua teoria da associação diferencial, os crimes empresariais – ele analisa especificamente os crimes praticados em grandes empresas – são exemplos de crimes organizados, pois são baseados em acordos de cavalheiros, blocos de investidores, associações comerciais, cartéis, conferências e outros acordos informais, a fim de controlar o ramo dos negócios e porções da sociedade.

<sup>369</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 77.

<sup>370</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 77-78.

estes fatores impactam na avaliação sobre a responsabilidade penal omissiva no âmbito empresarial.

No âmbito das S.As., a delegação de tarefas ganha relevância não somente em razão do aumento da complexidade de apuração da responsabilidade criminal, mas porque é prescindível que as tarefas de controle e vigilância sejam exercidas pelos membros do CA de forma personalíssima e direta para que cumpram com o seu dever de garante – originário –, pois lhes é facultada a delegação destas tarefas a terceiros por meio da concessão dos poderes e habilidades necessários para o exercício da função. Assim o fazendo, cumprem de igual forma com seu dever de controle e vigilância no que diz respeito aos riscos envolvendo eventuais práticas delitivas,<sup>371</sup> com a delegação dessas tarefas aos setores de *compliance*, prática comum no espaço empresarial das grandes empresas.

A função do *compliance officer* como delegado de vigilância se limita a obter a informação pertinente no que diz respeito ao cumprimento normativo imposto na empresa, e, em caso de ocorrer a detecção de algo incorreto neste sentido, deve transmitir essa informação ao sujeito competente para corrigir a situação.<sup>372</sup> Ele é unicamente um executor qualificado com um âmbito de autonomia próprio do cargo que ocupa, de modo que não dispõe de competências de instrução ou de mando independentes, o que culmina na impossibilidade de corrigir diretamente determinadas infrações, fazendo-a através de terceiros, como os empresários ou administradores.<sup>373</sup> Assim, cumpre com a função de vigilância estratégica ou organizativa.

Dessa forma, cada cotitular da custódia será responsável segundo a sua parte de domínio, sendo atribuído a cada agente o dever de controlar a fonte de perigo da qual possui domínio.<sup>374</sup> Cada membro da empresa é responsável por uma parte essencial ao funcionamento do todo e, por isso, não pode ser considerado, individualmente, garante da totalidade. A responsabilidade penal, contudo, intensifica-se à medida que se ascende na hierarquia da

---

<sup>371</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 227.

<sup>372</sup> FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 59-92. p. 73.

<sup>373</sup> FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 59-92. p. 75.

<sup>374</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 901.

organização.<sup>375</sup> Assim, a lógica estabelecida é que, ao subir na escala hierárquica, a responsabilidade de supervisão do agente aumenta em razão do dever de vigilância em relação aos demais que, embora autorresponsáveis, possuem conhecimento limitado em relação ao funcionamento da organização.

Naturalmente, a confiança nos demais indivíduos não deve ser completamente suprimida, sendo que nesse contexto se aplicam os princípios da confiança e o da autorresponsabilidade. O primeiro, usualmente visualizado nas esferas médica e da construção civil, age como um limitador das posições de garantia e, para a sua vigência, pressupõe a existência de certas relações prévias que suscitem deveres especiais recíprocos de correção de condutas defeituosas alheias.<sup>376</sup> Portanto, determinante é especificar quais são as relações sociais presididas pelo princípio da confiança.

A vigência do princípio da confiança tem relação com a existência de uma tarefa comum que compete a vários sujeitos que compõem um grupo delimitado,<sup>377</sup> o que se visualiza em equipes médicas em cirurgias ou nos diretores de uma empresa em relação aos demais, por exemplo. Ele deve reger as relações horizontais, em que há a especialização de cada indivíduo, com a atribuição de atividades delimitadas a cada um dos agentes singularmente.<sup>378</sup>

O princípio da autorresponsabilidade, por sua vez, segundo o qual cada indivíduo é responsável criminalmente apenas por suas próprias condutas, não exclui a possibilidade de responsabilizar um agente pela conduta de outra pessoa plenamente consciente e responsável por seus atos. Esta interpretação desconsideraria o dever de vigilância inerente a determinadas posições, como a ocupada pelos dirigentes empresariais,<sup>379</sup> cuja responsabilidade pode abranger também os atos ilícitos praticados por seus subordinados, desde que esses atuem dentro do âmbito organizacional do administrador, e sejam observadas as balizas dogmáticas necessárias

---

<sup>375</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 907.

<sup>376</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 85.

<sup>377</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 86.

<sup>378</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. In: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial**. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 29-30.

<sup>379</sup> GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 114.

para a imputação. Assim, eles podem se tornar responsáveis pelas atividades realizadas pelos subordinados no seu âmbito de organização.<sup>380</sup>

Ambos os referidos princípios são fundamentais ao tratar sobre responsabilidade penal. Não há como deixar de considerar a existência da confiança nas atividades empresariais, pois ela contribuirá para determinar o conteúdo e a extensão do dever concreto de vigilância a ser exercido por cada indivíduo, sobretudo em face da delegação de tarefas e funções, a fim de apurar maior ou menor responsabilidade do agente, bem como se ele figura como coautor ou partícipe.<sup>381</sup>

No âmbito de uma grande companhia, o diretor ou coordenador de setor fundamental da empresa, ao delegar uma tarefa a um indivíduo devidamente qualificado e com a autonomia necessária, presume que este atuará com a responsabilidade que se impõe em razão do cargo. Afinal de contas, o diretor ou empresário quer o sucesso da sua empreitada, de maneira que não faria nenhum sentido delegar uma tarefa a outra pessoa pressupondo que ela falhará na sua execução.

Por outro lado, parece equivocado adotar um princípio de desconfiança, que justificaria a vigilância constante sobre os delegados, especialmente ao considerar que esses profissionais foram designados para a função ou tarefa com base em suas competências técnicas e capacidades profissionais.<sup>382</sup> Não há, portanto, razão para tratá-los como se fossem indivíduos perigosos.<sup>383</sup>

Nas relações horizontais<sup>384</sup> (de especialização), regidas pelo *princípio da confiança*, surge um dado negativo: embora o agente tenha o dever de agir para evitar um resultado lesivo decorrente de um fato conhecido e produzido por outra pessoa, ele não está obrigado a buscar

---

<sup>380</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. In: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018, p. 23-42. p. 28.

<sup>381</sup> 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. 127.

<sup>382</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 209.

<sup>383</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. In: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018, p. 23-42. p. 31.

<sup>384</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. In: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018, p. 23-42. p. 31.

ativamente informações sobre possíveis condutas delitivas de terceiros,<sup>385</sup> haja vista que pode confiar no correto desempenho da atividade do garantidor.<sup>386</sup> A ausência desta obrigação ocorre em razão da própria aplicação do princípio da confiança em determinadas relações, pois é isto que as distingue das relações regidas pelo princípio da desconfiança. Nos casos em que prevalece a lógica da desconfiança, impõe-se o dever de buscar informações sobre o delegado, por meio da supervisão, gestão, controle ou vigilância de sua atuação.<sup>387</sup>

Contudo, Silva Sánchez pondera que não estão claras as razões pelas quais uma relação social deve ser conduzida a partir do princípio da desconfiança. Por exemplo, sustentar que o administrador deva desconfiar de seus subordinados diretos - os quais são autorresponsáveis e foram criteriosamente selecionados por meio de um processo seletivo - parece, à primeira vista, contraditório. Por que se exigiria dos administradores uma postura de desconfiança em relação àqueles que integram sua equipe de confiança e que, presumivelmente, possuem qualificação técnica e ética para o exercício das funções?<sup>388</sup>

O próprio autor espanhol responde ao seu questionamento, afirmando que um possível fundamento destes deveres é a ideia de que a empresa em si constitui uma *fonte especial de risco*. No entanto, para ele, essa ideia é vaga e não estabelece um critério sólido para a existência dos deveres de vigilância, deixando uma lacuna justamente sobre o motivo pelo qual a empresa representaria um risco especial. A ideia de vigiar ou controlar o garantidor especializado careceria de sentido, considerando que este é, por definição, um agente igualmente responsável por seu âmbito de organização. No entanto, isso não exige a necessidade de, ao tomar ciência da prática de delitos cometidos por alguém da mesma escala hierárquica, adotar medidas para evitar o resultado. Caso contrário, poderá ser imputada ao agente uma responsabilidade a título de autoria omissiva.<sup>389</sup>

---

<sup>385</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 86.

<sup>386</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. In: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial**. Barcelona: Atelier, 2018, p. 23-42. p. 31.

<sup>387</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 86.

<sup>388</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 87.

<sup>389</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. In: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial**. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 31.

Mas há uma outra possível resposta ao questionamento, também levantada pelo próprio Silva Sánchez. Em seu estudo mais recente, ele afirma que a construção da posição de garantia de um superior hierárquico sobre um subordinado autorresponsável implicaria que este não seria apenas destinatário de normas jurídicas, mas também objeto de medidas de controle fático, como mecanismos cognitivos de supervisão. Por isso, nessa “parcial coisificação”, a dimensão preventiva prevaleceria sobre o signo da liberdade de organização/responsabilidade pelas consequências. Em outras palavras, a ameaça de pena sobre o vigilante resultaria no controle fático imediato sobre o vigiado.<sup>390</sup>

Levanta-se a hipótese de que tal exigência decorra da potencialidade criminógena presente nas dinâmicas de grupo - como as empresariais - caracterizadas por uma desorganização progressiva, orientada exclusivamente pela lógica do lucro e frequentemente propensa à negligência de determinados riscos.<sup>391</sup> Isso faria com que os subordinados autorresponsáveis, mesmo que corretamente selecionados e treinados, possam demonstrar carências sobre a percepção do controle de risco, que deveria, em tese, ser controlado pelo superior hierárquico mediante a vigilância.<sup>392</sup>

Por outro lado, na vigência do *principio da desconfiança*, a obrigação de vigilância do superior hierárquico sobre a conduta do seu subordinado se desdobra em dois deveres: o dever prévio de conhecimento sobre o modo que o subordinado gera sua esfera de competência e o dever posterior de instar e determinar que o subordinado corrija a sua atuação defeituosa no seu âmbito de domínio, evitando as consequências de eventual resultado oriundo dele.<sup>393</sup> Ele deve

---

<sup>390</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución de la posición de deber del consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. In: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 43-57. p. 45.

<sup>391</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 87-88; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución de la posición de deber del consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. In: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 43-57. p. 46.

<sup>392</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 88.

<sup>393</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 88.

reger as situações em que ocorre a delegação de tarefas ocorridas no plano vertical, isto é, quando o agente do escalão superior da empresa delega a tarefa ao seu subordinado.<sup>394</sup>

Porém, após a implementação de um programa de cumprimento normativo efetivo, o princípio da desconfiança que rege as relações verticais é substituído pelo princípio da confiança,<sup>395</sup> uma vez que se passa a ter um órgão responsável pela fiscalização da atuação nos âmbitos de risco da empresa.

A mera posição do agente em um cargo de diretor, gestor ou responsável por uma área da organização não dá lugar à responsabilidade de garantia sem a existência de um domínio sobre a coisa, mesmo que seja sob a forma do dever de supervisão e acompanhamento do setor pelo qual é responsável.<sup>396</sup> Essa espécie de “vigilância” do diretor ou do empresário em relação aos subordinados surge devido à delegação de tarefas no seio da corporação, o que será abordado no tópico a seguir.

### 3.1. A CONSTITUIÇÃO DA POSIÇÃO DE GARANTIA EM VIRTUDE DA DELEGAÇÃO DE TAREFAS NO INTERIOR DA ORGANIZAÇÃO

A organização corporativa pressupõe uma complexa estrutura hierárquica e de divisão de funções, pois este é exatamente o objetivo pelo qual se constitui uma empresa. Assim, em eventuais práticas delitivas no seu interior, torna-se mais difícil identificar a execução direta das ações ensejadoras do resultado típico pelo agente,<sup>397</sup> ao contrário do que ocorre em crimes como roubo, furto, homicídio e outros, nos quais há um resultado naturalístico como consequência do crime. Nesse cenário de divisão de responsabilidades e fracionamento de

---

<sup>394</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estadios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018, p. 23-42. p. 29-30.

<sup>395</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 101-102.

<sup>396</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 902.

