

Leonardo Henriques da Silva

Universidade Anhanguera - Uniderp

Rede de Ensino LFG

leonardo.silva@lfg.com.br

A POSIÇÃO DE GARANTIDOR DOS RESPONSÁVEIS PELA DIREÇÃO DA EMPRESA

RESUMO

O artigo parte da noção de “modernização reflexiva” para analisar em que medida surgem demandas por uma nova tutela jurídica aplicável a situações que muitas vezes são inteiramente novas para o Direito Penal tradicional, um cenário no qual se multiplicam as possibilidades de lesões a bens jurídicos individuais e supraindividuais, com reflexos nocivos para grandes grupos de pessoas, como decorrência das atividades empresariais. O autor propõe que esses riscos empresariais sejam penalmente tutelados a partir de conceitos já consolidados no Direito Penal tradicional, tais como a omissão imprópria e o dever de garantia, propondo ainda uma reformulação dogmática a respeito das fontes da posição de garantidor.

Palavras-Chave: direito penal; sociedade de risco; empresa; omissão imprópria; dever de garantia.

ABSTRACT

The article takes the notion of “reflexive modernization” to examine the extent arising demands for a new legal protection applies to situations that are often entirely new to the traditional criminal law, in a scenario in which they multiply the possibilities of damage to individual and super individual legal rights, with harmful consequences for large groups of people, as a result of business activities. The author proposes that these business risks are protected from criminal concepts already established in traditional criminal law, such as improper omissions and the duty to guarantee, even proposing a reformulation dogmatic about the sources of the position of guarantor.

Keywords: criminal law, risk society, company, improper omission; duty to guarantee.

Anhanguera Educacional Ltda.

Correspondência/Contato
Alameda Maria Tereza, 2000
Valinhos, São Paulo
CEP 13.278-181
rc.ipade@aesapar.com

Coordenação
Instituto de Pesquisas Aplicadas e
Desenvolvimento Educacional - IPADE

Artigo Original
Recebido em: 10/5/2011
Avaliado em: 7/7/2011

Publicação: 11 de agosto de 2011

1. INTRODUÇÃO: DA SOCIEDADE INDUSTRIAL À SOCIEDADE DO RISCO

O intenso desenvolvimento tecnológico e as transformações culturais do período pós-II Guerra acabaram por repercutir diretamente na estrutura da sociedade industrial ocidental, sendo que nas últimas décadas essa transformação subverteu a própria lógica da modernização, no que Ulrich Beck chamou de “modernização reflexiva”, a saber: “‘Modernização reflexiva’ significa a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O ‘sujeito’ dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental.”¹

Ou seja, para o sociólogo alemão o dinamismo da sociedade industrial acabou por superar o conhecido pensamento de Karl Marx segundo a qual o capitalismo seria coveiro de si mesmo: num cenário de modernização reflexiva a nova conformação social não decorre da crise do capitalismo, mas sim de sua vitória²; e a dissolução dos caracteres próprios da sociedade industrial não se deve à intensificação da luta de classes, como previa o ideário marxista, mas da inovação cotidiana que se desenvolve no seio da sociedade.

Não se verifica a ruptura com um modelo de sociedade por meio da revolução, mas sim uma auto-superação desse modelo que resulta em algo novo. Algo que não estava nos planos da Sociologia tradicional – seja no tocante ao processo de mudança, seja no tocante aos resultados da mudança³.

Em suma, é o êxito irrefreado da sociedade industrial que acaba sendo o motor de sua própria superação pela sociedade do risco. E essa transição de um modelo de sociedade para outro ocorre praticamente à revelia do indivíduo, como bem explica Marta Rodriguez de Assis Machado:

A reflexividade refere-se à transição autônoma, indesejada e despercebida do modelo da sociedade industrial para o da sociedade do risco. Sendo assim, pode-se dizer que o principal aspecto desse mecanismo de transição é exatamente sua irreflexão e sua não intencionalidade – aliás, para Beck, é exatamente a abstração dos fenômenos causais que conduz à sociedade do risco.⁴

Ao mesmo tempo em que essa “destruição criativa” da sociedade industrial é espontânea, ela também se mostra radical em seu dinamismo inerente, atingindo não só

¹ Cf. “A reinvenção da política”. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. 2ª reimpr. São Paulo: Editora UNESP, 1997, p. 12.

² Para Beck, “o que se enfatiza é que o dinamismo industrial, extremamente veloz, está se transformando em uma nova sociedade sem a explosão primeira de uma revolução, sobrepondo-se a discussões e decisões políticas de parlamentos e governos” (Op. cit., p. 13)

³ Ainda segundo Beck, “a ideia de que a transição de uma época social para outra poderia ocorrer não intencionalmente e sem influência política, extrapolando todos os fóruns das decisões políticas, as linhas de conflito e as controvérsias partidárias, contradiz o autoentendimento democrático desta sociedade, da mesma forma que contradiz as convicções fundamentais de sua sociologia” (Op. cit., p. 13).