<sup>397</sup> SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 25.

ações, exige-se maior cuidado para responsabilizar penalmente aqueles que praticam determinada conduta, seja por ação ou omissão.<sup>398</sup>

Ao se tratar de delegação de tarefas e divisão de funções, é importante lembrar que a própria ideia de constituir uma empresa tem como objetivo dividir a execução de atividades entre diversas pessoas, não somente pelo administrador, mas por diversos sujeitos e setores que compõem a instituição. A própria divisão de atribuições e poderes na administração das Sociedades Anônimas configura, em si, uma potencial fonte de risco para bens jurídicos de terceiros. Sob a perspectiva político-criminal, isso reforça a necessidade de estabelecer a responsabilidade penal dos membros do CA por omissão, especialmente porque os bens jurídicos de terceiros, alheios à companhia, não devem receber menor proteção jurídica apenas pelo fato de o legislador ter decidido dividir a administração da S.A. em dois ou mais órgãos.<sup>399</sup>

Geralmente, as empresas são organizadas em uma estrutura vertical, na qual as tarefas são delegadas do topo da hierarquia empresarial para os níveis inferiores da corporação.<sup>400</sup> Por exemplo, não é incomum que o gerente de vendas determine as metas trimestrais e delegue aos representantes comerciais a responsabilidade de prospectar novos clientes, negociar contratos e fechar vendas para atingir os objetivos estabelecidos.

A delegação de tarefas, especialmente em médias e grandes empresas, leva à criação de uma espécie de microsistema setorial, no qual a delimitação das áreas resulta em um fracionamento do conhecimento sobre o processo de trabalho, tornando mais complexa a apuração da responsabilidade penal. Portanto, a delegação de tarefas é lícita e lógica, tanto nas atividades de produção e prestação de serviços quanto nas de manutenção administrativa, como contabilidade, auditoria e recursos humanos. Da mesma forma, a vigilância e o controle sobre a fonte de perigo gerada pela atividade humana dentro da organização também podem ser delegados, uma vez que essa supervisão não precisa, necessariamente, ser exercida pessoalmente.<sup>401</sup>

---

<sup>398</sup> SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 25.

<sup>399</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 415.

<sup>400</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 2. Paginação irregular.

<sup>401</sup> 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. 147.

No caso dos dirigentes, é possível delegar a execução de tarefas conectadas à busca pelo objetivo social da empresa (produção do produto ou a prestação de serviços), as ligadas à manutenção administrativa (contabilidade, auditoria, RH), assim como aquelas voltadas ao controle sobre a fonte de perigo gerado pela empresa, tendo em vista que estas não necessitam ser cumpridas pessoalmente pelos dirigentes. Contudo, a limitação imposta reside na impossibilidade de se delegar a tarefa de gestão da sociedade em si, o que descaracterizaria por completo o cargo de dirigente e a pessoalidade que se impõe a ele.<sup>402</sup>

A título de exemplo, pode-se mencionar a constituição de um setor de *compliance*, no qual se delega ao *compliance officer* a função de monitorar eventuais atividades ilícitas no interior da empresa, em conformidade com regulamentações legais que exigem a implementação de mecanismos de controle interno;<sup>403</sup> a contratação de contadores para a realização da escrituração contábil; auditores, engenheiros; ou até a delegar a tarefa de fiscalização ambiental a terceiro no interior da organização.<sup>404</sup> Desse modo, verifica-se que a delegação de tarefas de vigilância e controle a terceiros é viável e comum no âmbito empresarial.

Analisa-se, a seguir, como essa delegação de tarefas e a divisão de funções ocorre, sua admissibilidade e as hipóteses em que ela é possível.

### 3.1.1. Formalização, admissibilidade e hipóteses de delegação de tarefas

---

<sup>402</sup> 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. 147.

<sup>403</sup> Os programas de cumprimento normativo não se limitam a implementar medidas de vigilância, mas de integrar medidas positivas de formação para neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de grupo favorecedoras da prática de ilícitos e incentivar culturas de grupo em conformidade com o Direito. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 100.)

Em outro texto, o autor espanhol critica a estreita vinculação que é gerada entre o Direito Penal do *compliance* e a ética dos negócios, pois refere que isso supõe uma “eticização” do Direito Penal, no qual não seria surpresa que os diretores de empresas tenham um dever de formas valores em seus subordinados. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución de la posición de deber del consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 43-57. p. 51.)

<sup>404</sup> Exemplos extraídos de: 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. 147.

Baseando-se no exposto anteriormente acerca do fundamento material da posição de garantia, escolhido para seguir a lógica de construção deste trabalho, não se exige, para que o agente figure em posição de garantia, uma forma específica de transmissão da responsabilidade do garante originário ou primário para terceiro. Por outro lado, não é admissível a simples “delegação de fato” sem, no mínimo, uma breve delimitação das funções assumidas pelo agente delegado, que é uma condição essencial para que ocorra a exoneração parcial dos deveres de garantidor originário ou primário do delegante. A mera “delegação não escrita” não é apta a delimitar as competências, tampouco para distribuir deveres ao delegado.<sup>405</sup>

Para que a exoneração dos deveres de garantidor do delegante seja efetivada, é necessário o cumprimento de alguns requisitos que assegurem a capacidade do delegado em executar as funções atribuídas. O agente garantidor, ao delegar a tarefa, deve realizar uma seleção criteriosa, proporcionar a devida formação e transmitir as informações necessárias, além de fornecer todos os meios indispensáveis para o pleno desempenho da função, de modo a produzir os efeitos esperados na esfera penal.<sup>406</sup> Ainda, a delegação deve ser formal e materialmente completa, além de conferir ao agente delegado determinada cota de liberdade, meio e recursos técnicos e humanos que possibilitem que ele exerça o real domínio no âmbito de organização pelo qual passa a ser garantidor.<sup>407</sup>

A delegação de responsabilidades dentro da empresa deve atender a algumas características essenciais: a) ser direcionada a uma pessoa idônea e profissionalmente qualificada; b) incluir a aceitação expressa por parte do delegado; c) excluir qualquer forma de delegação simulada, que será ineficaz; d) respeitar a existência de obrigações que não podem ser delegadas; e) estabelecer o dever de vigilância como limite para a delegação; f) assegurar ao delegado os mais amplos poderes, permitindo-lhe tomar decisões diante de situações de perigo; g) admitir a interrupção da posição de garante do delegado caso a competência assumida

---

<sup>405</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 8. Paginação irregular.

<sup>406</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 81.

<sup>407</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 907.

seja devolvida.<sup>408</sup> Esses requisitos são indispensáveis para que a delegação de tarefas gere efeitos na esfera penal.

Por outro lado, a responsabilidade penal não se transfere nas seguintes situações: quando a delegação é feita a pessoas manifestamente incapazes, que carecem de experiência ou não dispõem dos recursos técnicos necessários para o adequado cumprimento da função delegada.<sup>409</sup> Nesses casos, eventual delegação não surtirá efeitos, sobretudo porque o agente que, em tese, será responsável por executar a tarefa recebida, não possui a qualificação ou os meios necessários para a execução da tarefa da qual restou incumbido.

O problema que se põe é que, a rigor, a mera delegação de uma tarefa a terceiro - que cumpra os requisitos ora mencionados - não ocasiona a transmissão automática do dever de garante, pois se trataria do simples cumprimento de uma ordem - se executada nos limites da determinação do agente de cargo superior.<sup>410</sup> Nesse caso, o indivíduo que recebe a tarefa seria um mero executor da ordem, sem qualquer autonomia, motivo pelo qual não há como considerar que ele tenha se investido na posição de garantia.<sup>411</sup>

Contudo, distinta é a situação em que o agente delegado possui a qualificação exigida e recebe uma tarefa relacionada à vigilância de uma fonte de risco, como a gestão de um setor de *compliance* ou a responsabilidade por um departamento da empresa que apresenta riscos evidentes.<sup>412</sup> Em ambos os casos, o agente assume a tarefa ou função do delegante e,

---

<sup>408</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 234.

<sup>409</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 908.

No mesmo sentido: REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 2. Paginação irregular.

<sup>410</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 3. Paginação irregular.

<sup>411</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 4. Paginação irregular.

<sup>412</sup> Digno de nota é a necessidade de exigência do *compliance* no setor público. Por todos, ver: NIETO MARTÍN, Adán; CALATAYUD, Manuel Maroto; BARRILARI, Claudia Cristina; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coord.). **Public compliance**: prevenção da corrupção nas administrações públicas e partidos políticos. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

Para Gomes Jr., a estrutura de controle interno da administração pública é equivalente à ideia de *compliance* empresarial, a fim de que se possa considerar que o controlador interno da administração que for omisso responderá da mesma forma que o *compliance officer* no âmbito privado. Refere-se que o controlador interno também exerce controle sobre fontes de perigo no desempenho de sua atividade, e, em virtude disso, deverá ser compreendido como garantidor do controle de certos riscos. (GOMES JR., Neuler Mendes. *Compliance officer e controlador interno na administração pública: comparação da responsabilidade penal por omissão*

consequentemente, torna-se responsável pelo cumprimento das obrigações a ela inerentes. Sua responsabilidade penal decorre da autonomia pessoal e da assunção de competências, enquadrando-se, assim, no artigo 13, §2º, alínea “b”, do Código Penal.<sup>413</sup>

A partir daí, o indivíduo passa a ser garantidor do controle de fontes de riscos ou da proteção de bens jurídicos afetáveis em razão do objeto de delegação.<sup>414</sup> Entretanto, para isso, o delegado deve ser pessoa competente – em sentido formal e material – sobre o objeto da delegação,<sup>415</sup> e possuir real domínio sobre as fontes de riscos, a fim de que consiga agir para evitar o resultado.<sup>416</sup>

Nesse contexto, a responsabilidade singular do agente será avaliada com base na função desempenhada e, em uma perspectiva mais ampla dos órgãos da companhia, ela será determinada pelas competências de organização, as quais, nas Sociedades Anônimas, estão previstas no estatuto social e na LSA. Para Robles Planas, tanto no plano horizontal quanto no vertical, a competência continua o conceito chave para a atribuição de responsabilidade penal no âmbito empresarial. A presença de competência determina a responsabilidade, podendo se referir diretamente à evitação do resultado ou à mera vigilância e controle de outro.<sup>417</sup>

Rebouças destaca que a mera realização empírica de tarefas não torna o indivíduo em delegado do administrador da empresa, sem uma delimitação normativa reconhecível ou passível de conhecimento.<sup>418</sup> Isso ocorre porque a simples alegação de domínio fático da fonte

---

imprópria. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 39-60, abr.-jun., 2022, p. 13.)

<sup>413</sup> O encarregado pelo setor de *compliance*, ao receber a tarefa de vigilância no interior da corporação, exerce inegável controle fático sobre fontes de perigo no curso da atividade empresarial, motivo pelo qual é seu dever garantir que essas fontes de perigo não gerem resultados danosos, podendo responder por omissão imprópria. (GOMES JR., Neuler Mendes. Compliance officer e controlador interno na administração pública: comparação da responsabilidade penal por omissão imprópria. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 39-60, abr.-jun., 2022. Paginação irregular.)

<sup>414</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 4. Paginação irregular.

<sup>415</sup> FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 59-92. p. 64.

<sup>416</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 4-5. Paginação irregular.

<sup>417</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 38.

<sup>418</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 9. Paginação irregular.

de risco não é suficiente para justificar a responsabilidade penal omissiva imprópria. Assim, apenas um conjunto específico de funções pode gerar expectativas normativas, tornando o delegado responsável pela gestão dos riscos originados pela esfera de sua organização.<sup>419</sup>

Sem embargo, essa delimitação não será unicamente de cunho normativo, tendo em vista que também será orientada também pela observação dos deveres de proteção impostos ao delegado ou pelo conjunto de inter-relações próprias da instituição que integra (confiança),<sup>420</sup> acrescentando, portanto, um caráter ontológico à função assumida. Além disso, a assunção dessa função gerará, nas condições acima estipuladas, efeitos penais, conteúdo que será explorado a seguir.

### 3.1.2. Efeitos da delegação de tarefas na posição de garantia

Com razão Lascuráin Sánchez na afirmação de que “a responsabilidade é a outra cara da liberdade”.<sup>421</sup> Tal enunciado é válido no que se refere às obrigações do cotidiano, mas abrange também a responsabilidade jurídica decorrente da delegação de tarefas a terceiros. Esta, quando realizada nos termos e condições delineados no tópico anterior, possui especial relevância no âmbito da responsabilidade penal, uma vez que complexifica a apuração dos deveres jurídicos, ao operar como mecanismo de transferência e transformação de posições de garantia.