⁴ In: *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005, p. 31.

as formas do progresso tecno-econômico, mas também – e principalmente – as relações sociais.

Classes, ocupações, relações de gênero, estruturas familiares e outras tantas relações são igualmente submetidas a um progresso autodestrutivo, no qual uma modernidade dá lugar à outra como decorrência de seu próprio êxito.

Não se pode deixar de dizer, no entanto, que tal modernização traz seqüelas mais ou menos amargas, para as quais as ciências humanas radicadas no paradigma iluminista falham em encontrar respostas por uma razão simples, segundo Anthony Giddens⁵: os pensadores e cientistas cujas contribuições foram determinantes para construir o *corpus* de conhecimento de tradição iluminista não previram – e, acrescentamos, não tinham como prever – os múltiplos desdobramentos do desenvolvimento técnico e cultural.

Uma das principais sequelas da modernização reflexiva é, certamente, o contínuo surgimento de riscos derivados não só da crescente complexidade tecnológica, mas, principalmente, da interdependência muitas vezes invisível que se estabelece entre um sem-número de indivíduos em decorrência dessa complexidade.

Muitas decisões tomadas no manejo dos avanços técnicos são capazes de desencadear eventos imprevistos e, com isso, gerar inúmeras ameaças à integridade física e ao patrimônio de terceiros, com graus diversos de abrangência e lesividade.

Embora a transição se dê irrefletidamente num primeiro momento, com o tempo a sociedade se dá conta desses novos riscos inerentes à sua atual configuração e passa a se posicionar em relação aos mesmos⁶. À reflexividade da passagem de um modelo ao outro segue a reflexão sobre os caracteres do novo modelo, ainda segundo Marta Rodriguez de Assis Machado:

É em um segundo estágio que essa constelação de fatores é percebida e torna-se objeto de consideração pública, política e científica. Esse mecanismo tem sua origem no momento em que a sociedade industrial, alarmada com os efeitos colaterais do processo produtivo, revê seus próprios princípios de segurança e cálculo. De outro lado, se isso é entendido e experienciado, então toda a sociedade é posta em movimento. O que anteriormente parecia funcional e racional agora aparece como uma ameaça à vida e, portanto, produz e legitima disfuncionalidade e irracionalidade. Com isso, as instituições abrem-se para o questionamento político de seus fundamentos⁷.

⁵ Cf. “Risco, confiança, reflexividade”. In: GIDDENS, BECK e LASH, *Modernização reflexiva*, p. 219.

⁶ Esse posicionamento da sociedade em relação aos riscos decorrentes das transformações sociais, vale frisar, sofre inequívoca influência dos meios de comunicação. Essa influência se faz particularmente presente em sociedades periféricas como a brasileira, inseridas no contexto do chamado “capitalismo tardio”, as quais, segundo Nilo Batista, apresentam uma especial vinculação entre os órgãos de mídia e o sistema penal na qual aqueles extrapolam suas funções informativas e se convertem em autêntica instância de legitimação deste último, inclusive de seus excessos (“Mídia e sistema penal no capitalismo tardio”. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13245-13246-1-PB.pdf>>. Acesso em 05.08.2011). É lícito afirmar, à luz do contexto apresentado por Batista, que nessas sociedades a percepção do risco nem sempre terá uma relação proporcional com a lesividade do mesmo, uma vez considerados os influxos da mídia no sentido da potencialização de temores sociais.

⁷ In: *Sociedade do risco e Direito Penal*, p. 31.

No plano do Direito, com a reflexão sobre esses novos riscos – que não se limitam a incidir sobre o que a dogmática jurídica chama de “bens jurídicos individuais”, mas também afetam bens e valores de natureza coletiva – surgem, assim, demandas por uma nova tutela jurídica aplicável a situações que muitas vezes são inteiramente novas para o Direito tradicional.

E tal ocorre, como se verá a seguir, no âmbito de uma instituição tradicional da sociedade industrial que sofre transformações radicais no contexto da sociedade de risco: a empresa.

2. A EMPRESA COMO FONTE DE RISCOS

Parece-nos lícito afirmar que uma das pedras fundamentais da sociedade industrial é a organização empresarial. Embora seja possível identificar na História instituições com características análogas às da empresa moderna, esta é fruto de uma longa evolução que remonta aos tempos da primeira Revolução Industrial.

As inovações técnicas advindas com as sucessivas fases da Revolução Industrial tornaram obsoletos os processos tradicionais de produção artesanal-manufatureira de bens utilizados pelo homem. O que se viu na Inglaterra, berço da industrialização no século XVIII, e posteriormente em outras nações europeias não foi apenas um aumento quantitativo nas estruturas produtivas, mas principalmente um salto qualitativo nos modos de produção e nos bens deles resultantes – sendo essa inovação qualitativa, com diferentes graus de intensidade, uma realidade na sociedade ocidental a partir de então.

Mas a Revolução Industrial não repercutiu somente no plano econômico. Ela repercutiu de modo transformador na sociedade europeia também nas esferas social e cultural, embora muitas vezes esses reflexos tenham passado despercebidos pelos observadores em cada época em prol do “elogio do progresso”⁸.

Com as novas tecnologias de produção de bens as relações entre o trabalho e os meios de produção se alteraram de modo radical, com o estabelecimento de uma dicotomia entre detentores do capital e detentores de força de trabalho. Surge a chamada “divisão social do trabalho”, na qual cada trabalhador se especializa numa pequena parte do processo produtivo para otimizar seu desempenho. E o *locus* no qual se desenvolve

⁸ A respeito da Revolução Industrial, afirma Eric Hobsbawm: “First, the Industrial Revolution is not merely an acceleration of economic growth, but an acceleration of growth because of, and through, economic and social transformation. The early observers, who concentrated their attention on the qualitatively new ways of producing – the machines, the factory system and the rest – had the right instinct, though they sometimes followed it too uncritically. (...) In the late eighteenth century this economic and social transformation took place in and through a capitalist economy. As we know from the twentieth

essa divisão social do trabalho voltada a maximizar o potencial produtivo do capital é a empresa.

Na concepção de Giuseppe Ferri, citada por Rubens Requião, a empresa pode ser definida da seguinte forma:

[...] um organismo econômico, isto é, se assenta sobre uma organização fundada em princípios técnicos e leis econômicas. Objetivamente considerada, apresenta-se como uma combinação de elementos pessoais e reais, colocados em função de um resultado econômico, e realizada em vista de um intento especulativo de uma pessoa, que se chama empresário.⁹

Mas mesmo a empresa enquanto entidade orgânica passou por grandes alterações e se sofisticou estruturalmente desde os primórdios da industrialização.

Na economia moderna a empresa está longe de ser sinônimo de indústria, assumindo posição fulcral no contexto econômico atual a prestação de serviços e as atividades financeiras. O gigantismo de muitas empresas, as quais desenvolvem atividades em dezenas de países e se relacionam com uma miríade de interesses econômicos, políticos e sociais, é outra característica própria dos tempos atuais. O princípio da descentralização, característico da organização da empresa moderna, e as transformações dos quadros de poder e de decisão nas instâncias superiores da hierarquia empresarial fazem com que a tomada de decisões se torne cada vez mais fragmentária e difusa.

Somando-se esses fatores, entre outros, chega-se a um cenário no qual se multiplicam as possibilidades de decisões lesivas não só aos interesses da própria empresa mas também – e aqui reside nossa atenção – a bens jurídicos individuais e supraindividuais, com reflexos nocivos para grandes grupos de pessoas.

3. A RESPONSABILIDADE PENAL PELOS RISCOS DA EMPRESA

Pode-se dizer, neste estágio do estudo, que a sociedade atual se caracteriza, entre outras coisas, pela configuração dos riscos advindos desse processo de desenvolvimento acelerado, sejam eles de natureza humana ou não, como fator estrutural a repercutir nos seus mais diferentes níveis, dando margem a novas situações com as quais o Direito – e especialmente o Direito Penal, devido ao aparecimento de novos bens jurídico-penais e à modificação na relevância dos já existentes – tem que lidar.

century, this is not the only form industrial revolution can take, through it was the earliest and probably, In the eighteenth century, the only practicable one". In: *Industry and empire*. ed. rev. Londres: Penguin Books, 1999, p. 12.

⁹ In: *Curso de Direito Comercial*. Vol. I, 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 50.

Assim, é de se perguntar se o *gutes, altes liberales Strafrecht* de raiz iluminista tem condições de lidar adequadamente com a nova configuração social de modo racional e eficaz. Em especial ao lidar com a nova realidade da atividade empresarial enquanto geradora de riscos.

No dizer de José Francisco de Faria Costa,

É evidente que a sociedade pós-industrial consagrou definitivamente uma realidade social: a empresa. Por razões que, brevitatis causa, se dão, aqui, por explicadas, o desenvolvimento técnico e tecnológico, ligado à prevalência de uma *ratio calculatrix* levou a que o homem passasse a agir, dentro da sociedade civil, quase que de uma forma exasperada, através da 'personagem' que a empresa – legalmente constituída ou não, pouco monta, neste particular para o caso – representa. Em termos de linguagem jurídica, comunicacionalmente relevante, a empresa, tal como o homem concreto, passou a ser uma entidade que o campo discursivo considerou susceptível de gerar comunicação; considerou susceptível de produzir uma narrativa jurídica, designadamente jurídico-penal. Ora, a aceitação destes pressupostos leva também a que não possamos deixar de considerar que a empresa passou a ser, nesta óptica, um centro gerador de normatividade.¹⁰

Assim, a empresa deixa de ser apenas marginalmente relacionada ao Direito Penal – o que ocorre com as manifestações de criminalidade econômica “tradicional”, as quais ora se voltam contra a empresa por iniciativa de seus integrantes ou de terceiros, ora se valem da empresa como instrumento para a consumação de crimes – para assumir posição central como organismo irradiador de delitos.