*Transferência*, porque o delegante, ao passar uma tarefa a terceiro, dentro de determinadas condições faz surgir uma posição de garantia no delegado. *Transformação*, pois a posição de garantia do delegante não desaparece ou é extinta, mas se transforma em um panorama secundário ou residual.<sup>422</sup>

---

<sup>419</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 9. Paginação irregular.

<sup>420</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 9. Paginação irregular.

<sup>421</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 199-218, p. 200.

<sup>422</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 81.

Portanto, a rigor, a delegação de tarefas e divisão de funções não extingue a posição de garantia, mas a modifica, mantendo-se, ao delegante, a obrigação de supervisionar para que o delegado cumpra com a função que lhe foi confiada,<sup>423</sup> ao passo em que o delegado assume o dever direto de controlar a fonte de risco.<sup>424</sup> A delegação da tarefa gera, ao delegante, a exoneração parcial da responsabilidade penal do dever de garante originário e, ao delegado, a assunção fática e sua constituição como garante secundário, nos termos do artigo 13, § 2º, alínea b, do CP.<sup>425</sup>

Desse modo, o delegante segue tendo o domínio da situação, mas de outra maneira, pois seu dever de controle será através do delegado, mantendo a si deveres residuais de vigilância.<sup>426</sup> Ambas as situações, tanto a garantia originária quanto a residual, buscam tutelar, em diferente medida, a evitação de riscos para terceiros.<sup>427</sup>

Em sentido semelhante, Schünemann refere que a delegação da tarefa de vigilância transforma a posição de garantia do delegante, até então garante primário (que deve agir para manter o controle direto das fontes de riscos), em garante secundário (que deve supervisionar o delegado).<sup>428</sup> Para ele, há uma “cotitularidade da custódia”, em que a pessoa mais próxima à

---

<sup>423</sup> MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999, p. 908; ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 30.

<sup>424</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 29-30.

<sup>425</sup> 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. 148.

<sup>426</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 199-218, p. 200-201; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 59-92. p. 65.

<sup>427</sup> FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 59-92. p. 65.

<sup>428</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascuraín Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 538. Na doutrina brasileira, ver: REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018.

fonte de perigo – nesse caso, o delegado – possui o dever de agir para controlar a fonte de perigo, ao passo que ao delegante, por estar mais distante da fonte de perigo, apenas restaria os deveres de coordenação e controle, denominados de “deveres secundários de garante”.<sup>429</sup> Em outros termos, ocorre a multiplicidade das obrigações e encargos, com a modificação das obrigações de cada um dos indivíduos envolvidos, especialmente porque, ao delegar uma tarefa, o âmbito de competência sobre a fonte de perigo passa a estar sob o domínio do delegado também.<sup>430</sup>

A posição adotada pelo penalista alemão parece adequada, ao reconhecer que a delegação de tarefas não exonera totalmente o dirigente da responsabilidade, mas, por outro lado, também não lhe exige o mesmo cuidado que seria necessário caso ainda estivesse investido no dever originário de garantidor. O ato de delegar tarefas a outro indivíduo no interior da organização se traduz em obrigações, e, no caso, obrigações penais.<sup>431</sup>

Na hipótese de ocorrer uma nova delegação de tarefas por parte do delegado, o delegante não possui qualquer obrigação de supervisionar aquele, uma vez que isso caberia ao delegado, ficando à sua conta e risco, sob pena de haver uma cadeia de delegações que ficariam sob o dever de supervisão do garante originário.<sup>432</sup> Se tornaria impraticável revestir o delegante do dever de supervisionar delegações sucessivas em cadeia.

Estellita exemplifica a delegação de tarefas no seio empresarial com a figura do chefe de segurança ambiental que atua por delegação do administrador da companhia; um gerente de contabilidade responsável por fazer a escrituração fiscal e providenciar os pagamentos dela oriundas.<sup>433</sup> São situações que ilustram a delegação de tarefas e a responsabilidade transferida para outro agente.

---

<sup>429</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascuraín Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 538.

<sup>430</sup> REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018, p. 3. Paginação irregular.

<sup>431</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 200.

<sup>432</sup> 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. 151.

<sup>433</sup> 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. 149.

A delegação de tarefas pelo dirigente a outro indivíduo no interior da empresa implica a multiplicação de garantidores. Em caso de prática delitiva pelo delegado, poderá ocorrer a responsabilização penal tanto deste quanto do delegante, desde que a conduta esteja inserida na respectiva esfera de organização ou domínio, que decorre do descumprimento dos deveres legais de agir para evitar o resultado do crime, conforme os critérios previstos para a omissão imprópria.<sup>434</sup>

Portanto, ao delegante cabem as obrigações de selecionar, instruir, organizar, supervisionar e intervir se vislumbrar o descumprimento das obrigações transferidas em razão da delegação, de maneira que a sua inobservância devolve a ele as obrigações anteriormente transferidas ao delegado.<sup>435</sup>

A intensidade dos deveres de garantidor deve ser considerada para definir o dever concreto de agir, uma vez que o delegado - o responsável direto por controlar a fonte de risco - se encontrará mais próximo do subordinado, enquanto o delegante estará mais distante. Enquanto o primeiro, devido à proximidade com a fonte de perigo, possui um dever de supervisão ativa da fonte de riscos, o delegante, por sua vez, se encontra afastado, lhe incumbe o dever de supervisão reativa, consistente na obrigação de criar mecanismos periódicos passivos, menos rigorosos.<sup>436</sup>

E não há, a rigor, um modo padronizado de exercer a vigilância, sendo inviável a completa revisão de todas as tarefas do subordinado ou delegado, pois, se assim o fosse, não haveria qualquer sentido a própria delegação, tampouco uma atitude passiva ou reativa. A vigilância pode ser cumprida com a implantação de sistemas de integridade,<sup>437</sup> procedimentos

---

<sup>434</sup> 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. 154. No mesmo sentido LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 350; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 201.

<sup>435</sup> 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. 154.

<sup>436</sup> 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. 171.

<sup>437</sup> A cultura do *compliance* atua como um catalisador das tendências de aumento da responsabilização penal no âmbito empresarial. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución de la posición de deber del consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES

de informação periódica ou até mediante a criação de um órgão específico para isso.<sup>438</sup> A Lei de Lavagem de Dinheiro estabelece medidas de controle dentro da empresa para evitar a prática do branqueamento de capitais, que são divididas em três categorias: deveres de identificação, de comunicação e de organização.<sup>439</sup> No caso, a lei disciplina as regras para que ocorra a prevenção e, em caso da prática de alguma infração penal correlata, o COAF seja devidamente comunicado.

O dirigente de empresa descumprirá seu dever de garantia em três hipóteses: se delegar mal, se não vigiar o delegado ou se não lhe corrigir.<sup>440</sup> Na iminência de um delito no âmbito de organização do dirigente, com a presença de ao menos um dos requisitos acima elencados, o delegante poderá figurar como autor por omissão imprópria, ainda que sua tarefa residual fosse unicamente vigiar as atividades do delegado.<sup>441</sup> A medida do dever de supervisão ou vigilância será definida a partir do tipo de atividade e das características pessoais do delegado, de modo que, quanto maior e mais difícil for o risco a ser controlado, mais intensa deverá ser a supervisão do delegante em face do delegado.<sup>442</sup>

A decisão da administração da empresa de não criar um órgão de integridade resultará na perda de controle sobre os focos de perigo, expondo a atividade da companhia a um maior risco de gerar perigos não autorizados. O ideal é que, para manter a delegação dentro dos níveis

---

PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 43-57. p. 56.)

<sup>438</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 90.

Contudo, a instituição de um programa de integridade “de fachada” ou sem a correta estrutura, meramente aparente, não cumpre com os deveres penais de vigilância sobre os riscos a bens jurídicos tutelados pela norma penal, e, em razão disso, em eventual resultado danoso, poderá haver a responsabilização por omissão. (GOMES JR., Neuler Mendes. Compliance officer e controlador interno na administração pública: comparação da responsabilidade penal por omissão imprópria. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 39-60, abr.-jun., 202, p. 6.)

<sup>439</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 229.

<sup>440</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 375.

<sup>441</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 201.

<sup>442</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 199-218, p. 205.

de risco permitido, estabeleça-se um sistema de vigilância e controle específico por parte do delegante, pois desta forma será possível aderir a nova esfera do dever (do delegado) à esfera do superior (do delegante), sem perder pelo caminho as doses de segurança necessárias.<sup>443</sup>

Nas Sociedades Anônimas, a delegação de tarefas e a divisão de funções resultam no fracionamento da responsabilidade, permitindo que cada agente, em seu respectivo setor, detenha conhecimento apenas sobre uma parte específica do processo de produção ou serviço. Contudo, na administração da companhia, a direção e o CA possuem uma atividade especial de gestão e fiscalização sobre os demais, impondo-se determinado controle sobre a fonte de perigo.

Aborda-se, a seguir, esta especial posição que possui o CA e o seu local no interior da companhia, sobretudo no que diz respeito à gestão das fontes de perigo.

### 3.2. A POSIÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E O SEU DEVER CONCRETO DE AGIR

Embora neste trabalho já conste algumas considerações sob a ótica do Direito Empresarial e societário a respeito do CA, é necessário situar este órgão social da S.A. em relação às fontes de perigos geradas pela empresa e aos demais setores. Como dito alhures, no modelo de administração *dual* – em que há, na administração da companhia, a direção e o CA –, o segundo órgão possui uma função estratégica, haja vista que se encarrega das diretrizes a serem tomadas pela companhia, deixando para convocar os acionistas em assembleia geral apenas em ocasiões excepcionais. Em outras palavras, o CA é o órgão de orientação geral dos negócios da companhia e de controle dos atos da direção.

Ele possui poderes atinentes à fiscalização e tomadas de decisões sobre matérias de interesse da companhia, consistentes no seguinte: i) fixação da orientação geral dos negócios da companhia, com a aprovação de planos e orçamentos anuais (art. 142, inciso I, da LSA); ii) eleição, destituição e definição da atribuição dos diretores das companhias, mediante ato discricionário (art. 142, inciso II, da LSA); iii) fiscalização da gestão dos diretores e, quando necessário, pode solicitar a prestação de contas e informações sobre os contratos celebrados (art. 142, inciso III, da LSA); e iv) manifestação prévia sobre contratos de maior vulto, nos termos do estatuto social (art. 142, inciso VI, da LSA).

---

<sup>443</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. In: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 34.

Estas atribuições do CA expressam um *poder organizacional* de grande impacto na companhia e na gestão e controle das fontes de perigos da empresa, de maneira que fundamentam a posição de garantidores de vigilância de seus membros.<sup>444</sup> Alguns destes poderes permitem que os membros do Conselho de Administração tenham capacidade de impor a sua vontade aos demais da companhia por meio da manifestação sobre alguns contratos e a fixação geral dos negócios da companhia, dentro do que lhes autorizar o estatuto.

O poder de aprovação prévia de determinadas transações ou operações permite a ingerência do CA sobre alguns contratos operacionalizados pela companhia, viabilizando que o órgão consultivo imponha sua vontade à diretoria e possua um certo controle sobre a fonte de perigo gerada pela empresa por meio de contratos de risco. Havendo a possibilidade de interferência do Conselho de Administração em determinados contratos de risco, impõe-se a esse órgão o dever de exercer seu direito de veto sempre que identificar situações que representem perigo a bens jurídicos de terceiros, decorrentes de atos praticados pela diretoria.

Mesmo que os membros do Conselho de Administração, individualmente, não possam representar a empresa, a limitação das ações do conselho enquanto órgão colegiado não exclui sua posição de garantidor, mas restringe tanto a possibilidade concreta de agir quanto o conteúdo específico dos seus deveres de atuação. A responsabilidade penal de cada conselheiro deve ser avaliada com base no descumprimento de seus deveres concretos de agir, os quais são delimitados pela possibilidade de atuação definida pela lei<sup>445</sup> e pelo círculo de deveres concretamente assumidos por ele.<sup>446</sup>

Assim, ainda que a possibilidade concreta de agir seja limitada, ao identificar a possível prática de um crime, o membro do conselho deve, para evitar o resultado típico – e não necessariamente o crime em si –, informar os demais integrantes do órgão e, em seguida, propor e votar pela adoção das medidas necessárias para conter ou eliminar o perigo constatado. Se o colegiado do CA for comunicado e não agir, ao membro que tomou conhecimento da situação

---

<sup>444</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 434.