Ainda segundo José Francisco de Faria Costa,

Nesta óptica, poderá dizer-se que a empresa foi 'descoberta' pelo direito penal e pela criminologia como um centro susceptível de gerar ou de favorecer a prática de factos penalmente ilícitos. A empresa passou a ser um centro, em redor do qual se podem conceber diferenciadas actividades ilícitas

[...]

A nossa preocupação centra-se, deste jeito, na criminalidade que encontra na empresa um possível centro de imputação penal. Ela não é só o lugar 'onde' ou 'por onde' a criminalidade econômica se pode desencadear, ela é fundamentalmente o *topos* 'de onde' a criminalidade econômica pode advir.¹¹

O desafio que se coloca no contexto da sociedade de risco, uma vez reconhecido o papel da empresa no sistema penal, é saber em que termos esse sistema penal deverá lidar com a criminalidade dela advinda.

Há quem defenda a atribuição pura e simples de responsabilidade penal à empresa, como se esta fosse um indivíduo autónomo, dotado de vontade própria e dissociado daqueles que a compõem em diferentes graus de divisão do trabalho.

Posição essa bastante combatida, uma vez que se argumenta – e com boa dose de razão, diga-se – que diante de mecanismos sancionadores mais eficazes voltados às

¹⁰ Cf. “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)”. In: PODVAL, Roberto (org.), *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2001, p. 160-161.

¹¹ Op. cit., p. 164-165.

peças jurídicas (especialmente na esfera do Direito Administrativo) para essa responsabilidade penal se tornar efetiva seria necessário renunciar a princípios basilares do Direito Penal, historicamente construídos tendo em vista a responsabilidade das pessoas físicas, num retrocesso que fatalmente repercutiria prejudicialmente em relação a estas.

Cogita-se, também, de estabelecer no Direito Penal Econômico a chamada “responsabilidade pelo fato de outrem”, consistente na imputação do ilícito a quem agir voluntariamente na condição de integrante ou representante de uma pessoa jurídica, mesmo que certos elementos típicos de caráter pessoal se verifiquem somente em relação à pessoa jurídica ou que o agente cometa o delito para eventualmente satisfazer interesse pessoal¹².

Posição essa que também não se sustentaria na atual conformação da dogmática jurídico-penal, pois criaria verdadeira modalidade de responsabilidade penal objetiva ao exigir, para a imputação, o simples agir voluntário.

Em feliz síntese, temos a crítica de Hugo de Brito Machado a ambos os posicionamentos:

[...] podemos concluir que a responsabilidade penal no âmbito da empresa deve ser atribuída apenas às pessoas naturais, e deve ter fundamento na culpabilidade. Admitir-se a responsabilidade objetiva é retroceder aos tempos primitivos, quando predominava a ideia do predeterminismo, não se reconhecendo ter o ser humano nem a capacidade de discernir entre o bem e o mal, nem a vontade livre para se autodeterminar. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica, outrossim, ainda que se pudesse admitir possível do ponto de vista da dogmática jurídica, é absolutamente inútil, na medida em que se pode dispor das penas administrativas. Como as penas criminais aplicáveis às pessoas jurídicas na verdade apenas afetam o patrimônio, não faz sentido utiliza-las, arrostando as dificuldades processuais respectivas, quando muito mais facilmente podem ser aplicadas sanções civis, ou administrativas, de idênticos resultados.¹³

Ao se rejeitar tais propostas de flexibilização dos princípios do Direito Penal, necessário se faz buscar uma alternativa dogmaticamente sustentável para a responsabilização penal pelos danos e riscos causados pela empresa. Essa alternativa, a nosso ver, reside na responsabilidade penal por omissão imprópria.

4. NOVOS GARANTES PARA NOVOS RISCOS? O DEVER DE GARANTIA NO ÂMBITO DA EMPRESA

Uma vez que na sociedade de risco a própria empresa acabaria por se tornar uma fonte de riscos, sendo muitas vezes infrutífero o esforço de imputar por comissão um resultado

¹² Nesse sentido, a sugestão legislativa de ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Dos crimes contra a ordem econômica. São Paulo: RT, 1995, p. 185.

¹³ Cf. “Responsabilidade penal no âmbito das empresas”. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (coord.), Direito Penal Empresarial. São Paulo: Dialética, 2001, p. 135.

lesivo oriundo da atividade empresarial, o que restaria ao Direito Penal é saber, diante desse quadro, a quem incumbiria a vigilância dessa fonte de riscos e, com isso, se seria possível falar em omissão dos eventuais responsáveis por essa vigilância.

Desta forma, é preciso saber em que bases se pode construir dogmaticamente essa posição de garantidor de determinados indivíduos em relação à empresa, pela qual o omitente é considerado causador do resultado.

Em relação às fontes do dever de garantia há duas teorias que se mostram centrais para a compreensão do tema: a teoria formal, ou das fontes formais; e a teoria funcional, ou das fontes materiais.

Pela teoria formal, a qual remonta a Feuerbach e Lüden, somente é penalmente responsável pela garantia de um determinado bem ou interesse aquele que assume tal obrigação por pelo menos uma dentre três fontes de dever: a lei, o contrato e o agir precedente.

Por lei, entenda-se não somente a lei penal – a qual, evidentemente, pode se mostrar geradora de deveres oponíveis ao indivíduo, tal como ocorre nos crimes omissivos próprios – mas sim a lei em sentido amplo, abrangendo uma vasta gama de obrigações geradas pelos mais diversos subsistemas jurídicos: o Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito Tributário etc.

Também se entende como lei, para fins de origem do dever de garantia, o decreto com força de lei, a ordem hierárquica ou mesmo a sentença judicial. O importante, segundo Alcides Munhoz Netto, é que haja um vínculo de natureza jurídica entre o garantidor e o objeto da garantia¹⁴.

Assim, a título de ilustração, a legislação civil pertinente às relações familiares estabelece uma série de deveres de cuidado entre os integrantes de uma família: os pais têm o dever de zelar pela integridade física dos filhos até uma certa idade, para ficarmos num exemplo clássico. Caso sejam confrontados com uma situação concreta de lesão ou de ameaça de lesão a essa integridade física de seus filhos e, por qualquer motivo, se abstenham de protegê-los poderão ser responsabilizados penalmente por sua omissão.

Já a ideia de contrato diz respeito, pelo menos num primeiro momento, à vinculação de vontades própria do Direito Civil, concepção essa que evoluiu para a ideia de assunção fática de responsabilidade, a qual pode ou não se materializar num instrumento contratual formal.

¹⁴ Cf. “Os crimes omissivos no Brasil”. In: Revista de Direito Penal e Criminologia. Vol. 33, Rio, Forense, 1982, p. 22.

Assim, aquele que assume de modo expresso uma obrigação de impedir um determinado resultado tido como lesivo deverá responder penalmente caso não faça nada, em sendo possível fazê-lo, para evitar esse resultado.

A literatura jurídico-penal é pródiga em exemplos de indivíduos que, contratualmente ou por outras formas de vinculação da vontade, se tornam responsáveis pela tutela de bens jurídicos: a babá que cuida de crianças pequenas, o salva-vidas que vigia uma piscina, o guia de montanhismo que lidera uma excursão, etc.

Por fim, segundo a teoria formal o dever de garantia pode surgir em decorrência do agir precedente de um indivíduo. Ou seja, aquele que age de determinada maneira que venha a ameaçar um bem ou interesse deve evitar que os desdobramentos de sua ação que se mostrem lesivos. É a chamada “obrigação de ingerência”, no dizer de Alcides Munhoz Netto: quem cria o perigo deve cuidar para que este não se materialize em dano¹⁵.

No Direito brasileiro a teoria formal influenciou decisivamente a configuração legal da omissão imprópria após a Reforma Penal de 1984, a qual inovou ao incluir na nova Parte Geral do Código Penal (art. 13, § 2º) dispositivo expresso acerca das fontes do dever de garantia¹⁶, a saber:

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

(..)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A teoria formal, entretanto, se encontra em franco declínio na dogmática jurídico-penal europeia¹⁷, uma vez que não se mostrou capaz de responder satisfatoriamente a diversas situações reais – ora restringindo excessivamente a tutela penal, ora alargando-a em demasia.

Uma síntese dessa crítica nos é oferecida por Marta Felino Rodrigues:

Este critério puramente lógico-formal, apesar do mérito de intentar uma restrição do âmbito da omissão material ao eliminar possíveis referências a deveres morais, religiosos, humanitários ou a deveres jurídicos gerais de actuar, é débil. Pois bem, consegue ser nalguns casos demasiado estrito e noutros demasiado lato. Dir-se-á que adoptando esta orientação não haverá o dever de agir nalgumas situações de impreterível incriminação e, simultaneamente, acentuar-se-á noutras circunstâncias a

¹⁵ Op. cit., p. 24.

¹⁶ Quanto à natureza do art. 13, §2º, do Código Penal, Miguel Reale Junior afirma se tratar de elemento tipificante do crime comissivo por omissão, passível de agregação a todos os tipos penais comissivos. In: Instituições de Direito Penal – parte geral. 3.ed. Rio: Forense, 2009, p. 259.