<sup>445</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 435.

<sup>446</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42. p. 23.

O autor ainda refere que o ponto de partida de qualquer consideração sobre a responsabilidade penal dos membros de uma empresa pelos delitos cometidos no seu seio com repercussão para terceiros é a noção de competência.

descoberta resta o dever de comunicar o fato à assembleia geral, medida possível e exigível dele, em razão da sua posição de garantia.

Além do mais, como já destacado, os membros do CA não podem tomar decisões singulares, somente de forma colegiada, e, por isso, suas ações de intervenção direta na gestão da empresa não podem ser realizadas individualmente, mas devem ser submetidas à votação do conselho enquanto órgão social, delimitando o conteúdo de seus deveres de intervenção. Desse modo, ao tomar conhecimento sobre a prática delitativa por algum membro ao qual possua a responsabilidade de controle ou fiscalização, deve-se levar ao conselho para votação sobre a ação a ser tomada e votar no sentido de aprovar uma medida de contenção ou eliminação do perigo, a fim de resguardar ou salvar o bem jurídico tutelado.

Ao conselheiro que se abster de votar pela aprovação da medida proposta para evitar o resultado típico, será possível a imputação por responsabilidade omissiva imprópria, pois ele possui o dever de tomar todas as medidas juridicamente devidas e possíveis, uma vez atendidos os demais critérios de imputação. Caso o resultado da votação não contribua para a cessação do perigo ao bem jurídico, incumbe ao conselheiro a tarefa de comunicar o fato à assembleia geral, uma vez que ele precisa fazer o que for juridicamente permitido para evitar o resultado típico.<sup>447</sup>

Cita-se, como exemplo, uma situação em que o conselheiro toma conhecimento da iminente prática de um crime no interior da organização, mas a competência para agir é da direção da companhia. No caso, deve o conselheiro comunicar o diretor da respectiva área, a fim de que possa agir para, efetivamente, evitar o resultado típico.<sup>448</sup> Nessa hipótese mencionada, o conselheiro agiria conforme a sua capacidade físico-real e dentro da sua competência para impedir o início do crime.

Embora o administrador da empresa seja, por regra, quem dispõe de maior acesso à todas as informações sobre a organização, não há como exigir que ele, no exercício de sua atividade de gestão, tenha o conhecimento e controle sobre toda a atividade da companhia. Em virtude disso, realiza-se a separação de funções, dividindo-se por setores especializados as demandas para atingir o objetivo da pessoa jurídica. Assim ocorre, por exemplo, com os setores de produção, financeiro, recursos humanos e diversas outras áreas que compõem a empresa enquanto organização produtiva.

---

<sup>447</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 435-436.

<sup>448</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 435-436.

A hierarquia existente na maioria das organizações possui relevância, na medida em que dá consistência e direção a todos os indivíduos que estão na teia organizacional, para que, unidos na busca de um fim comum, atuem da forma mais alinhada possível, obedecendo as regras e decisões impostas nas camadas superiores. Caso contrário, cria-se um cenário de desorganização, inviabilizando o escoreto desenvolvimento da atividade empresarial.<sup>449</sup>

No topo da hierarquia da administração das S.As. de capital aberto, como visto anteriormente, há a obrigatoriedade da existência do Conselho de Administração, que divide, junto à direção, a tarefa da gestão da companhia. No caso, a direção faz a gestão operacional, enquanto o CA trata de questões estratégicas, mas não há uma relação de hierarquia entre ambos, e sim de divisão de funções, pois o CA fiscaliza as tarefas executadas pela direção.<sup>450</sup>

Em uma empresa de grande porte – como é o caso das S.As. - a hierarquia não pode ser o principal fator apurado para a responsabilização dos agentes que possuem o poder de decisão, sob pena de se responsabilizar o indivíduo pela mera ocupação de uma posição, o que é sabidamente vedado. Há, nessas grandes empresas, a necessidade de relativizar este fator, haja vista que há uma dispersão do poder de decisão e dos âmbitos de autonomia, como normalmente ocorre nas empresas que aplicam o modelo de gestão descentralizado.<sup>451</sup>

Nesse contexto, uma gestão descentralizada dentro da empresa, com a divisão de funções entre diversos setores e atividades, reduz o tempo para a tomada de decisões e aumenta a especialização de cada departamento. Por outro lado, no que diz respeito às desvantagens, há o custo elevado, a dificuldade de coordenação de todos os setores em uma mesma sinergia e a diminuição da atenção concedida a cada setor, fragmentando-se o conhecimento dos setores superiores quanto a cada atividade executada.<sup>452</sup>

A hierarquia é fundamental para a atribuição de responsabilidade criminal no âmbito empresarial porque delimita os âmbitos de competência de cada indivíduo, de maneira que aquele que ocupa um cargo mais elevado tem uma maior capacidade de decisão e, em virtude disso, interfere de forma mais imediata na fonte de perigo gerada pela empresa.

---

<sup>449</sup> BAKAJ, Giovanna. **Responsabilidade penal de conselheiros de administração**: individualização das condutas e mitigação de riscos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 52.

<sup>450</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 126.

<sup>451</sup> BAKAJ, Giovanna. **Responsabilidade penal de conselheiros de administração**: individualização das condutas e mitigação de riscos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 53.

<sup>452</sup> BAKAJ, Giovanna. **Responsabilidade penal de conselheiros de administração**: individualização das condutas e mitigação de riscos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 36.

Conforme destacado ao longo deste trabalho, em algumas Sociedades Anônimas a gestão é exercida conjuntamente pela direção e pelo Conselho de Administração, com uma divisão entre funções operacionais e estratégicas. Dessa forma, os agentes que ocupam esses cargos têm a responsabilidade de organizar e adotar medidas para a implementação de sistemas de vigilância e controle voltados às fontes de perigo geradas pela empresa, pois os principais executivos da companhia são chaves para implementar uma cultura de cumprimento normativo ao resto da empresa.<sup>453</sup>

Contudo, não há como se exigir da cúpula da empresa que absolutamente todos os riscos sejam minorados, pois eles sempre existirão, mesmo que mínimos. Dessa forma, a questão é saber quando o dever de vigilância pode ser considerado cumprido pela administração da empresa em relação aos riscos tipicamente empresariais.<sup>454</sup>

Entende-se que, se a administração da empresa selecionou os subordinados com capacidade técnica para o exercício do cargo, organizou a atividade de acordo com os padrões do setor e a competência individual de cada agente, assim como adotou as medidas de segurança impostas, a rigor, o dever de cuidado e vigilância esperado foi devidamente cumprido. Pode-se considerar que a empresa tratou de forma adequada a vigilância quando houve a “correta organização dos processos internos, a disposição de mecanismos de segurança e a implementação de sistemas de vigilância e controle concernentes às tarefas próprias da atividade empresarial”, com esta última fazendo referência àquelas que estão sendo executadas pelos empregados.<sup>455</sup>

Com razão Robles Planas, quando refere que “o exigível termina com uma adequada organização da vigilância em favor de evitar a realização de riscos tipicamente empresariais nos diversos níveis da empresa.”<sup>456</sup> Na implementação desse cenário, observa-se uma gestão responsável e cuidadosa por parte do dirigente da empresa em relação à fonte de perigo, de

---

<sup>453</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución de la posición de deber del consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 43-57. p. 50.

<sup>454</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputação de responsabilidade penal na empresa e ações neutras. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 223-244. p. 238.

<sup>455</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputação de responsabilidade penal na empresa e ações neutras. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 223-244, p. 238.

<sup>456</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputação de responsabilidade penal na empresa e ações neutras. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 223-244, p. 238.

modo que, em eventual prática de um delito, este decorre de uma ação realizada por um indivíduo plenamente autorresponsável dentro da organização, que age exclusivamente como particular.<sup>457</sup> No entanto, se a intenção do subordinado é conhecida, a direção da companhia não pode alegar a neutralidade de sua conduta, uma vez que teve ciência do intento delitivo e, ainda assim, não agiu para impedi-lo.<sup>458</sup>

A autorresponsabilidade não é um obstáculo à imputação do empresário por omissão nas hipóteses em que ele figura como garantidor de vigilância ou proteção em relação a bens jurídicos de terceiros. Na realidade, ela é a outra face da liberdade de gerar risco a terceiros por meio de uma empresa, constituindo-se na obrigação de ficar vigilante e atento a eventuais riscos que, mesmo que não tenham aparecido quando a empresa foi fundada, apresentaram-se no curso do seu desenvolvimento.<sup>459</sup>

Assim, frente a esse perigo gerado pela empresa, impõe-se essa obrigação à administração da companhia, que deve estabelecer os mecanismos organizativos adequados para evitar os perigos tipicamente empresariais e, a partir disso, buscar tomar conhecimento sobre eventos delitivos ocorridos no curso da sua atividade.<sup>460</sup> A forma de implementação e os níveis de cuidado e vigilância deverão levar em conta alguns parâmetros, como o tamanho da empresa, o setor de atuação, o nível organizacional da corporação e a especialização das áreas de gestão. Por exemplo, o requerimento de informes periódicos, pelos diretores, é uma atividade sugerida para um controle geral sobre o delegado, no caso, o gestor ou coordenador de uma microárea sob a tutela do diretor, que está em um patamar mais elevado e global da organização.<sup>461</sup>

Os espaços de risco tolerados nos casos em que não há regulamentação jurídica expressa são identificados a partir das técnicas e parâmetros próprios de cada setor correspondente em

---

<sup>457</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputação de responsabilidade penal na empresa e ações neutras. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 223-244, p. 237.

<sup>458</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputação de responsabilidade penal na empresa e ações neutras. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 223-244, p. 237.

<sup>459</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. O “Compliance officer” frente ao Direito Penal. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 245-260, p. 249.

<sup>460</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. O “Compliance officer” frente ao Direito Penal. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 245-260, p. 250.

<sup>461</sup> BAKAJ, Giovanna. **Responsabilidade penal de conselheiros de administração**: individualização das condutas e mitigação de riscos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 82.

que está inserida a atividade da empresa.<sup>462</sup> Não é possível padronizar os espaços de riscos no âmbito empresarial pois há diferentes riscos para diferentes áreas, que impõem graus de complexidade distintos para os sistemas de vigilância.

Nesse prisma, situado o Conselho de Administração no interior da companhia, bem como, a partir disso, conjugado com a sua atribuição e composição – exposta no primeiro capítulo -, delineou-se, em síntese, o seu dever concreto de agir. No tópico seguinte, busca-se esquadriñar a possibilidade de os membros do CA serem garantidores em relação aos demais órgãos da companhia, analisando-se os principais órgãos sociais das S.As.

### 3.3. A POSIÇÃO DE GARANTIA DOS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO PERANTE OS DEMAIS ÓRGÃOS DA COMPANHIA

O surgimento da posição de garantia não deriva da mera abertura de uma empresa e da contratação de funcionários, pois isso está de absoluto acordo com a legislação nacional e não firma uma relação de domínio entre o empregador e os subordinados.<sup>463</sup> Os perigos oriundos da gestão de pessoas e coisas no âmbito empresarial são assumidos originariamente pela pessoa jurídica. Contudo, como a sua composição e expressão no mundo real ocorre por meio de pessoas naturais, seus dirigentes são, portanto, os indivíduos que assumem esses deveres, em razão da sua relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa.<sup>464</sup>

A posição de garantia dos membros do CA está ancorada em dois pressupostos legais: a relação de controle sobre a empresa fundada juridicamente e a assunção fática dessa função.<sup>465</sup> O primeiro presume sujeitos com capacidade para atuar em nome da empresa perante terceiros e exercer atos necessários para buscar o seu objeto social. Já a assunção fática consiste na necessidade de que o agente assuma de fato a posição de controle, não suprindo o requisito a

---

<sup>462</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputação de responsabilidade penal na empresa e ações neutras. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 223-260, p. 235.

<sup>463</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Fundamento da responsabilidade em comissão por omissão dos diretores de empresas. Tradução de Adriano Galvão. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 14, p. 61-92, set. 2013. p. 67.

<sup>464</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 410.