¹⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal: parte geral. Tomo I, 1.ed. brasileira. São Paulo, RT, 2007, p. 935-936.

potencial capacidade do instituto das omissões impróprias para alargar a já aludida tutela penal.¹⁸

Apontando casos reais para os quais a teoria formal não apresentou solução satisfatória, afirma Enrique Bacigalupo:

*A teoria formal das fontes do dever não restou convincente, pois se mostrava demasiadamente estrita. Por exemplo: se pó um lado permitia explicar os deveres de proteção que existiam no núcleo familiar mais estreito entre pais e filhos, chocava-se com o sentimento de justiça quando se comprovava que, por exemplo, o sobrinho órfão, criado por sua tia, e que havia crescido na casa desta, não teria para com ela, por força da lei, os deveres que lhe incumbiam com relação a seus pais. Nesse sentido, torna-se paradigmática a decisão do OGH (Tribunal Supremo austríaco) de 1934 na qual se rejeitou a condenação por homicídio do noivo que não impediu o suicídio de sua noiva, pois um dever semelhante entre noivos não surge da lei ou contrato. O OGH retificou esse ponto de vista em 1960. O mesmo ocorria com relação ao negócio jurídico (especialmente o contrato): a nulidade deste eliminava a fonte do dever de agir. Ademais, tampouco ficava claro se o fundamento legal da ingerência era exigido por meio de uma disposição legal expressa, pois, na verdade, ele não aparecia na lei positiva, e somente podia ser deduzido pelo princípio geral *neminem laedere*.¹⁹*

Em que pesem os esforços de autores como Maurach, Mezger e Welzel para realizar “correções” na teoria formal²⁰, é a teoria funcional das fontes do dever de agir que vem encontrando mais e mais adeptos na literatura jurídico-penal europeia contemporânea.

Pela teoria funcional, que remonta ao pensamento de Armin Kaufmann, assume primordial importância na determinação de um dever de agir a existência de uma especial relação entre o indivíduo garantidor e o bem jurídico a ser garantido. Ainda segundo Marta Felino Rodrigues,

Assim, a doutrina moderna dualiza a posição de garante em ‘deveres especiais de protecção para com determinados bens jurídicos’ e ‘responsabilidade por determinadas fontes de perigo’ ou em ‘deveres que consistem numa função de protecção de um bem jurídico concreto (deveres de assistência)’ e ‘deveres de vigilância de uma fonte de perigo (deveres de segurança ou de controlo)’²¹.

Essa relação material entre o garantidor e o objeto de garantia necessita de uma expressão jurídica (qual seja, previsão legal) para fins de certeza e segurança jurídica. Mas aqui não mais se busca no Direito o fundamento primário da equiparação entre o garantidor omitente e o autor por comissão, como fazia a teoria formal. Trata-se de traduzir, em termos legais, o sentido social da função exercida pelo omitente em relação ao bem jurídico²².

O chamado “dever de assistência” comporta uma divisão analítica em três subgrupos:

- a) deveres de solidariedade natural para com o titular do bem jurídico, com

¹⁸ In: A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs. Coimbra, Almedina, 2000, p. 55.

¹⁹ In: Direito Penal – Parte Geral. Trad. André Estefam. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 495.

²⁰ Cf. RODRIGUES, Marta Felino. A teoria penal da omissão, p. 57-59.

²¹ Op. cit., p. 60.

²² Cf. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal brasileiro. Vol. 1, 10.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 313-314.

lastro num vínculo de natureza jurídica. Incluem-se aqui, por exemplo, as relações familiares, desta vez com maior amplitude: reconhecem-se deveres entre cônjuges, irmãos, noivos, tios e sobrinhos, avós e netos, etc.;

- b) deveres advindos de uma estreita relação de comunidade. Aqui entram as chamadas “comunidades de riscos”, tais como as que surgem pela prática de esportes coletivos potencialmente perigosos (ex.: alpinismo), bem como as relações análogas às dos cônjuges (ex.: união estável) e as relações entre uma determinada comunidade e terceiros que estejam sob seus cuidados (ex.: o acolhimento temporário, por uma família, de uma pessoa carente de cuidados);
- c) deveres oriundos da assunção voluntária de uma situação de custódia. Enquadram-se nesta condição os profissionais que, por um imperativo de seu mister, assumem determinadas responsabilidades em relação a terceiros (médicos, guias de montanhismo, pilotos, guarda-costas etc.).

Já o “dever de vigilância” comporta divisão analítica semelhante, a saber:

- a) a ingerência condicionada à ocorrência de um comportamento antijurídico precedente que acarrete um perigo adequado à realização de uma lesão, com a violação de uma norma que tutele determinado bem jurídico;
- b) o controle de fontes de perigo por seus proprietários (especialmente animais, maquinários, substâncias tóxicas, explosivas ou inflamáveis etc.);
- c) a vigilância em relação à atuação potencialmente perigosa de terceiros que lhe estão subordinados por vínculos de hierarquia ou de sujeição.

Também a teoria funcional é submetida a críticas, especialmente por possíveis confusões entre os dois grandes grupos de deveres. Argumenta-se que vigiar uma fonte de perigo seria o mesmo que proteger um bem jurídico, e vice-versa, o que faria com que a bipartição perdesse qualquer sentido prático.

Não obstante, há em amplos setores da doutrina contemporânea a convicção de que a teoria funcional tem se mostrado mais capaz de fornecer uma resposta jurídico-penal convincente a uma gama de situações para as quais a teoria formal nada oferecia.

Expostas as teorias referentes às fontes do dever de agir, é o caso de se analisar em qual delas se poderia construir uma posição de garantidor relacionada aos riscos da empresa.

Parece-nos que a teoria funcional se mostra mais adequada para tanto. Com efeito, uma vez estabelecido que o organismo-empresa assume, na moderna sociedade do risco, um papel de centro irradiador de ameaças tanto a bens jurídicos individuais (vida, integridade física, patrimônio etc.) quanto a bens supraindividuais (meio ambiente, ordem econômica, saúde pública, mercado de consumo etc.), é lícito imaginar que as responsabilidades individuais dos indivíduos que compõem a empresa e que tomam decisões que, em acumulação, acarretam tais ameaças convergem para os centros

decisórios nos quais culmina a hierarquia empresarial. Surgiria, então, um dever de vigilância dos órgãos de direção diante da empresa como um todo.

Não se cuida, aqui, de atribuir responsabilidade penal pelo fato de outrem – o que já foi devidamente abordado e criticado anteriormente – mas sim de reconhecer que a atividade da empresa pode se mostrar de tal forma disfuncional que apenas às últimas instâncias decisórias incumbiria coibir que essa disfunção se materialize em lesão.

E uma vez constatado que os integrantes do topo da hierarquia na empresa, confrontados com a situação lesiva ou perigosa, nada fizeram para coibi-la mesmo podendo fazê-lo – por meio de uma decisão que obstasse, por exemplo, a comercialização de determinado produto que, em prévia análise interna, se mostrou impróprio para o fim a que se destinava – é de se reconhecer sua responsabilidade individual por conta de sua própria omissão, sem prejuízo de possível responsabilização de terceiros que lhe sejam subordinados.

Tampouco se trata de responsabilidade penal objetiva, uma vez que mesmo na omissão imprópria a imputação de um delito fica condicionada, no plano subjetivo, à estrita observância do princípio da culpabilidade. O omitente deve agir com dolo ou culpa, respeitadas as peculiaridades de tais elementos subjetivos no que tange ao crime omissivo impróprio²³.

No exemplo dado, enquanto os administradores responderiam por sua omissão diante dos riscos da comercialização o funcionário encarregado do desenvolvimento do produto poderia ser eventualmente responsabilizado de forma autônoma.

Vale frisar que em empresas com estruturas societárias mais simples não surge com tanta intensidade o problema da responsabilização por omissão em relação aos dirigentes. É nas grandes corporações, com hierarquias complexas e múltiplas instâncias decisórias que a questão assume crucial importância, uma vez que muitas vezes a norma penal aparentemente incide somente em relação aos escalões inferiores da cadeia produtiva.

Nesse sentido, a advertência de Bernd Schünemann:

Este cambio de la responsabilidad jurídico penal hacia las bajas instancias de la jerarquia de la empresa, resultante de la técnica legal de descripción del supuesto de hecho típico, puede tener consecuencias fatales para el efecto preventivo de las normas de Derecho penal y de Derecho administrativo sancionador, porque muy a menudo el órgano inmediato de ejecución se da cuenta solo insuficientemente de las consecuencias de su próprio modo de actuación, a causa de la división del trabajo y de la canalización de información de la empresa; porque dicho órgano solo tiene una pequeña fuerza de

²³ Para uma exposição mais detalhada, ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A moderna teoria do fato punível. 1.ed., Rio: Freitas Bastos, 2000, p. 143.

resistência frente a uma *actitud criminal de grupo* – es decir, frente a usuales prácticas irregulares de la empresa – a consecuencia de su vinculación al establecimiento, a consecuencia de la notoriamente alta disposición a la obediencia del hombre em el sistema jerárquico, y a causa de la evidente técnica de neutralización “pero si yo solo actúo de modo altruísta em interés de la casa”: y finalmente porque los miembros inferiores de la organización de la empresa son fungibles em um alto grado, de modo que la dicrección de comportamientos a través de normas penales sólo puede conseguir una efectividade limitada.²⁴

No caso brasileiro, entretanto, é de se observar que o art. 13, § 2º, do Código Penal impõe dificuldades ao reconhecimento dessa posição de garantidor, uma vez que o rol fechado de hipóteses de dever de agir, herança da teoria formal, não se mostra capaz de impor responsabilidade pela omissão aos integrantes dos órgãos de gestão empresarial.

Dessa forma, é de se cogitar *de lege ferenda* o estabelecimento, na legislação penal extravagante, de um dever de vigilância dos integrantes de órgãos de direção e administração quanto às atividades da empresa em relação a bens jurídicos especialmente suscetíveis de lesão ou risco por conta de tais atividades. Parece-nos que esse dever de vigilância, estipulado em lei especial, seria o bastante para satisfazer a exigência do art. 13, § 2º, (a) do Código Penal sem implicar em quebra do modelo formal adotado pelo legislador de 1984.