<sup>465</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 410.

mera ocupação formal da posição, o que impede a responsabilização pela mera ocupação do cargo.<sup>466</sup>

Em relação a essas pessoas, como os administradores da empresa (Diretores e membros do CA) é que poderão recair originariamente os deveres de vigilância. Isso ocorre devido à liberdade do agente ao criar uma empresa, gerando riscos tanto pela gestão do negócio — por meio da divisão de funções e delegação de tarefas — quanto pelo desenvolvimento de atividades perigosas.<sup>467</sup> Em razão disso, somente os administradores podem constituir garantidores secundários por meio da delegação de tarefas, mantendo-se com deveres secundários de vigilância.

No plano vertical da hierarquia da empresa, é comum as situações de “bloqueio da informação” e, em razão disso, de conhecimento incompleto sobre o fluxo de trabalho e das atividades a serem realizadas pelo indivíduo. As relações entre diretores situados em um mesmo nível horizontal são regidas pelo princípio da separação de esferas, que incorpora a ideia de neutralidade, isto é, a ausência de qualquer possibilidade de ampliação do dever com base no conhecimento.<sup>468</sup>

Já entre os membros do Conselho de Administração, deve prevalecer o princípio da confiança, que se situa entre o princípio da desconfiança e o da separação de esferas. Nesse contexto, existem interações dentro de um grupo horizontalmente estruturado, marcado por relações estreitas, fungibilidade das regras, igualdade, reciprocidade e uma missão compartilhada.<sup>469</sup> A aplicação do princípio da confiança nessa relação se justifica, pois, quando o indivíduo passa a ser membro do Conselho de Administração, assume um dever institucional. Contudo, não se trata de um dever de vigilância em relação aos demais conselheiros, mas deveres de garante recíprocos, de maneira que não necessita criar mecanismos de vigilância

---

<sup>466</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 410.

<sup>467</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 411.

<sup>468</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 94.

<sup>469</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 96.

sobre os demais, mas, sabendo da eventual prática de um delito por outro membro do conselho, deve agir para evitá-lo, dentro dos limites de suas possibilidades.<sup>470</sup>

Estellita aponta que as divergências quanto à possibilidade de os membros do conselho de administração figurarem como garantidores consistem, em síntese, nos seguintes fundamentos: i) o CA não possui poderes de gestão; ii) os membros do CA não podem representar a companhia perante terceiros; e iii) a sua relação com a diretoria é horizontal, e não de subordinação.<sup>471</sup> Ela acrescenta que existe uma corrente doutrinária que defende que, mesmo sob a ótica da gestão da fonte de perigo, não haveria fundamento para atribuir aos membros do Conselho de Administração a posição de garantidores, já que nenhum deles, individualmente, representaria uma especial periculosidade.

A mesma lógica se aplicaria caso a responsabilidade pela fonte de perigo fosse fundamentada na ocupação de um cargo que envolvesse atribuições relacionadas à organização da empresa, considerando que o Conselho de Administração não possui competência para definir as operações da empresa, designar pessoas para cargos e funções, ou deliberar sobre a suspensão de atividades.<sup>472</sup>

Para os que defendem esta posição, o poder de aprovação prévia de certos negócios da SA pelo CA não é suficiente para fundamentar a posição de garantia, porque mesmo que a LSA regule essa possibilidade, se trataria de controle limitado que não equivaleria ao direito de emitir e dar ordens ou instruções. É vedado ao conselho exigir a sua prévia aprovação a todos os contratos firmados pela companhia, função que cabe somente à diretoria.<sup>473</sup>

Porém, como já exposto anteriormente, entende-se que os poderes conferidos ao CA pela LSA lhe permitem que seus membros figurem como garantidores no interior da companhia. Embora o CA seja um órgão colegiado, que atua somente por maioria de votos e possui caráter eminentemente deliberativo, ele possui as atribuições relevantes de supervisão da gestão da

---

<sup>470</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105, p. 97.

<sup>471</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 422.

<sup>472</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 423-424.

<sup>473</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 424.

companhia, de vedação de certas operações e o poder de nomeação e destituição de diretores, o que lhe permite o controle parcial sobre as fontes de perigo geradas pela empresa.<sup>474</sup>

Ocorre, contudo, que a responsabilidade dos membros do Conselho de Administração está restrita ao âmbito de suas competências estabelecidas na LSA e no estatuto social, abrangendo a diretoria e os negócios sujeitos à sua aprovação prévia. Esse marco visa identificar os elementos que indicam sua posição de controle e gestão sobre a fonte de perigo, bem como o conteúdo e os limites dessa atuação.<sup>475</sup>

Além disso, o garantidor deve saber, diante das circunstâncias fáticas que lhe apresentam no caso concreto, que o resultado típico acontecerá. Isto é, Para que se possa exigir a atuação do indivíduo, é essencial que ele saiba qual conduta deve adotar dentro das opções possíveis e, nesse contexto, compreenda que sua ação pode, de fato, evitar o resultado, com uma probabilidade próxima da certeza. Tavares afirma que o "momento intelectual do dolo é composto pela consciência quanto à possibilidade do agir, à necessidade da ação e à projeção de que, caso não atue, o resultado ocorrerá com probabilidade nos limites da certeza".<sup>476</sup>

Por isso, é fundamental que o agente possua conhecimento técnico e compreenda a estrutura da corporação, para que possa identificar qual era a conduta esperada de sua parte. Mas não só. Para apurar a responsabilidade penal subjetiva, é indispensável que se observe a que funções o empregado estava vinculado no interior da companhia, os meios disponíveis para o exercício de seu cargo, a posição formal que ocupava e aquela de fato assumida.<sup>477</sup> Havendo contraste entre as duas últimas, prevalecerá a função de fato que o agente assumiu.

A existência de forte regulamentação no âmbito administrativo e a previsão de tipos penais abertos, que exigem a complementação da esfera extrapenal, provocam indiretamente a suscitação de teses formalistas para imputar o dever de garante aos indivíduos.<sup>478</sup> O Direito Civil ou Administrativo é relevante, mas não é o fator central para a delimitação da extensão do dever de agir do membro do Conselho de Administração, que deve ser analisado a partir da gestão sobre a fonte de perigo da empresa. Não é a infração de um dever administrativo que

---

<sup>474</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 427.

<sup>475</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 428.

<sup>476</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 380.

<sup>477</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 182.

<sup>478</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 173.

ensejará a responsabilidade criminal, mas sim a relação especial de domínio fático do agente sobre a situação de perigo que por ele é administrada.<sup>479</sup>

A título de exemplo, é possível citar os artigos 10 e 11 da Lei nº 9.613/98, cujo texto determina que os sujeitos mencionados pela mesma lei “manterão registro”, “deverão adotar políticas e controles internos” e “dispensarão especial atenção”. A mera determinação desses deveres administrativos não é suficiente para criar um dever de garante, uma vez que essa posição especial de garantidor apenas existirá por meio de uma fundamentação material, na qual o agente detenha uma relação de domínio sobre o bem jurídico tutelado.<sup>480</sup>

Para os que optam pela justificação da posição de garantidor em virtude do poder de comando, nos moldes da ideia de Schünemann, a subordinação hierárquica é requisito essencial, de modo que a sua ausência causaria a impossibilidade de que os membros do CA sejam garantidores.<sup>481</sup> Isso porque, a rigor, o Conselho de Administração não exerce poder hierárquico sobre os demais órgãos sociais da empresa, o que significa que seus membros não detêm domínio sobre o fundamento do resultado, e, em virtude disso, não se poderia atribuir a eles a posição de garantidores em relação aos atos praticados pelos demais agentes da companhia.<sup>482</sup> Nessa corrente de pensamento, não há como fundamentar a posição de garantia do CA baseada no domínio dele sobre os empregados se não há uma relação de subordinação entre ambos.

Portanto, embora à primeira vista o membro do Conselho de Administração possa ser considerado garantidor, é essencial analisar a relação entre o CA e cada um dos órgãos sociais da S.A. Isso se deve à diferença nas atribuições desses órgãos e ao impacto dessa distinção no fundamento material da posição de garantia, especialmente no que tange ao controle sobre a fonte de perigo gerada por cada setor. Somente assim será possível definir corretamente a real possibilidade de atuação do garantidor, o que será feito nos tópicos a seguir.

---

<sup>479</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 181.

A infração do dever de vigilância, de igual forma, não é punível em si mesma, sendo necessário que ocorra, ao menos, o início da execução de um delito por parte do delegado. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución de la posición de deber del consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 43-57. p. 46.)

<sup>480</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 185.

<sup>481</sup> SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 32.

<sup>482</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 423.

### 3.3.1. Em relação aos membros da diretoria

Assentada a premissa de que os membros do CA podem ser garantidores em face de outros indivíduos no interior da companhia e delimitado o seu dever concreto de agir, passa-se a analisar cada um dos órgãos para identificar em relação a quem eles podem ser considerados garantes. Relembra-se que se está partindo do pressuposto de que a empresa é uma fonte de perigo a ser controlada, e que os conselheiros de administração são considerados garantidores originários, que tem uma “relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo empresa, que tem de ser confirmada pela assunção fática dessas tarefas”.<sup>483</sup>

Como já mencionado, o Conselho de Administração tem um papel estratégico, responsável por definir as diretrizes gerais da corporação, e, em razão disso, não se envolve nas atividades cotidianas, que são executadas pela diretoria.<sup>484</sup> O CA não tem poderes de gestão e não pode representar a companhia individualmente perante terceiros, ou seja, os seus membros não personificam a companhia perante a sociedade.

A relação entre o Conselho de Administração e a diretoria não é de subordinação nem de natureza vertical, mas de fiscalização do primeiro sobre o segundo. Caso fosse uma relação hierárquica, os membros do Conselho de Administração teriam que desempenhar exatamente as mesmas funções da diretoria, o que não ocorre devido à indelegabilidade das atribuições e poderes conferidos a esses órgãos de administração, conforme disposto no artigo 139 da LSA.

Coloca-se, portanto, o questionamento acerca da efetiva existência do dever de vigilância e controle nas relações horizontais, cuja natureza é regida pelo princípio de competência em toda a sua extensão. Nessa esfera, o dever de cada agente se esgota em manter a própria esfera livre de riscos,<sup>485</sup> de maneira que, em relação aos demais que figuram no mesmo plano hierárquico, vigora o princípio da confiança em sua integralidade.

Contudo, há uma ressalva: existem tarefas que não podem ser executadas sem a autorização do Conselho de Administração, como a celebração de contratos de maior vulto, nos termos do estatuto social (art. 142, inciso VI, da LSA). A atribuição conferida pela LSA permite

---

<sup>483</sup> 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. 132.

<sup>484</sup> SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021, p. 32.

<sup>485</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputação de responsabilidade penal na empresa e ações neutras. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 223-260, p. 239.

ao Conselho de Administração exercer ingerência sobre contratos de maior relevância, podendo vetar ou impedir que sejam firmados pela companhia. Dessa forma, o órgão impõe sua vontade em detrimento da diretoria, controlando a fonte de perigo gerada pela empresa por meio desses contratos de potencial risco. Assim, se há a possibilidade de o CA interferir em um contrato que se tenha conhecimento de que é de risco, é dever deste órgão agir para interferir e evitar que ele venha a ser firmado, utilizando de suas ferramentas para a evitação do resultado.

O poder de veto a determinados contratos se equipara materialmente ao poder diretivo do empregador e gera uma forma negativa de controle do comportamento da diretoria. Disso decorre um detalhe: o dever de agir para evitar resultados típicos se limita aos contratos que passam pelo crivo do conselho e às condutas ativas da diretoria, haja vista que não há como o conselho vetar todos os contratos e ele também não pode tomar iniciativa de gestão da companhia. Em suma, esse poder atribuído ao CA se revela um meio apropriado e eficaz para a evitação de práticas criminosas pela diretoria.<sup>486</sup>

Além dessa atribuição, o CA possui o controle em relação à direção, em razão do poder de eleger, destituir e definir a atribuição dos diretores das companhias mediante ato discricionário, nos termos do artigo 142, inciso II, da LSA. Essa competência atribuída ao CA gera, em eventual conhecimento da iminência da prática de um crime por algum dos diretores, a obrigação daquele órgão emitir uma orientação ou recomendação aos diretores, anteriormente à própria destituição.<sup>487</sup> Essa atribuição conferida ao Conselho de Administração revela-se especialmente relevante, pois, na prática, lhe confere o poder de orientar e organizar a estrutura da diretoria, fundamentando a sua posição de garantidor dentro da companhia em relação à direção.<sup>488</sup>

Essa atribuição permite de forma implícita a emissão de instruções à direção, passando a ser uma espécie de controle pessoal e gozando de domínio sobre a organização, capaz de fundamentar a posição de garantia dos membros do conselho. Nesse passo, convicto de que um diretor praticará um crime, torna-se dever do conselho destituí-lo do cargo, caso contrário a sua omissão ensejará a punibilidade por omissão imprópria.<sup>489</sup>

---

<sup>486</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 429-430.

<sup>487</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 430-431.

<sup>488</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 433.

<sup>489</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 431-432.

Em razão dessa atribuição, o CA pode, por exemplo, criar uma diretoria especificamente encarregada de riscos ambientais que busque dar eficiência ao controle ambiental ou uma diretoria exclusivamente incumbida a gerir o *compliance* da companhia; pode fundir atribuições da diretoria.<sup>490</sup>

Mas não só. O CA pode exercer a fiscalização da gestão dos diretores e, quando necessário, solicitar a prestação de contas e informações sobre os contratos celebrados (art. 142, inciso III, da LSA). Trata-se da competência que mais demonstra a função de fiscalização do CA sobre a direção, uma vez que visa obter a justificativa sobre eventuais ações consideradas suspeitas ou incorretas administrativamente no curso da atividade operacional.

As atribuições do CA elencadas pela LSA, sem prejuízo de outras fixadas pelo estatuto social, permitem concluir que há um poder organizacional capaz de fundamentar o controle (parcial) sobre a fonte de perigo e, em razão disso, estabelecer a posição de garantidor de seus integrantes. A simples posição mais alta na hierarquia da empresa não dá lugar a uma responsabilidade em virtude da garantia sem que exista, de fato, um domínio do agente sobre a coisa.<sup>491</sup>

Os conselheiros deverão, portanto, controlar a fonte de perigo empresa de forma indireta, por meio do exercício dos deveres de vigilância ativa sobre a direção da empresa, figurando como garantidores originários no exercício de atividades fiscalizadoras sob a diretoria.<sup>492</sup> O alcance da responsabilidade dos membros do Conselho de Administração estaria limitado ao âmbito de suas competências, isto é, sobre a diretoria e aos negócios submetidos à sua prévia aprovação.

### 3.3.2. Em relação aos membros da assembleia geral

A assembleia geral, por sua vez, consiste no órgão representativo da vontade dos acionistas na companhia e que tem competência exclusiva para decidir sobre questões de maior relevância à atividade da companhia, sobretudo aquelas que ultrapassam a gestão ordinária atribuída ao Conselho de Administração ou à diretoria. O poder desse órgão foi parcialmente

---

<sup>490</sup> ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018, p. 433.

<sup>491</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascaraín Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988, p. 540.

<sup>492</sup> ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 197.

delegado ao CA e à diretoria, visando garantir maior agilidade na tomada de decisões, enquanto as deliberações de maior impacto para a S.A. permaneceram sob a sua responsabilidade.

Mesmo com esse aumento na designação de tarefas aos órgãos administrativos da SA, compete à assembleia geral as tarefas de alteração do estatuto social, eleição e destituição de administradores, aprovação das demonstrações financeiras anuais apresentadas por eles, deliberação sobre fusões, incorporações e cisões, aumentos de capital sem direito de preferência, e a deliberação sobre a alienação de controle societário, tudo nos termos do artigo 122 da LSA. Trata-se, ao fim e ao cabo, do órgão de maior poder coletivo da SA.

Sua relação com os demais órgãos sociais da companhia é tanto hierárquica quanto funcional, caracterizando-se por um papel de controle e supervisão. Entretanto, essa atuação não implica na interferência direta na gestão ordinária da empresa, uma vez que o controle é exercido de forma indireta, por meio do CA. Ela cumpre um papel fundamental na governança corporativa, pois age como instância deliberativa máxima e atua no controle estratégico, interagindo de forma harmônica com os demais órgãos sociais da companhia.

A relação entre o CA e a assembleia geral é horizontal, uma vez que executam funções diversas no interior da companhia, não sendo possível atribuir níveis de hierarquia entre eles ou uma relação de fiscalização do CA para com a assembleia. A assembleia geral tem, em relação ao CA, o poder de eleger e destituir os seus conselheiros, reforçando seu poder de controle e fiscalização perante a administração. Por outro lado, o CA não detém qualquer poder de interferência nas atividades ou decisões da assembleia geral, pois não exerce fiscalização sobre este órgão coletivo nem possui ingerência em suas deliberações, o que significa que também não tem controle sobre possíveis fontes de risco originadas por ele.

Sua competência é voltada à atuação macro administrativa da companhia, direcionando o rumo da empresa e fiscalizando a diretoria, o que somente inclui a possibilidade de convocação da assembleia geral, mas não gera o dever de obstar eventuais riscos criados por ela. Assim, sobretudo em virtude da ingerência, da ausência do dever de fiscalização e de agir dos membros do CA sobre a assembleia geral, eles não são responsáveis pelas ações dos membros da assembleia geral, afastando-se a possibilidade de que figurem como garantidores.

Ainda, aos membros da assembleia geral não é possível atribuir a posição de garantia, uma vez que sua competência não diz respeito a atos de gestão sobre as fontes de perigos geradas pela companhia.<sup>493</sup> Além do mais, ela atua somente em razão de provocação de outros

---

<sup>493</sup> ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 199.

órgãos ou acionistas, conforme estipula o artigo 123 da LSA, o que afasta a sua atuação ativa nos poderes de gestão e administração da empresa.<sup>494</sup>

Há exceções, desde que se comprove a existência de uma realidade fática na qual a assembleia geral efetivamente exerça o controle da gestão da empresa. Contudo, trata-se de hipótese rara, em virtude das dimensões e da própria natureza do referido órgão social conforme estabelecido pela LSA.

### **3.3.3. Em relação ao Conselho Fiscal e aos demais operadores da empresa**

O Conselho Fiscal, órgão de fiscalização e controle interno das Sociedades Anônimas, possui a função de examinar a regularidade dos atos de gestão, cumprimento das obrigações legais e estatutárias, além de analisar a adequação das demonstrações financeiras, conforme dispõe o artigo 163 da LSA. A sua existência no interior da companhia tem caráter auxiliar, pois se propõe a levar informações suficientes à assembleia geral para que ela supervisione e controle a gestão da SA.<sup>495</sup>

A sua competência não se confunde com a do CA. Trata-se de uma relação de complementariedade e fiscalização, pois, enquanto o Conselho de Administração se reporta diretamente à assembleia geral e delega a execução das operações à diretoria, o Conselho Fiscal, por sua vez, monitora as decisões e os atos do CA e da diretoria, garantindo a transparência e a legalidade das ações. Em suma, é o órgão que fiscaliza a atividade da administração da companhia e reporta as ações fundamentais à assembleia geral.

Não há, na relação entre o CA e o CF, uma hierarquia. Enquanto o CA é focado no direcionamento estratégico e no controle macro da organização, o CF assegura que tais decisões e ações estejam em conformidade com a legislação e os interesses dos acionistas, sobretudo os minoritários. Por exemplo, o Conselho Fiscal examina os relatórios financeiros preparados pela diretoria e aprovados pelo Conselho de Administração, emitindo pareceres sobre sua veracidade e adequação.

Sua função é, portanto, eminentemente fiscalizatória em face da administração da companhia, o que inclui o CA e a direção, mas com a diferença de que a sua competência

---

<sup>494</sup> ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023, p. 199.

<sup>495</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 145.

fiscalizatória é *post factum*, diferenciando-se da fiscalização exercida pelo CA.<sup>496</sup> Sua razão de existir reside na necessidade de articulação entre a administração da companhia e a assembleia geral, pois cria um sistema de freios e contrapesos que promove a governança corporativa e protege os interesses dos envolvidos. Essa interação harmoniosa entre os órgãos sociais é essencial para a credibilidade e o sucesso da sociedade no mercado, haja vista que agrega confiabilidade e segurança aos acionistas e clientes da empresa.

Mas, como é possível notar na relação apresentada entre o CA e o CF, o primeiro não possui ingerência sobre a atividade do segundo, assim como suas atribuições não alcançam a destituição e substituição dos membros do CF – o que cabe somente à assembleia geral -, de modo que não há a possibilidade de interferência do CA nas atividades do CF. Quer dizer, a competência do CA no interior da companhia não abarca a fiscalização do CF, que é órgão autônomo no interior da SA.

Com efeito, a atividade do CF é propriamente a fiscalização técnica da administração, incluindo-se o CA, o que torna impossível que o Conselho de Administração fiscalize o Conselho Fiscal, além de ser esta função inexistente na LSA. Em sentido contrário, por sua vez, há a possibilidade de que o CF figure na posição de garantia *sui generis*<sup>497</sup> em face do CA devido à atribuição fixada pelo artigo 163, inciso IV, da LSA, cujo teor dispõe que ele deve denunciar fatos potencialmente criminosos.<sup>498</sup>

E, quanto aos demais operadores da companhia, como funcionários do escalão produtivo, comercial e administrativo, a relação com os membros do Conselho de Administração caracteriza-se por um distanciamento estrutural e funcional. Esse distanciamento tão somente reflete a natureza das atribuições e responsabilidades impostas aos conselheiros, que se concentram em funções estratégicas, de fiscalização e de definição de diretrizes gerais, em contraste com as atividades operacionais e cotidianas desempenhadas pelos demais colaboradores da companhia.

---

<sup>496</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. Comentários ao artigo 163 da Lei n. 6.404/76. In: FRAZÃO, Ana *et al.* **Lei das sociedades anônimas comentada**. COELHO, Fábio Ulhôa (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>497</sup> Afirma-se que é *sui generis* porque “o dever de ‘denunciar’ fatos potencialmente criminosos está condicionado à sua descoberta, e não à necessidade de vigilância ativa no tocante à apuração de fatos ilícitos e ao controle de pessoas e coisas perigosas” e em razão de que a atuação do CF se dá em momento posterior à suposta prática de ilícitos, de modo que possuiria, portanto, uma função repressiva e não preventiva na tutela de bens jurídicos de terceiros. (ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023, p. 201-202.)

<sup>498</sup> ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2023, p. 201.

Estes operadores que não integram a diretoria, a assembleia geral ou o Conselho Fiscal desempenham papéis fundamentais no funcionamento da companhia, pois são eles os responsáveis por implementar as decisões estratégicas traçadas pelos órgãos de administração e por manter o fluxo contínuo dos processos produtivos. Entretanto, essa execução ocorre sob a coordenação da diretoria, que possui a função micro administrativa no interior da companhia, conduzindo a execução das tarefas cotidianas para atuar de acordo com a orientação emitida pelo CA.

Esta configuração visa evitar a dispersão do foco estratégico dos conselheiros e resguardar a eficiência da administração, concedendo a cada órgão social tarefas e funções delimitadas. Assim, a relação distante entre os conselheiros de administração e os demais operadores que não integram os órgãos de governança reflete tanto uma característica essencial das Sociedades Anônimas quanto uma exigência legal e organizacional. Contudo, para que a companhia funcione de forma harmônica e eficiente, é crucial que a comunicação entre os níveis estratégico e operacional seja mediada de maneira eficaz, minimizando possíveis desconexões entre as decisões tomadas pelo conselho e sua implementação no âmbito produtivo.

Por tudo isso, os membros do CA não se encontram investidos na posição de garantia em relação às ações e atividades dos membros do CF ou de outros operadores da companhia de cargos operacionais menores. Não há dever legal que imponha que os membros do CA atuem para o controle e gestão sobre eventuais fontes de perigos geradas pelo CF e pelos operadores, uma vez que inexiste poder atribuído pela LSA a ele neste sentido. Mas não só. O CA possui como função central a macro administração e o direcionamento do rumo da companhia, o que não inclui a gestão específica das atividades diárias dos operadores do baixo escalão da SA.

A gestão do CA sobre o processo produtivo ocorre de forma indireta, ou seja, por meio da diretoria, que é fiscalizada pelos conselheiros e deve prestar informações solicitadas pelo referido órgão colegiado quando solicitado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em razão do desenvolvimento desta dissertação e dos estudos realizados, foi possível extrair as seguintes conclusões:

1. No âmbito do Direito Penal empresarial, houve um aumento na exigência dos deveres de cuidado em relação a atividades empresariais de risco, impondo aos dirigentes,

independentemente do porte da empresa, uma gestão mais rigorosa sobre os riscos que suas operações podem representar para terceiros.

2. Em virtude da prática de crimes em ambientes empresariais, lesando terceiros de boa-fé ou até a administração pública, há uma tendência do uso ampliado de situações omissivas. Não se trata mais de um Direito Penal supraindividual, que tutelava a ordem financeira por meio de crimes de perigo abstrato, mas sim de uma nova previsão de condutas de escopo coletivo, que consistem em não-fazer algo que lhe era exigido.

3. Trata-se do que é denominado por Silveira de “sobrecriminalização indireta”, que consiste em responsabilizar criminalmente o agente pela via omissiva imprópria em uma hipótese em que não agiu para evitar o resultado, o que lhe era exigível, em virtude da sua condição de garante. Isso viabiliza situações como a punição de um indivíduo pela mera posição ocupada, o que é vedado no ordenamento jurídico brasileiro.

4. Para impedir o avanço deste movimento, entende-se como necessária a correta análise da posição de garantia dos agentes no meio empresarial, fundamentando-se adequadamente o seu dever de agir e a extensão dele.

5. As Sociedades Anônimas, que podem ser de capital aberto ou fechado, são regidas pela Lei nº 6.404/76, cujos sócios têm, em relação à sociedade, responsabilidade limitada ao preço das ações das quais são proprietários. Elas possuem como finalidade a produção de vantagens econômicas, que devem ser convertidas em rendimentos aos sócios.

6. Podem ser de capital aberto ou fechado, cuja diferença consiste no fato de a primeira ter as ações abertas à comercialização no mercado de valores mobiliários, e a segunda não. São compostas pelos seus órgãos sociais obrigatórios e facultativos.

7. Geralmente são compostas pelos seguintes órgãos sociais: Direção, Conselho de Administração, Conselho Fiscal e Assembleia Geral. Nas S.As. de capital fechado, o CA e o CF são facultativos. Nas de capital aberto, a existência do CA é obrigatória. Por isso, opta-se, neste trabalho, pelas Sociedades Anônimas de capital aberto, uma vez que, nelas, a existência do CA é obrigatória.

8. A Direção é o órgão administrativo que divide com o CA as atividades de gestão da S.A., sendo responsável pela condução das atividades micro administrativas diárias da companhia. Os membros da Direção podem tomar decisões individualmente, representando a companhia em suas respectivas atribuições, desde que elas ocorram de forma harmônica entre si.

9. O Conselho de Administração, juntamente com a Direção, integra a administração da companhia, porém desempenha uma função macro administrativa, sendo

responsável pela definição e fixação da orientação geral dos negócios da empresa. Atua somente de forma colegiada, e sua competência está descrita no artigo 142 da LSA. Suas principais atribuições são de determinar a orientação geral dos negócios da companhia, fiscalizar a atividade da Direção - podendo eleger e destituir os seus membros -, e se manifestar previamente sobre contratos de maior vulto. Os seus membros somente podem tomar decisões colegiadas, de modo que, individualmente, eles não representam a companhia.

10. A Direção e Conselho de Administração têm em comum, no exercício da gestão da companhia, os deveres de diligência, lealdade, sigilo e informação, que devem orientar sua atuação.

11. A Assembleia Geral é o órgão que expressa a vontade dos acionistas na companhia, sendo um colegiado composto por eles. Reúne-se apenas em ocasiões específicas, consideradas estratégicas e relevantes para a organização, como a definição de políticas e o planejamento corporativo. Suas principais competências exclusivas incluem a reforma do estatuto social, a eleição e destituição de administradores e membros do Conselho Fiscal, a análise e aprovação das contas dos administradores anualmente, além da deliberação sobre questões como transformação, fusão e outras operações societárias da S.A. Deve ser convocada pelo CA ou pela Diretoria.

12. O Conselho Fiscal é o órgão técnico de fiscalização da gestão dos administradores, que atua em favor da assembleia geral, informando os acionistas quanto a eventuais irregularidades das contas e dos atos de gestão. Sua existência é obrigatória, embora não necessite ser um órgão permanente, de maneira que pode ter seu funcionamento eventual, apenas em determinados períodos.

13. A responsabilidade penal omissiva se funda na violação de um dever jurídico de agir. Além da posição de garantia, é necessário que o indivíduo preencha os requisitos do tipo objetivo, que consistem em: situação típica, omissão de uma conduta determinada e exigida de evitação do resultado, capacidade físico-real de agir, nexo de causalidade e imputação objetiva. Além disso, é indispensável a existência de um perigo concreto ao bem jurídico, devido à exigência de potencial ofensividade.

14. Quanto ao tipo subjetivo, é necessário a presença de dolo.

15. A apuração de responsabilidade deve se operar a partir do agente mais próximo da fonte de perigo, que possui o contato direto com a situação de fato. Com esta análise, passa-se a subir na análise da hierarquia, a fim de constatar eventuais omissões penalmente relevantes dos indivíduos em cargos superiores na empresa.

16. A dogmática penal não deve ser sacrificada em prol de uma suposta perseguição à criminalidade econômica, e muito menos de um recente discurso de "combate à corrupção", vislumbrado no cenário brasileiro. Nessa seara, a metodologia *top down* de apuração da responsabilidade criminal deve ser expurgada do imaginário jurídico, porque parte do pressuposto da onipresença e onisciência dos dirigentes de empresas em relação à atividade produtiva e administrativa.

17. Há dois principais modelos de fundamentação da posição de garantia: a teoria formal dos deveres jurídicos e a teoria material, sendo que esta segunda que se subdivide entre duas correntes de maior destaque.

18. Para a teoria formal, a posição de garantia deve estar ancorada em deveres impostos pela lei ou por um contrato. Já para a teoria material, a construção da posição de garantia está embasada em especiais relações de proteção, seja para proteger os bens jurídicos do tutelado dos perigos externos ou para evitar que ele gere perigo a bens jurídicos de terceiros.

19. Existem duas principais correntes doutrinárias que estabelecem os pressupostos para a existência da posição de garantia: a primeira é baseada no domínio ou controle sobre o fundamento do resultado, desenvolvida por Schünemann; e a segunda é lastreada nas competências organizativas e institucionais, liderada por Jakobs.

20. O domínio ou controle sobre o fundamento do resultado preceitua que é garante quem se encontra investido do poder de controle sobre o acontecimento típico em virtude da vulnerabilidade do bem jurídico ou do domínio sobre uma fonte de perigo.

21. O critério das competências organizativas e institucionais estabelece que a determinação da posição de garantia depende da responsabilidade pela gestão dos riscos gerados dentro da própria esfera de competência da organização ou da necessidade de contribuir para o funcionamento de instituições essenciais da sociedade.

22. Adotou-se como modelo de fundamentação a corrente do domínio sobre o fundamento do resultado. Essa opção acadêmica se deu porque ela é capaz de trazer elementos ontológicos e normativos, aplicando-se de forma mais clara aos casos concretos postos à análise. Além disso, entende-se que a responsabilidade penal somente pode ser imputada ao agente que devia agir em virtude do seu domínio em relação à causa essencial do resultado.

23. Este critério rechaça com maior ênfase a possibilidade de punição em razão de uma fonte formal, uma vez que o dever extrapenal, embora possa ser utilizado para compreender a extensão do dever de agir do indivíduo, não pode fundamentar a igualdade da resposta penal em caso de omissão do garantidor. Exige-se, portanto, uma equivalência também

do ponto de vista do desvalor da conduta, que reside no domínio sobre o fundamento do resultado.

24. O critério material trabalha com duas fontes do dever de garantia: a garantia de proteção e a garantia de vigilância.

25. A primeira consiste no agente que tem a obrigação de defender e proteger um determinado bem jurídico contra todos os perigos que o ameacem. Nesse caso, o indivíduo tutelado é vulnerável e exige uma determinada atenção, a fim de que seja protegido dos riscos de terceiros.

26. Já a segunda diz respeito à obrigação do agente de supervisionar determinada fonte de perigos, para que ela não gere lesões a bens jurídicos de terceiros. Esse dever é baseado na ideia de que o indivíduo que possui uma relação de controle com uma fonte de perigo de sua responsabilidade tem a obrigação de mantê-la dentro do patamar de risco permitido, e, se eventualmente transbordar ao risco proibido, deve agir para evitar o resultado danoso a bens jurídicos de terceiros.

27. A posição do garantidor de vigilância é atraída por três espécies de situações: o atuar precedente, a responsabilidade por coisas perigosas e a responsabilidade por pessoas perigosas.

28. Estas fontes do dever de garantia permeiam e coexistem sobre todas as hipóteses elencadas no artigo 13, § 2º, do CP, em que são elencadas três espécies de garantidores: por lei ou contrato, assunção ou ingerência.

29. Há três principais entendimentos sobre a fundamentação da posição de garantia dos dirigentes de empresas: em razão da ingerência, do poder diretivo sobre os empregados e o controle sobre a fonte de perigo permitido representada pela empresa. Neste trabalho, optou-se pela última alternativa, pois entende-se que os empresários devem ser considerados garantidores da vigilância quanto aos riscos inerentes à criação e gestão de uma empresa, tanto em relação aos bens quanto às pessoas perigosas no ambiente corporativo.

30. A obrigação de agir para evitar lesões a bens jurídicos de terceiros é o outro lado do benefício da possibilidade de gerir uma empresa, que pode oferecer inúmeros riscos a terceiros, seja por meio de coisas ou pessoas perigosas.

31. A atividade empresarial pressupõe a divisão de funções e delegação de tarefas, sendo facultado ao dirigente de empresa a delegação da tarefa de vigilância. Nesse caso, se o indivíduo que recebe a tarefa é qualificado, foi instruído adequadamente e recebeu a devida autonomia, se torna garantidor por assunção (artigo 13, § 2º, alínea b, do CP), enquanto o delegante se mantém como garantidor de vigilância, devendo fiscalizar a atividade do delegado.

32. Cada indivíduo será responsável segundo a sua parte de domínio, devendo controlar a sua fonte de perigo correspondente. Isso se refere às situações em que cada diretor é responsável por um setor, não sendo possível exigir, por exemplo, que o diretor do setor comercial tome medidas para evitar a ocorrência de um crime no setor financeiro.

33. Nas relações empresariais horizontais, vige o princípio da confiança, que pressupõe a existência de certas relações prévias, que suscitam deveres recíprocos especiais de correção de condutas potencialmente defeituosas, geralmente visualizada em grupos delimitados e para situações em que os agentes possuem competências semelhantes. A confiança será importante para determinar o conteúdo e a extensão do dever concreto de vigilância a ser exercido pelo agente.

34. Na hipótese da sua vigência, o indivíduo não está obrigado a buscar ativamente informações sobre possíveis condutas delitivas de terceiros, pois pode confiar no correto desempenho do tutelado.

35. Por sua vez, nas relações empresariais verticais, a sua aplicação comporta alguns reparos. Nesses casos, o delegante deve buscar informações sobre a atuação do delegado, por meio de atos de supervisão e gestão de suas atividades. Entende-se que, nas relações verticais, essa exigência de supervisão se justifica porque a empresa em si constitui uma fonte especial de risco, seja em relação a coisas ou a pessoas perigosas.

36. A autorresponsabilidade não é um impedimento à responsabilidade criminal do empresário na via omissiva imprópria, uma vez que o dever de vigilância para que as fontes de perigos criadas pelo indivíduo não gerem lesão a bens jurídicos de terceiros consiste na outra face da liberdade de empreender. Portanto, é legítima a exigência de que o empresário empregue mecanismos organizativos empresariais adequados para evitar perigos ao âmbito de organização de terceiros.

37. Nas S.As., a delegação de tarefas ocasiona o fracionamento da responsabilidade e a multiplicação da quantidade de garantidores, pois cada agente em esferas hierárquicas diferentes possuem informações específicas sobre o processo produtivo. O CA pode delegar a sua tarefa de vigilância a um órgão ou sistema de integridade específico, mas ele mantém para si a obrigação de supervisioná-lo, a fim de que acompanhe se a tarefa está sendo executada adequadamente.

38. Os pressupostos de sua posição de garantia consistem na existência de uma relação de controle sobre a empresa fundada juridicamente e a assunção fática dessa função. A relação de controle pressupõe a capacidade do sujeito de atuar sobre terceiros e executar atos de persecução do objeto social da empresa, o que está configurado em relação aos membros do

CA, que fazem parte da administração da companhia. Já a assunção fática consiste na impossibilidade de o agente assumir a posição apenas de maneira formal, exigindo-se a assunção fática da posição de controle. Afasta-se, com isso, a possibilidade de responsabilização pela mera ocupação formal de um cargo de administração da empresa.

39. O Conselho de Administração possui diversas funções relevantes, tais como a fixação da orientação geral dos negócios da companhia; a eleição, destituição e definição da atribuição dos diretores da companhia, mediante ato discricionário; o poder de veto a determinados contratos (que ocasiona um controle negativo de comportamento da diretoria); a possibilidade de requisitar à Direção a prestação de contas e informações sobre os contratos celebrados, no exercício de sua função de fiscalização, entre outros.

40. Essas atribuições evidenciam seu significativo poder organizacional na gestão dos riscos empresariais, pois lhe conferem a responsabilidade de tomar decisões cruciais para o futuro da companhia. Além disso, sua capacidade de eleger, destituir e definir as funções da direção confere-lhe certo controle sobre esse órgão, possibilitando-lhe influenciar a atuação dos diretores. Esse feixe de competências demonstra um poder organizacional capaz de fundamentar um relevante controle do CA sobre a fonte de perigo empresa, permitindo, portanto, que ele esteja configurado na posição de garantia.

41. Dessa forma, a questão central deste trabalho pode ser respondida da seguinte maneira: é possível imputar responsabilidade aos integrantes do Conselho de Administração de Sociedades Anônimas de capital aberto quando se omitem diante de crimes cometidos pela Diretoria, uma vez que têm o dever de vigilância sobre esse órgão e exercem gestão sobre sua fonte de risco.

42. Entretanto, os membros do CA somente serão garantidores em relação à Diretoria da companhia, em virtude da sua função fiscalizadora sobre este órgão, somada a determinados poderes que lhe permitem ter uma gestão sobre a fonte de perigos gerada por ele. Portanto, não figuram como garantidores em relação aos demais membros e órgãos da companhia.

43. A responsabilidade dos membros do CA está restrita ao âmbito de suas atribuições fixadas na LSA e no estatuto social, não sendo exigível que execute uma tarefa além do alcance de sua competência, isto é, a ação esperada deve estar dentro da sua capacidade e possibilidade jurídica de ação, que serão determinadas no caso concreto, em conjugação com as suas atribuições formais. Em suma, o poder do CA de, discricionariamente, emitir instruções à diretoria – oriundo do poder de eleição, destituição e definição de sua competência - lhe

concede um certo controle pessoal e domínio sobre aquele órgão e as suas fontes de perigos, capaz de fundamentar a sua posição de garantia.

44. Desse modo, ao tomar conhecimento sobre a prática de um crime por algum membro da Direção, é obrigação do conselheiro de administração levar à votação do colegiado para que o diretor seja destituído do cargo, medida de contenção a ser realizada visando impedir a consumação do resultado delitivo. Caso o resultado da votação colegiada não contribua para a cessação do perigo ao bem jurídico, deve o conselheiro comunicar o fato à assembleia geral, pois deve fazer todo o possível juridicamente para evitar o resultado típico.

45. O dever de agir se restringe à criminalidade de empresa, isto é, aos crimes praticados ou facilitados em virtude da atividade da empresa, não sendo exigível que o garante atue para evitar todo e qualquer crime praticado na empresa.

46. Mesmo que os membros do CA, individualmente, não tenham o poder de representar a companhia, a limitação de suas ações à forma colegiada não exclui a sua posição de garantia, mas restringe a possibilidade concreta de agir em relação ao conteúdo específico dos seus deveres de agir. Assim, exige-se do CA que aja somente de acordo com a sua atribuição definida na lei e complementada pelo estatuto social, em atenção à situação fática concreta.

47. Por outro lado, o CA não é garantidor em relação à assembleia geral. Este órgão, que apresenta a vontade dos acionistas na companhia e tem competência para decidir questões de relevância superior à companhia, tem caráter coletivo e executa uma função de governança corporativa. Sua relação com o CA é horizontal, pois executam funções distintas na companhia, embora a assembleia geral, órgão caracterizado pelo controle e supervisão, tenha a competência para eleger e destituir os conselheiros. Lado outro, o CA não detém nenhum poder de fiscalização ou ingerência em relação às deliberações da assembleia, pois sua competência apenas abarca a possibilidade de convocá-la quando necessário.

48. Em virtude disso, o CA não tem qualquer obrigação jurídica de agir para evitar eventuais resultados oriundos de crimes praticados pelos membros da assembleia geral. Mas não só. As atribuições dos membros do Conselho de Administração não lhes conferem a condição jurídica de controlar as fontes de perigo geradas por ele.

49. Já em relação ao Conselho Fiscal e aos demais operadores da empresa, os membros do Conselho de Administração também não assumem a posição de garantidores. O CF é órgão técnico de fiscalização e controle interno das S.As., e tem a função de analisar a regularidade dos atos de gestão da administração, de maneira que não há, entre ele e o CA, relação hierárquica. Trata-se de uma relação horizontal, pautada pela fiscalização de um (CF)

em relação a outro (CA), com a diferença de que o primeiro executa esta tarefa *post factum* e de forma técnica, e não discricionária como o faz o CA.

50. Assim, as atribuições conferidas ao CA não permitem que ele exerça qualquer espécie de controle e fiscalização em face do CF, pois não está revestido das condições jurídicas necessárias para cessar eventuais episódios delitivos naquele órgão.

51. Quanto aos demais órgãos da companhia, como funcionários do escalão produtivo, comercial e administrativo, há um distanciamento estrutural e funcional entre eles e o CA. Não se trata de um demérito, mas apenas o reconhecimento da separação de funções e da natureza da atividade de cada departamento existente nas S.As. Enquanto o CA é responsável pelas diretrizes macro administrativas e estratégicas da empresa, aos estratos inferiores – operacionais e administrativos – cabe apenas o cumprimento das orientações emitidas.

52. Inexiste a possibilidade de que o CA interfira diretamente nas fontes de perigo geradas pelos setores operacional, financeiro, comercial e administrativo. Em razão disso, os membros do CA não são garantidores em relação aos demais indivíduos que compõem a companhia, como o Conselho Fiscal, a assembleia geral e os demais subordinados da empresa, que atuam em posições de coordenação ou a nível operacional.

53. Nas situações em que não existe uma relação de controle sobre a fonte de perigo gerada, não se configura a obrigação jurídica de agir, prevista em lei e fundamentada no dever concreto assumido pelos agentes. Assim, nessas circunstâncias, os membros do Conselho de Administração não ocupam uma posição de garantia. Dessa forma, ela se sustenta apenas em relação à Diretoria, devido ao dever de fiscalização e às atribuições definidas pela LSA, que lhes conferem a responsabilidade de agir para evitar o resultado.

54. Portanto, nos casos em que forem preenchidos os pressupostos legais da posição de garantia (relação de controle sobre a empresa fundada juridicamente e a assunção fática dessa função), somado aos demais requisitos de imputação objetiva anteriormente apontados, será possível a responsabilização do conselheiro de administração pela via omissiva imprópria.

## BIBLIOGRAFIA

BAKAJ, Giovanna. **Responsabilidade penal de conselheiros de administração: individualização das condutas e mitigação de riscos**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: ed. 34, 2010.

BIERRENBACH, Sheila. **Crimes omissivos impróprios**. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão imprópria por ingerência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, ago.-set., p. 131-151, 2020.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Lei de Lavagem de Dinheiro**. Brasília, DF: Planalto, 2024. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Lei das Sociedades por Ações**. Brasília, DF: Planalto, 2025. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm)>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Planalto, 2025. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. Vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o Direito Penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 10, n. 34, p. 9-25, abr.-jun., 2001.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, ano 12, n. 1, jan., 2011. Disponível em: <[indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf](http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/792.pdf)>.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **El Derecho Penal español: Parte General**. Vol. II. Teoría del delito. Madrid: Dykinson, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Ação e omissão em Direito Penal. Alguns aspectos teóricos e práticos. **Revistas de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 16, n. 66, p. 201-220, jul.-set., 2017.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Stvdia Ivridica, Coimbra: Coimbra Ed., n. 85, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DAVID, Décio Franco. **Manual de Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

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.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade por omissão dos membros de conselhos de administração. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 28, n. 3, p. 403-439, set.-dez., 2018.

FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa**: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier, 2018. p. 59-92.

FILHO, Calixto Salomão. **O novo direito societário**: eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FRAGOSO, Alexandre; FRAGOSO, Fernanda. **A responsabilidade penal do compliance officer nas organizações**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. El delito de omisión impropia. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, v. 4, n. 2, p. 525-553, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, ano 54, n. 1, p. 5-26, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 40, n. 3, p. 579-608, 1987.

GOMES JR., Neuler Mendes. Compliance officer e controlador interno na administração pública: comparação da responsabilidade penal por omissão imprópria. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, ano 3, n. 10, p. 39-60, abr.-jun., 2022.

GOMES, Theuan Carvalho. Problemas concretos sobre dolo eventual e omissão imprópria. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, ano 4, n. 13, p. 155-175, jan.-mar., 2023.

GÓMEZ-ALLER, Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. *In*: ZAPATERO, Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán Nieto. **El derecho penal económico em la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 165-189.

GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais. *In*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 335-344.

GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impróprios**. Tradução: Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *In*: **Autoria como domínio do fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2., n. 8, p. 41-51, out./dez., 1994.

JAKOBS, Günther. **A imputação penal da ação e da omissão**. Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 7. São Paulo: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal**. Tradução: Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Vol. 2. São Paulo: Manole, 2003.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 199-218.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (coords.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **O direito penal e processual penal na sociedade de riscos: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos)**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MAMEDE, Gladston. **Direito societário: sociedades simples e empresárias**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

MÉNDEZ, Iván Meini. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos

por sus subordinados. **Revista de la Facultad de Derecho** - PUCP, Lima, ano 26, n. 52, p. 883-914, 1999.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NIETO MARTÍN, Adán; CALATAYUD, Manuel Maroto; BARRILARI, Claudia Cristina; SAAD-DINIZ, Eduardo (Coord.). **Public compliance: prevenção da corrupção nas administrações públicas e partidos políticos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PRADO, Luiz Régis. Algumas notas sobre a omissão punível. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, p. 195-225, jul.-ago., 2011.

REBOUÇAS, Sérgio Bruno Araújo. Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 26, n. 143, p. 45-86, mai.-jun., 2018.

REBOUÇAS, Sérgio. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Deveres de solidariedade. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Tradução: Ana Carolina Carlos de Oliveira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 97-106.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Deveres negativos e positivos no Direito Penal. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Tradução: Ana Carolina Carlos de Oliveira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 107-128.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 245-260.

ROBLES PLANAS, Ricardo. **Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales**. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputação de responsabilidade penal na empresa e ações neutras. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Tradução: Marília Basseto. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 223-260.

ROBLES PLANAS, Ricardo. O “Compliance officer” frente ao Direito Penal. *In*: ROBLES PLANAS, Ricardo. Principios de imputación em la empresa. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial**. Barcelona: Atelier, 2018. p. 23-42.

RUIVO, Marcelo Almeida. A prova e o método de verificação da causalidade na omissão imprópria. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 28, vol. 170, p. 191-212, ago., 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. *E-book*.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Tradução: Daniela Brückner e Juan Antonio Lascurain Sánchez. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, ano 41, n. 2, p. 529-558, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. **Revista de la Facultad de Derecho - PUCP**, Lima, n. 81, p. 93-112, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Tradução: Alair Leite. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Teoria geral do crime**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-105.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución de la posición de deber del consejo de Administración. Una observación desde la cultura del compliance. *In*: VALLÉS, Ramon Ragués i; ROBLES PLANAS, Ricardo. **Delito y empresa: Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial**. Barcelona: Atelier, 2018. p. 43-57.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Joana Rangel Wanderley de. **Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores**, 2021, 154 f. Dissertação - Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. *E-book*.

SOUZA, Luciano Anderson de; PINTO, Nathália Regina. **Criminal compliance**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*.

SUTHERLAND, Edwin. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, 2011. 450 f. Tese - Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **O conselho de administração na sociedade anônima**: estrutura, funções e poderes. Responsabilidades dos administradores. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZONTA, Fernando de Oliveira. **A posição de garantidor em órgãos colegiados de empresas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 1 – Térreo  
Porto Alegre – RS – Brasil  
Fone: (51) 3320-3513  
E-mail: [propesq@pucrs.br](mailto:propesq@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)