5. CONCLUSÕES

Diante de tudo o quanto foi exposto no presente trabalho, em apertada síntese, é possível concluir o seguinte:

- a) o “sucesso” incontido da sociedade industrial acaba por ser a causa de sua transformação numa sociedade de risco, na qual os riscos advindos desse processo de desenvolvimento acelerado, sejam eles de natureza humana ou não, se apresentam como fator estrutural da própria sociedade;
- b) a concepção moderna de empresa, que floresceu no contexto das diversas fases da Revolução Industrial, se altera de modo significativo por conta desse “sucesso”, deixando a empresa de ser apenas um centro gerador de riqueza para ser um centro gerador de riscos a bens e interesses diversos;
- c) uma vez estabelecidas as atuais configurações da sociedade e da empresa, surge para o Direito, em especial para o Direito Penal, o desafio de oferecer mecanismos satisfatórios para se lidar com esses novos riscos;
- d) na sociedade de risco a empresa deixa de ser apenas marginalmente relacionada ao Direito Penal para assumir posição central como organismo irradiador de delitos, sendo objeto de propostas de tutela penal que se mostrar conflitantes com os princípios informadores do Direito Penal;
- e) uma alternativa viável de tutela penal consiste na atribuição de um dever

²⁴ In: Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2004, p. 25-26.

de agir aos responsáveis pela direção da empresa diante de danos e riscos que dela emanem, nos termos da teoria funcional, respondendo penalmente pela omissão na medida de sua culpabilidade;

- f) no atual estado do Direito Penal brasileiro, se mostra desejável *de lege ferenda* a previsão expressa do dever de vigilância dos responsáveis pela direção da empresa na legislação penal pertinente aos bens jurídicos mais suscetíveis de lesão ou de ameaça pela atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Estudos e Pareceres de Direito Penal**. São Paulo: RT, 1982.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: RT, 1995.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio: Renovar, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. 2.ed. Bogotá: Temis, 1983.
- _____. **Direito Penal – Parte Geral**. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13245-13246-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2011.
- BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. Trad. Mark Ritter. Londres: Sage, 2003.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A moderna teoria do fato punível**. 1.ed. Rio: Freitas Bastos, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.
- _____. **Direito Penal – Parte Geral**. Tomo 1. 1.ed. brasileira. São Paulo: RT, 2007.
- _____. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, 2001.
- FARIA COSTA, José Francisco de. “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal). In: PODVAL, Roberto (Org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2001.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – a Nova Parte Geral**. 7.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. Crimes omissivos no Direito brasileiro. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, 1982.
- GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. 2.reimpr. São Paulo: Editora UNESP, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. El delito de omisión impropia. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madri, n. 4, jul. 1999.
- _____. Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madri, n. 40, fasc. 3, 1987.
- GIORGI, Raffaele de. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Antonio Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- HOBSBAWM, Eric. **Industry and empire**. Ed. rev. Londres: Penguin Books, 1999.
- JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho Penal**. Trad. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas, 1997.
- _____. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: RT, 2003.

- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita (Coord.). **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCrim, 2005.
- MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Ensayo sobre el Derecho Penal como ciencia – acerca de su construcción**. Madri: Dykinson, 1999.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, 1982.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Luiz Regis Prado e Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. **Fundamentos de los delitos de omisión**. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- PASCHOAL, Janaína Conceição. **Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2011.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 1973.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. v. 1, 10.ed. São Paulo: RT, 2011.
- PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 1.ed. São Paulo: RT, 1999.
- _____. **Instituições de Direito Penal – parte geral**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. V. I, 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RODRIGUES, Marta Felino. **A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs**. Coimbra: Almedina, 2002.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Penã *et alii*. Madri: Civitas, 1997.
- _____. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. Luis Greco. Rio: Forense, 2001.
- _____. Do limite entre comissão e omissão. In: **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula Natschederatz. 3.ed. Lisboa: Vega, 1998.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Trad. Jesús-Maria Silva Sanchez. Madri: Tecnos, 1991.
- _____. **Delincuencia empresarial: cuestiones dogmaticas y de política criminal**. Buenos Aires: Fabian De Plácido, 2004.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 1.ed., trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supraindividual**. São Paulo: RT, 2003.
- _____. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: RT, 2006.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio: Instituto Latino Americano de Cooperação Penal, 1996.
- _____. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: RT, 1980.
- VALLEJO, Manuel Jaén. **Cuestiones Acutales del Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: AD-HOC, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Panorama atual da problemática da omissão. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, 1982.

Leonardo Henriques da Silva

Professor da Rede de Ensino LFG. Mestrando em Direito Penal pela USP. Especialista em Direito Penal e em Direito Público pela ESMP/SP. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra.