

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

THIAGO COSTA DOS SANTOS

**RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA CADEIA DE FORNECEDORES**  
**A IMPUTAÇÃO DE AÇÕES NEUTRAS NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS**

BRASÍLIA, DF

2022

THIAGO COSTA DOS SANTOS

**RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA CADEIA DE FORNECEDORES  
A IMPUTAÇÃO DE AÇÕES NEUTRAS NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS**

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Nefi Cordeiro, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do IDP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA, DF

2022

Código de catalogação na publicação – CIP

S237r Santos, Thiago Costa dos

Responsabilização penal pela cadeia de fornecedores: a imputação de ações neutras nas relações empresariais . - Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, 2023.

114 f.

Dissertação - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, 2023.

Orientador: prof. Dr. Nefi Cordeiro

1.Imputação objetiva. 2. Ações neutras. 3. Deveres fiduciários. I.Título.

CDD 341.5

THIAGO COSTA DOS SANTOS

**RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA CADEIA DE FORNECEDORES  
A IMPUTAÇÃO DE AÇÕES NEUTRAS NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS**

Dissertação desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Nefi Cordeiro, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do IDP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília, 8 de dezembro de 2022.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Nefi Cordeiro

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

**Orientador/Presidente**

---

Prof. Dr. André Luis Callegari

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

**Avaliador**

---

Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo

**Avaliador**

## AGRADECIMENTOS

Ao meu Senhor e Salvador, Jesus Cristo, o qual, por meio de sua Graça, concedeu-me a vida.

À minha amada esposa, Gabriella Mirelle, por todo seu amor, dedicação e, acima de tudo, compreensão, sem a qual esta jornada seria não apenas mais difícil, mas impossível de ser concluída.

À minha amada mãe, Ana Márcia, mulher guerreira e destemida que, como um sacerdote, abdicou-se de tudo o que era seu para dar aos seus filhos as oportunidades que nunca teve.

Ao meu amado pai, Hamilton, homem íntegro e protetor, o qual nunca esteve ausente dos seus filhos e sempre lutou para que fossem o que quisessem ser.

Ao meu amado irmão, Ricardo, que é o meu maior exemplo de humildade e caráter, pois quem me dera ser a metade do homem que ele é.

Ao meu querido tio Wilson Junior, pois, se não fosse a sua generosidade em prover os meus estudos, eu não teria sequer iniciado este percurso.

Ao professor Nefi Cordeiro, hoje um destacado colega advogado, mas para sempre lembrado pela sua notável atuação como Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o qual, mais que um orientador, sempre esteve presente e foi imprescindível para a conclusão desta pesquisa.

Ao professor Eduardo Saad-Diniz, que, além de um exímio profissional e acadêmico, é uma pessoa ímpar, a qual tive o imenso privilégio de conhecer e que foi um dos principais responsáveis pelo tema desta pesquisa.

Ao professor André Luís Callegari, o qual deu importante contribuição na qualificação desta pesquisa e abrilhantou o seu resultado.

*“O que trabalha com mão enganosa empobrece,  
mas a mão dos diligentes enriquece” (Provérbios  
10.2-4).*

## RESUMO

A modernidade trouxe consigo, além do desenvolvimento científico-tecnológico e suas benesses, o surgimento de vários novos riscos sociais. Diante disso, o presente trabalho trata da responsabilidade penal individual dos administradores de empresas na cadeia de fornecedores, a qual é verificada por meio da teoria da imputação objetiva. Tendo Claus Roxin como marco teórico, busca-se, por meio da mencionada teoria, compreender e identificar as ações neutras nas modernas – e complexas – redes empresariais. Para tanto, é feita uma análise dos critérios para determinar se o risco criado pela conduta é permitido ou não permitido. É, também, analisada a *business judgment rule* (a regra da autonomia da decisão empresarial), a qual afasta a possibilidade de revisão das decisões negociais pelo Estado. Uma vez que a alta administração observe seus deveres fiduciários, suas decisões terão autonomia e não poderão ser impugnadas. Utilizou-se o método dedutivo, a fim de avaliar a ocorrência de ações neutras especificamente na cadeia de fornecedores, bem como a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Por ser um tema consideravelmente mais desenvolvido em outros países, utilizou-se, também, do direito comparado, especialmente do direito alemão, espanhol e norte-americano. Por meio dos princípios da confiança e da idoneidade, bem como da autorresponsabilidade, foi possível concluir que os administradores podem responder criminalmente por crimes cometidos por terceiros na cadeia de fornecedores. Tal responsabilização penal pode advir de condutas comissivas ou omissivas impróprias, mediante autoria ou participação.

**Palavras-chave:** Imputação objetiva. Ações neutras. Deveres fiduciários. *Business judgment rule*.

## ABSTRACT

In addition to scientific and technological development and their benefits, modernity has seen the emergence of several new social risks. In light of this, the present work deals with the individual criminal liability of company managers in the supply chain, which is verified by means of the theory of objective imputation. Using Claus Roxin as a theoretical basis, this work seeks to understand and identify neutral actions (in Brazil, *ações neutras*) in modern and complex business networks. For this purpose, an analysis is conducted on the criteria for determining whether the risk created by the conduct is permissible. The business judgment rule, which rules out the possibility of review of the managers' decision by the Judiciary or by inspection agencies, is also examined. Once the senior management observes its fiduciary duties, the management's autonomous decisions can no longer be reviewed. A deductive method as well as bibliographic and jurisprudential research were used to investigate the neutral actions specific to the supply chain. As this subject is considerably more developed in other countries, comparative law was also employed, especially concerning German, Spanish, and North American law. By applying the principles of trust and integrity, as well as of self-responsibility, it was possible to conclude that managers may be criminally liable for crimes committed by third parties in the supply chain. Such criminal liability may arise from commission or omission, through authorship or participation.

**Keywords:** Objective imputation. Neutral actions. Fiduciary duties. Business judgment rule.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 TEORIA DAS AÇÕES NEUTRAS</b> .....	17
1.1 A função do direito penal .....	17
1.2 A expansão do direito penal .....	22
1.3 O conceito analítico de crime.....	25
1.4 A teoria da imputação objetiva.....	27
1.5 As ações neutras .....	35
<b>2 BUSINESS JUDGMENT RULES E OS DEVERES FIDUCIÁRIOS</b> .....	40
2.1 O risco inerente à atividade econômica.....	40
2.2 O conceito e a origem da <i>business judgment rule</i> .....	43
2.3 Os deveres fiduciários dos agentes.....	50
2.3.1 <i>O dever de diligência</i> .....	50
2.3.2 <i>Boa-fé, lealdade e conflito de interesse</i> .....	54
2.4 <i>Compliance e Due diligence</i> .....	56
<b>3 RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA CADEIA DE FORNECEDORES</b> .....	60
3.1 A responsabilização dos administradores .....	60
3.2 A imputação objetiva nos delitos empresariais .....	65
3.3 A tipicidade objetiva da inobservância dos deveres fiduciários .....	69
3.3.1 <i>A prática de conduta comissiva e omissiva</i> .....	70
3.3.2 <i>O concurso de agentes</i> .....	78
3.4 As Ferramentas para evitar a tipificação objetiva.....	92
3.5 A responsabilização penal pela cadeia de fornecedores .....	95
<b>4 SOLUÇÃO DE CASOS</b> .....	101
4.1 Caso 1 .....	101
4.2 Caso 2 .....	102
4.3 Caso 3 .....	104
<b>CONCLUSÃO</b> .....	106
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	109

## INTRODUÇÃO

Cédula de dinheiro, documento físico, assinatura manual, fax, ligação telefônica e, inclusive, reunião presencial. O que antes era essencial, agora tem se tornado obsoleto. O mundo está em constante evolução e no âmbito dos negócios não poderia ser diferente. A distância física deixou de ser um empecilho, seja pela praticidade dos aviões, seja pelo aprimoramento dos meios de comunicação instantânea. Novos mercados não param de surgir e com eles novas espécies de contratos e novas formas de atuação profissional.

O mundo está conectado. Não existe mais a dicotomia entre mundo real e mundo virtual. Existe o mundo globalizado. Junto com ele, todavia, existe a chamada “sociedade de risco”.<sup>1</sup> À medida que ocorre a evolução científico-tecnológica, novos riscos vão surgindo e sendo distribuídos na sociedade. Diante dessa nova realidade, nasce um problema a ser resolvido: como amenizar os riscos produzidos pela modernização sem impedir o seu desenvolvimento técnico-econômico?

A presente pesquisa irá adentrar nos efeitos criminais da produção de novos riscos. Uma vez identificada a importância do direito penal para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes, o legislador deve acompanhar as transformações sociais, a fim de que a lei não somente tenha eficácia, mas também legitimidade normativa. Trata-se de uma questão não apenas dogmática, mas de política criminal.

Ao notar a ausência de punição da classe alta da sociedade, Sutherland tornou popular a expressão “crimes de colarinho branco”, referindo-se àqueles criminosos que, apesar de criarem riscos sociais, não eram responsabilizados pelas lesões que causavam aos bens jurídicos.<sup>2</sup> O direito penal econômico tem, então, a missão de mitigar os riscos causados por aqueles que concentram a maior parte do capital político e econômico.

Nesse cenário, é possível perceber um fenômeno que vem ocorrendo na economia mundial: a transição do capitalismo de *shareholders* para o capitalismo de *stakeholders*. Isso

---

<sup>1</sup> De acordo com Ulrich Beck, “a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais e auto ameaça numa medida até então desconhecida” (BECK, Ulrich. **Sociedade de riscos: rumo a uma outra modernidade**. 2ª ed. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23).

<sup>2</sup> De acordo com Sutherland: “Duas condições são favoráveis à desorganização da nossa sociedade no controle do comportamento das empresas: em primeiro lugar, o fato de que o comportamento é complexo, técnico, e não é facilmente observável por cidadãos experientes; em segundo lugar, o fato de que a sociedade está mudando rapidamente em suas relações comerciais” (SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 374).

significa que, sob uma tendência mundial, as empresas têm deixado de visar tão somente os lucros de seus proprietários, sócios e acionistas (*shareholders*), pelo contrário, têm visado o benefício de todos os envolvidos e possíveis interessados nos propósitos da organização, tais como empregados, clientes, fornecedores, vizinhos, *etc.* (*shareholders*).<sup>3</sup> Dessa forma, o capitalismo deixaria de fomentar cada vez mais a desigualdade e seria um mecanismo para a transformação social e para a promoção da sustentabilidade.

Em 2015, a ONU apresentou a Agenda 2030, estabelecendo um plano de ação para os 15 anos seguintes. Para tanto, foram definidos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS. Dentre tais objetivos, tem-se a erradicação da pobreza; o trabalho decente e o crescimento econômico; a redução das desigualdades; as cidades e comunidades sustentáveis; o consumo e a produção responsáveis; e a indústria, inovação e infraestrutura.<sup>4</sup> Percebe-se, assim, a relevância internacional do assunto e a existência de iniciativas das nações em prol de transformações socioeconômicas.

Não é coincidência o aumento de legislações, regulamentos e órgãos fiscalizadores voltados para o setor econômico na última década. No Brasil, pode-se citar a Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), a Lei nº 12.683/12 (alterou a Lei nº 9.613/98 e criou a política de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo), a Lei nº 14.133/21 (Nova Lei Geral de Licitações), o Decreto nº 11.129/22, a Resolução 36/21 do COAF, a Resolução 21 da CVM, o Circular 3.978/20 do BACEN, e tantos outros exemplos.

Com o aumento dos riscos sociais, cabe ao Estado, por meio da política criminal, definir os limites da sua intervenção para a mitigação de tais riscos, bem como verificar se a restrição da liberdade se justifica em cada um dos possíveis casos. Ou seja, deve-se analisar o binômio formado entre a diminuição do risco e a liberdade dos indivíduos. É exatamente em razão de tal binômio que existirão tanto riscos proibidos quanto riscos permitidos.

Diante disso, importa responder à seguinte pergunta: o sistema jurídico brasileiro permite a responsabilização penal individual dos administradores de empresas por crimes praticados de forma imediata por terceiros na cadeia de fornecedores? Propõe-se, assim,

<sup>3</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 75.

<sup>4</sup> Também integram os ODS: fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem-estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água limpa e saneamento; energia limpa e acessível; ação contra a mudança global do clima; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes; e parcerias e meios de implementação (NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 06 dez. 2022).

analisar as relações empresariais sob a ótica criminal. Partir-se-á da hipótese de que a responsabilidade penal individual existirá sempre que as condutas (aparentemente neutras) forem praticadas a partir de conhecimentos específicos que demonstrem a existência de um risco não permitido, a depender do caso concreto.

Nesse sentido, caberá ao aplicador do direito, na análise do caso concreto, verificar a configuração ou não do injusto penal. E será nesse ponto que o presente trabalho se aprofundará. Isso porque, por meio da imputação objetiva, é preciso verificar a neutralidade – ou não – da ação. A questão central é que o injusto penal não será imputado somente a quem praticou o verbo do tipo penal. É possível que aquele que, de alguma forma, colaborou com a prática do crime, ainda que sua conduta não esteja expressamente prevista na norma, possa ser responsabilizado penalmente.

No presente cenário global, onde tem aumentado o número de infrações penais econômicas, importa saber o alcance da responsabilidade penal individual dos administradores de empresas. Tal conhecimento é ainda mais relevante quando, apesar de não praticarem o verbo do tipo, os empresários contribuem, seja por ação ou omissão, com a prática delitiva de terceiro. E, nesta pesquisa, concentrar-se-á nos casos cujos terceiros mantêm relação empresarial com o administrador e integram a sua cadeia de fornecedores.

Por possuírem deveres extrapenais impostos especialmente pelo Código Civil de 2002 e pela Lei 6.404/76 (Lei de Sociedades por Ações), os administradores possuem deveres fiduciários. A inobservância de tais deveres pode gerar responsabilização nas áreas civil e administrativa, por meio da *business judgment rule*. Resta saber, então, se tais deveres repercutem na seara criminal, especialmente para fins de cumplicidade na prática de delitos. O não cumprimento do dever de diligência, por exemplo, pode configurar um risco não permitido para fins de imputação objetiva do administrador? Trata-se de uma pergunta que perpassa tanto pela dogmática quanto pela política criminal.

Diante disso, tem-se como principal objetivo analisar a responsabilização penal individual dos administradores de empresas por infrações cometidas por terceiros pertencentes à mesma cadeia de fornecedores. Para tanto, buscar-se-á: a) compreender a teoria

da imputação objetiva<sup>5</sup>, especialmente no tocante às ações neutras<sup>6</sup>; b) identificar os deveres fiduciários dos administradores; c) verificar as condutas omissivas e comissivas praticadas por administradores nas relações empresariais; e d) estudar o concurso de agentes na prática de infrações na cadeia de fornecedores.

A fim de alcançar tais objetivos, propõe-se três casos que serão solucionados ao final deste trabalho. São eles:

Caso 1: “A” é proprietário da empresa “A.1 Ltda”. “B” é proprietário da empresa “B.1 Ltda”. “C” é proprietário da empresa “C.1 Ltda”. Os três, em conluio, frustraram o caráter competitivo de várias licitações para a construção de obras públicas, tais como praças e ginásios. Para tanto, utilizaram-se de “D”, Secretário Municipal de Infraestrutura, o qual recebia uma parte das verbas. “E”, que é amigo dos empresários, é proprietário da ferragista “E.1 Ltda”. Por meio desta, “E” sempre vendeu seus produtos para as empresas “A.1”, “B.1” e “C.1”. Mesmo sabendo do esquema criminoso de seus amigos, “E” continuava vendendo suas mercadorias para que as utilizassem em tais obras públicas. “E” poderá responder por fraude à licitação e corrupção, juntamente com “A”, “B”, “C” e “D”?

Caso 2: “X” e “Y” são sócios administradores da construtora “XY S.A.”. Para suas construções, sempre compram madeira mais barata da empresa “Z EIRELI”, que tem como proprietário “Z”. Ocorre que, numa grande operação deflagrada pela Polícia Federal, este foi preso e teve toda a sua madeira apreendida, tendo em vista que era extraída de floresta de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente. “X” e “Y”, embora não soubessem da origem ilícita da mercadoria, nunca se preocuparam em verificar o Documento de Origem Florestal – DOF – do produto. “X”, “Y” e “XY S.A.” poderão responder por crime contra a flora, juntamente com “Z” e “Z EIRELI”?

Caso 3: “J” contrata “testas de ferro” para desmatarem terras públicas federais localizadas no Pará, a fim de que possa criar gado. Para “driblar” o embargo e vender o gado criado nas áreas desmatadas, “J” repassava os animais para uma fazenda interposta onde ficavam temporariamente, até a efetivação da venda com a emissão das Guias de Transporte de Animais – GTA). “K”, dono do frigorífico “K.1 EIRELI”, sabe do esquema criminoso e,

<sup>5</sup> Robles Planas afirma que “é no marco dessa teoria [imputação objetiva] que se deve resolver os principais problemas relativos à imputação de responsabilidade penal na empresa” (PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 223.)

<sup>6</sup> Acerca da relevância das ações neutras para o tema, Robles Planas afirma que a teoria das ações neutras “é o principal instrumento teórico desenvolvido durante os últimos anos para delimitar as esferas de responsabilidade entre os possíveis intervenientes em um mesmo fato” (*Ibid.*, p. 224).

mesmo assim, adquire o gado com a devida guia emitida. “K” e “k.1 EIRELI” poderão responder pelo crime de desmatamento ilegal, juntamente com “J”?

Para alcançar seus objetivos, utilizou-se o método dedutivo, o qual foi aplicado para, dentre diversas hipóteses de incidência da teoria da imputação objetiva e das ações neutras, restringir-se tão somente a solucionar os casos em que envolvem relações empresariais dentro da mesma cadeia de fornecedores. Diante disso, fez-se uma pesquisa bibliográfica acerca dos temas imprescindíveis a serem abordados, quais sejam: política criminal, teorias da ação, imputação objetiva, ações neutras, *business judgment rule*, deveres fiduciários dos administradores, *compliance*, *due diligence*, relações empresariais, condutas comissivas e omissivas e concursos de pessoas.

Buscou-se, para tanto, renomados criminalistas pátrios, tais como André Callegari, Eduardo Saad-Diniz, Luís Greco, Heloísa Estellita, Damásio de Jesus, Nelson Hungria, José Henrique Pierangeli, Júlio Fabbini Mirabete, João Daniel Rassi e tantos outros; bem como renomados criminalistas estrangeiros, especialmente das escolas alemã e espanhola, tais como Bernardo Feijoo Sánchez, Adán Nieto Martín, Eugenio Zaffaroni, Ricardo Robles Planas, Carlos Gomez-Jara Diez, Jesús-Maria Silva Sánchez, Claus Roxin, Günther Jakobs, Franz von Liszt, Hans Welzel, Winfried Hassemer e tantos outros. A fim de apresentar o entendimento dos tribunais pátrios, buscou-se na jurisprudência interna decisões que tratam da imputação objetiva e da responsabilidade penal individual dos administradores. Buscou-se, ainda, nos tribunais estrangeiros – primordialmente aqueles mencionados pela própria doutrina pesquisada – decisões acerca das ações neutras.

Quanto aos temas de direito societário, os quais envolvem a *business judgment rule* e os deveres fiduciários, buscou-se fontes nacionais, tais como Osmar Brina Corrêa Lima, Nelson Eizirik, Alexandre Couto Silva, Erasmo Valladão Azevedo, Novaes França, *etc.*; bem como fontes estrangeiras, especialmente norte-americanas, tais como Stephen Brainbridgem, Bernard Sharfman, Fred Triem, Melvin Eisenberg, *etc.* A fim de encontrar o entendimento jurisprudencial sobre o tema, buscou-se por decisões dos tribunais superiores pátrios, bem como das cortes norte-americanas, especialmente a de Delaware, acerca dos deveres fiduciários e da própria regra da autonomia da decisão empresarial. Além disso, procurou-se por decisões do Tribunal de Contas da União e da Comissão de Valores Mobiliários sobre o mesmo tema, a fim de verificar como o assunto vem sendo aplicado administrativamente no Brasil.

Outrossim, além das pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, também foram consultadas legislações estrangeiras, especialmente o Código Penal espanhol e o Código Penal alemão (dois países que adotam o sistema da *civil law*), bem como a legislação brasileira, especialmente o Código Penal brasileiro, o Código Civil brasileiro e a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações).

Como se vê, a presente pesquisa utilizou-se do direito comparado, especialmente de autores alemães e espanhóis, no tocante às matérias criminais, e norte-americanos, no tocante às matérias societárias, onde os respectivos temas estão mais avançados. A partir disso, no intuito de demonstrar como os assuntos têm sido tratados no Brasil, analisou-se a doutrina, jurisprudência e decisões administrativas pátrias.

Como marco teórico, adotou-se a obra de Claus Roxin, autor alemão que realizou enorme contribuição à teoria da ação, especialmente no tocante à imputação objetiva e às ações neutras. Em que pese sua doutrina tenha sido elaborada com base nos crimes clássicos, ela se mostra de extrema relevância na análise dos crimes econômicos. Não se ignora, aqui, as várias críticas que os estudos do referido autor receberam ao longo dos anos; nada obstante, deve-se reconhecer que a sua obra é fundamental para a análise do tema, servindo de base para todo e qualquer novo desdobramento acerca do assunto.

Diante disso, no primeiro capítulo será feita uma análise acerca da função e da expansão do direito penal, bem como da influência da “sociedade de risco” no âmbito criminal. Além disso, analisar-se-á as principais teorias da ação e seus respectivos idealizadores, bem como a imputação objetiva e as ações neutras.

No segundo capítulo será analisada a *business judgment rule* (regra da autonomia da decisão empresarial), a qual tem sido importada do direito norte-americano. Destarte, serão estudados os deveres fiduciários, os quais são utilizados para afastar a revisão das decisões empresariais pelo Poder Judiciário.

No terceiro e último capítulo será, finalmente, verificada a repercussão dos deveres fiduciários no direito penal, bem como as condutas omissivas e comissivas na cadeia de fornecedores. Além disso, serão verificadas as possíveis formas de colaboração para o crime de terceiros na cadeia de fornecedores, por meio do estudo do concurso de agentes.

Por fim, serão solucionados os três casos propostos.

Diante da relevância do tema, bem como da ausência de obras que tratem especificamente da responsabilidade penal individual dos administradores por crimes cometidos de forma imediata por terceiros na cadeia de fornecedores, espera-se que o presente trabalho possa, de alguma forma, contribuir para o amadurecimento do direito penal pátrio.



## 1 TEORIA DAS AÇÕES NEUTRAS

Por tratar dos bens jurídicos mais relevantes, o direito penal precisa lidar com inúmeras questões referentes à sua responsabilização. Em prol do investigado devem ser observadas determinadas garantias constitucionais que lhe são peculiares (*in dubio pro reo*, *nemo tenetur se detegere*, estado de inocência *etc.*),<sup>7</sup> as quais repercutem tanto no direito material quanto no direito processual. O ilícito penal, portanto, não é auferido da mesma forma que os ilícitos das demais searas jurídicas, devendo passar por um crivo mais rigoroso.

O presente capítulo tratará acerca das ações ou condutas neutras, que tem como principal relevância a não responsabilização penal daquele que não gerou qualquer risco não permitido, em que pese haja nexos causal com a prática de determinado crime. Trata-se, assim, de uma teoria que analisa a responsabilidade do agente para além dos elementos comuns aos demais ramos do direito (dolo/culpa, nexos de causalidade e resultado), exigindo, também, a criação de um risco proibido.

Para tanto, analisar-se-á, primeiramente, a função do direito penal, a fim de que se possa compreender o seu papel na sociedade e, em seguida, verificar-se-á a (ir)relevância da responsabilização de determinadas condutas no contexto da sociedade contemporânea e o surgimento de novos bens jurídicos – o que acarreta na expansão do direito penal. Em seguida, será estudado o conceito analítico de crime, matéria onde se encontra a teoria da imputação objetiva, a qual é imprescindível para a compreensão do assunto que deu nome a este capítulo: ações neutras.

### 1.1 A função do direito penal

Antes de se aprofundar em qualquer debate, é imprescindível que se tenha uma visão holística acerca do assunto. Dessa forma, para uma melhor compreensão acerca da responsabilização penal, mostra-se relevante destacar quais são as funções desempenhadas pelo direito penal e pelas teorias que o integram.

A partir do século XIX, mais precisamente em Von Liszt, o direito penal começou a abranger não apenas a dogmática, mas também a política criminal.<sup>8</sup> Isso fica evidente ao expor a sua teoria finalista do direito penal, onde sustenta que o “doutrinarismo dominante

<sup>7</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 111.

<sup>8</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal*. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, n. 8, 2001, p. 189-197, 11, p. 190.

sobre o terreno da ciência penalística, sim, é assunto de pesada culpa, enquanto imerso nas construções puramente conceituais, têm permanecido até hoje – prescindindo das poucas exceções – inerte frente a este fato”.<sup>9</sup> Desde então, foram pensadas diversas teorias a fim de estudar não só os conceitos dogmáticos, mas a própria aplicação do direito penal.

Já no século XX, alguns estudos ganharam grande destaque e relevância no âmbito criminalista. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a política criminal passou a conquistar maior espaço acadêmico e jurídico. Sobre o tema, dispõe Hassemer:

Nada obstante, a etapa da Dogmática abstrata foi intensivamente submetida a experimentos político-criminais, com uma significativa participação de juristas penalistas, e com resultados que apenas corresponderam aos receios. Pode-se afirmar que foram sobretudo estes resultados que difundiram a impressão de que a era da Dogmática abstrata nas ciências penais se aproximava de seu fim.<sup>10</sup>

A despeito das teorias absolutas (retribucionistas ou de retribuição)<sup>11</sup>, ao analisar a função social do direito penal, Jakobs sustenta que sua legitimação material decorre da necessidade de se garantir a realização das expectativas normativas. É o que se chamou de prevenção geral positiva.<sup>12 13</sup> Sendo assim, sempre que alguém age em desacordo com a norma, é necessário que se restaure a confiança em sua vigência. Para tanto, Feijoo Sánchez esclarece que *“no se trata de un concepto formal de validez o vigencia, sino de un concepto material que tiene que ver con la eficacia de las normas para orientar la vida social”*.<sup>14</sup> Trata-se, assim, de constatar que a vigência da norma demonstra a existência de um sistema jurídico que efetivamente orienta a vida social.

É importante ressaltar que a prevenção geral positiva diverge da chamada prevenção por intimidação. Esta, conforme dispõe Hassemer, entendia que, “para que se pudesse atar o

<sup>9</sup> LISZT, Franz von. **A teoria finalista do Direito Penal**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN Editora, 2007, p. 46.

<sup>10</sup> HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. 1ª ed. Coleção Estudos MP, vol. 7. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 25.

<sup>11</sup> Segundo Mirabete e Fabbrini, a teoria retribucionista sustenta que “o fim da pena é o castigo, ou seja, o pagamento pelo mal praticado. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral, sendo a pena imposta por uma exigência ética em que não se vislumbra qualquer conotação ideológica” (MIRABETE, Julio Fabbrini; Renato N. Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 6).

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther *apud* RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLES, Carlos Suárez; Manuel Cancio Meliá. **Um novo sistema do direito penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. 2ª ed. rev. Tradução/Organização: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15-16.

<sup>13</sup> Acrescenta-se que a doutrina também menciona a função da prevenção especial, a qual, diferente da geral, visa prevenir que o próprio condenado volte a delinquir. MIRABETE, Julio Fabbrini; Renato N. Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 6).

<sup>14</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Prevención general positiva: una reflexión em torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*. Revista **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, vol. LIX, 111-134, 2006, p. 127.

homem perverso a uma corrente, capaz de afastá-lo de sua natural inclinação para o mal, era preciso submetê-lo a uma ‘coação psicológica’ [...] de que o crime não compensa”.<sup>15</sup> Para Mirabete e Fabbrini, é impossível separar a sanção penal do medo da punição, sendo, portanto, indissociáveis.<sup>16</sup>

Nada obstante, Jakobs foi alvo de diversas críticas, incluindo Roxin, para o qual “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimidade diferente da simples discricionariedade do legislador”.<sup>17</sup> Para o referido autor, a norma criminalizadora deve observar a função social do direito penal. Acerca dessa função, dispõe:

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.<sup>18</sup>

Ao desenvolver o seu raciocínio, Roxin sustenta que essa função do direito penal deve orientá-lo para a proteção de objetos legítimos que o permitam alcançar a sua finalidade, objetos esses denominados de bens jurídicos. Tais bens jurídicos são definidos pelo autor como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.<sup>19</sup>

Apesar de também adotar como missão do direito penal a proteção de bens jurídicos, Welzel não a coloca como fator primário. De acordo com o referido autor:

Sem embargo, a missão primária do direito penal não é o amparo presente dos bens jurídicos; isto é, o amparo da pessoa individual, da propriedade e outros, pois é ali, precisamente, aonde, por regra geral, chega sua ação tarde demais”. [...]. Em compensação, o papel mais profundo que exerce o direito penal é de caráter positivo-ético-social, pois proibindo e sancionando o afastamento realmente manifestado dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o Estado exterioriza do modo mais ostensivo de que dispõe, a validade inviolável destes valores positivos do ato, forma o juízo ético-social dos cidadãos e fortalece seu sentimento de permanente fidelidade ao direito.<sup>20</sup>

Com isso, Welzel ensina que, ao se priorizar somente a proteção aos bens jurídicos, está-se dando maior valor ao resultado, isto é, ao dano social de determinada ação; ao passo que, ao se priorizar o valor elementar ético-social da ação, estar-se-ia criando um sentimento

<sup>15</sup>HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. 1ª ed. Coleção Estudos MP, vol. 7. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 34.

<sup>16</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini; Renato N. Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 9.

<sup>17</sup>ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 11.

<sup>18</sup>*Ibid.*, p. 16.

<sup>19</sup>*Ibid.*, p. 18-19.

<sup>20</sup>WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1ª ed. Campinas: Editora Romana, 2003, p. 29-30.

duradouro de observância às normas penais e, conseqüentemente, garantindo maior segurança àqueles bens.

Independentemente dessa discussão, é necessário ressaltar, mais uma vez, que, por lidar com os bens jurídicos mais caros, bem como com os direitos fundamentais mais sensíveis, a legitimação do direito penal deve ser apreciada com distinto zelo, sob pena de se tornar meio de dominação e violência. Nas palavras de Ferrajoli:

O problema da legitimação ou justificação do direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio.<sup>21</sup>

Dessa forma, a legitimidade do poder punitivo do Estado se torna um ponto central do assunto, haja vista que ela deve ser bem definida pelo direito penal. Ao tratar da teoria do delito, Tavares destaca as seguintes funções: a) a determinação das características da conduta criminosa; b) a delimitação do poder intervencionista do Estado na vida dos cidadãos; c) o controle da jurisdição; e, por fim, d) a própria definição do que seria uma conduta proibida ou mandada.<sup>22</sup> Assim, caberá ao direito penal limitar o poder punitivo estatal, a fim de que se assegure a sua mínima intervenção na liberdade individual.

Quanto à legitimidade da norma penal, Tavares sustenta que, mais do que uma mera definição normativa, uma teoria crítica do delito deve “confrontar os elementos normativos com os dados da realidade empírica para impedir a formação de uma estrutura puramente normativa e deformada do delito”.<sup>23</sup> Dessa forma, o referido autor defende que a legitimidade da norma criminal não depende apenas da conformidade com o processo legislativo, mas também da participação dos cidadãos na ordem jurídica, a fim de que seja verdadeiramente democrática.

Nesse sentido, Tavares aponta para uma das principais teorias legitimadoras: o funcionalismo. Para essa teoria, a legitimidade de uma norma reside no procedimento, o qual procura trabalhar com a participação dos interessados e tem a finalidade de reduzir as complexidades do mundo real.<sup>24</sup> Para tanto, lida com duas espécies de expectativas: as cognitivas e as normativas. As primeiras se caracterizam por se relacionarem com circunstâncias fáticas e a percepção do sujeito; ao passo que as últimas, como o próprio nome

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

<sup>22</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 41-42.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 59-60.

já indica, advêm da própria norma. Sendo assim, para o funcionalismo, a legitimidade da norma “tem como pressuposto que a força comunicativa resida em que as expectativas cognitivas sejam adequadamente institucionalizadas como expectativas normativas”, possibilitando uma redução do risco das frustrações delas advindas.<sup>25</sup>

Outrossim, ao sintetizar o entendimento de Jakobs acerca da teoria funcional da pena, Feijoo Sánchez expõe que:

*las normas, entendidas como expectativas normativas o contrafácticas, configuran la estructura del orden social. La configuración de dichas expectativas es labor de la política, debiendo describir y sistematizar la Ciencia del Derecho Penal dichas estructuras normativas (a lo sumo, dejar en evidencia contradicciones o fricciones). El delito es entendido materialmente como defraudación de expectativas del sistema social – no lesión de bienes – y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma.<sup>26</sup>*

O que se verifica, então, acerca da teoria funcionalista, é que, para que uma norma seja considerada legítima, precisará contar com a participação dos interessados para que, através de suas expectativas cognitivas, a norma se adeque à realidade e, assim, não seja acometida por um mero simbolismo generalizado. Com isso, as condutas criminosas devem contrariar as expectativas cognitivas e normativas dos sujeitos. Em razão disso, Tavares afirma que “o funcionalismo pode superar, com alguma vantagem, as construções puramente empíricas ou puramente normativas da construção jurídica”.<sup>27</sup>

Por óbvio, a construção da norma não se resume às expectativas. Estas são, na verdade, uma das fases da construção normativa. Sobre o tema, ensina Tavares:

As expectativas não podem subsistir, nem cognitivamente nem normativamente, como elementos essenciais na proibição ou na instituição de deveres. Podem ser admitidas, está claro, como um meio de deslegitimar a norma, quando esta não puder ser compreendida por seus destinatários.<sup>28</sup>

Disso se extrai que as expectativas irão compor uma fase da construção da norma. Esta, por sua vez, também deverá avaliar, nas palavras do mesmo autor: “a) uma série relativa aos dados racionais, que tornem logicamente correto o procedimento; b) uma série de dados empíricos que possam submeter o procedimento à sua contraprova”.<sup>29</sup> Assim, é possível perceber que a construção da norma criminalizadora depende não apenas da observância de um rito formal. O que se espera do Parlamento é que, em sua função legiferante, atente-se

<sup>25</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 58 e 60.

<sup>26</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Prevención general positiva: una reflexión em torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*. Revista **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, vol. LIX, 111-134, 2006, p. 114.

<sup>27</sup> TAVARES, *op. cit.*, p. 61.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 64.

para as bases materiais da sociedade cuja norma produzirá efeitos e busque abranger todos os interessados.

Nesse passo, a dogmática jurídico-penal exerce o imprescindível papel de interpretar a lei conforme a realidade presente. Isso porque a “verdade revelada”, a qual acreditavam os juristas medievais, não mais prospera na dogmática contemporânea. Deve-se, portanto, a partir da lei, determinar o objeto da regulação.<sup>30</sup>

Além disso, diante da função necessária do direito penal, de um lado, e do seu alto custo, de outro, também tem sido uma tendência contemporânea, segundo Zaffaroni e Pierangeli, a adoção da linha da intervenção mínima, a qual “postula a redução ao mínimo da solução punitiva nos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado”.<sup>31</sup>

Portanto, tendo em vista a função subsidiária do direito penal, é necessário que o legislador se atente para o fato de que, em um Estado Democrático de Direito, o poder punitivo estatal deve ser devidamente legitimado. Para tanto, não basta a mera criação de uma lei formal, devendo, também, adequar-se à realidade social e atender às expectativas dos cidadãos.

## 1.2 A expansão do direito penal

Ao analisar condutas criminosas ou verificar se determinadas ações devem ser proibidas ou exigidas pela norma penal, é imprescindível que, antes, seja analisado o estado da arte diante do novo contexto social. Isso porque, nos últimos anos, diante de todo o desenvolvimento tecnológico e econômico, não só a sociedade, mas o próprio direito penal, têm passado por constantes transformações.

Em que pese a adoção do princípio da intervenção mínima pelo sistema jurídico brasileiro, o que se observa é uma constante expansão do direito penal. Dentre os principais motivos, tem-se o surgimento de novos bens jurídicos, bem como a valorização de bens jurídicos preexistentes.

Para uma melhor compreensão desse movimento expansionista, Silva Sánchez apresenta dois exemplos:

<sup>30</sup> PLANAS, Ricardo Robles. *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)*. *Revista para el análisis del derecho – InDret*, Barcelona, 2/2012. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/886.pdf>>. Acesso em: 04 jun 2022.

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 326.

*Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían – o no con la misma incidència –, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como «bienes escasos», atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente.<sup>32</sup>*

Diante dessa nova realidade, constata-se um considerável acréscimo do medo e da insegurança da sociedade contemporânea. Em consequência disso, “tem-se o aumento da preocupação com as novas formas de criminalidade que se apresentam nesta realidade, notadamente as relacionadas ao crime organizado e ao terrorismo”.<sup>33</sup>

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Hassemer, que sintetiza os efeitos das transformações sociais perante a política criminal. Veja-se:

Todas as contribuições teóricas que podem ser atribuídas à política criminal do Direito Penal funcional levam em conta – com maior ou menor explicitude – os de processos de modernização e o funcionamento de complexidades no mundo moderno. Por isto mesmo, as referidas contribuições gravitam em torno de termos semânticos tais como “perigo” (em vez de “dano”), “risco” (em vez de “ofensa a um bem jurídico”), ou mesmo “segurança” (em vez de “distribuição de justiça”). Elas se nutrem de nossas experiências cotidianas, de inseguranças e temores em escala concreta e global, da vida marcada cada vez mais por estruturas entrelaçadas.<sup>34</sup>

Ao discorrer acerca da consolidação da moderna sociedade do risco, Ripollés destaca os aspectos que levaram a modificações na política criminal, dentre os quais se destacam a necessidade de se adequar à nova realidade, a criação de novos riscos não permitidos e a dificuldade de responsabilização dos transgressores. *In verbis*:

Por último, a necessidade de adequar os conteúdos do direito penal e processual penal às dificuldades específicas que apresenta a persecução desta nova criminalidade: às novas técnicas delitivas, aos obstáculos para determinar os riscos não permitidos e à trabalhosa individualização de responsabilidades, deve-se contrapor uma atualização dos instrumentos punitivos; isso implica reconsiderar ou flexibilizar o sistema de imputação de responsabilidade e de garantias individuais vigentes, o que se deve fazer função da necessidade político-criminal de melhorar a efetividade na persecução e repressão penais.<sup>35</sup>

Outrossim, Silva Sánchez, ao tratar das mudanças do período pós-industrial, chega àquela mesma conclusão. Para ele, os desenvolvimentos tecnológico e econômico inevitavelmente criam novos riscos e, com isso, permitem que novas modalidades criminosas

<sup>32</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 25.

<sup>33</sup> CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 17.

<sup>34</sup> HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. 1ª ed. Coleção Estudos MP, vol. 7. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 55.

<sup>35</sup> RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Tradução de André Luís Gallegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 61.

e novos tipos penais surjam. A criminalidade organizada, hoje, atua não somente de forma regionalizada, mas também a nível internacional.<sup>36</sup>

E, como não poderia ser diferente, diante desse cenário de instabilidade em decorrência dos novos riscos e incertezas da pós-modernidade, houve a intensificação do clamor popular por segurança, bem como a abertura de uma arena política onde são discutidas medidas para atender os anseios da sociedade.<sup>37</sup> Cumpre destacar, inclusive, o importante papel desempenhado pelos meios de comunicação de massa para formar a opinião pública e aumentar a sensação de medo e insegurança.<sup>38</sup>

Sob um olhar crítico do expansionismo penal, Rassi alega ser uma tendência de “neocriminalização”. Segundo o autor, “a expansão do direito penal efetivamente coloca em pauta a legitimação do poder punitivo do Estado, já que envolve não apenas novas infrações, mas também a extensão da punibilidade e o incremento das penas”.<sup>39</sup> Nesse sentido, corre-se o perigo de que o direito penal se torne um instrumento pedagógico, bem como uma forma de solucionar conflitos.

Apropriando-se do discurso dos meios de comunicação, os atores políticos utilizam o direito penal como “arma política”. Sendo assim, busca-se, por meio da criação de novas leis penais, aumentar a sensação de segurança e, conseqüentemente, angariar apoio e votos. Nesse contexto é que surge o denominado direito penal simbólico. Sobre o assunto:

Entre as razões principais da utilização da política do Direito Penal encontra-se o fato de que, por meio dele, o legislador adquire uma “boa imagem” em face da sociedade, na medida em que, a partir de decisões político-criminais irracionais atende às demandas sociais por segurança, obtendo, assim, reflexamente, um grande número de votos. Nada obstante isso, a utilização do Direito Penal simbólico representa a alternativa mais “barata” na hora de articular soluções para problemas sociais, visto que as medidas e programas sociais sempre são mais custosos do ponto de vista financeiro.<sup>40</sup>

Como se vê, não se pode atribuir o fenômeno expansionista do direito penal a um único fator. As razões vão desde questões de orientação política e políticas públicas a mudanças sociais e culturais. Isso repercutiu nas relações sociais e tem alterado a forma de combater a criminalidade. Nesse sentido, “combinou-se aumento da criminalidade e

<sup>36</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal*. *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, n. 8, 2001, p. 28.

<sup>37</sup> CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 19-20.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>39</sup> RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 113.

<sup>40</sup> CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *op. cit.*, p. 55-56.



insegurança, desafiando a legitimidade e efetividade do Estado de bem-estar, o que repercutiu, sobremaneira, na forma de gestão da criminalidade.<sup>41</sup>

Tal expansão, muitas vezes, ignora o princípio da subsidiariedade. Sobre o assunto, ao criticar o “direito penal funcional”, Hassemer sustenta:

Problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas – sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública [...]. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado [...].<sup>42</sup>

Constata-se, assim, que, em que pese o direito penal deva tutelar tão somente os bens jurídicos mais relevantes de determinada sociedade, ele se encontra em constante expansão. São notórias as inúmeras alterações que o referido ramo – juntamente com a sociedade – tem suportado, fazendo com que não somente os juristas, mas toda a população tenha que se adaptar à nova realidade.

### 1.3 O conceito analítico de crime

Tendo sido analisada a função do direito penal e o fenômeno de sua expansão, é fundamental a compreensão do conceito de crime. A doutrina vem, ao longo dos anos, debatendo sobre o tema e, inclusive, dividindo o conceito em três âmbitos. Como será visto neste tópico, o conceito analítico é, sem dúvidas, o que tem gerado maiores discussões.

Quando se invoca a lei penal para estabelecer o que é crime, faz-se uso do conceito formal. Em outras palavras, para essa corrente, crime é “todo fato humano proibido pela lei penal, ou seja, é o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência”.<sup>43</sup> Nesse aspecto, a título de exemplo, “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” é crime porque assim estabeleceu o legislador no artigo 1º da Lei n.º 9.613/1998<sup>44</sup>. De acordo com Callegari, o conceito formal de crime considera tão somente o aspecto externo do fenômeno criminoso. Com isso, o referido

<sup>41</sup> LYRA, José Francisco Dias da Costa. A expansão do direito penal na pós-moderna sociedade do risco: o controle penal e suas impossibilidades. **Revista (RE) Pensando Direito**, ano 1, n. 2, jul/dez, 2011, p. 66.

<sup>42</sup> HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. 1ª ed. Coleção Estudos MP, vol. 7. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 47-48.

<sup>43</sup> CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 25.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei 9613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1998. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2023.

autor sustenta que, aqui, o conteúdo de tal fenômeno, bem como os elementos da conduta, são irrelevantes<sup>45</sup>.

O conceito material, por outro lado, atenta-se para o conteúdo do ilícito penal. Isso significa que, nesse aspecto, crime “é todo o fato humano que lesiona um interesse capaz de comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”<sup>46</sup>.

Em que pese a importância dos conceitos formal e material de crime, para a presente pesquisa o conceito de maior pertinência é o analítico. Esse conceito visa decompor a definição de crime, de forma que apresenta cada um dos elementos fático-jurídicos que o integram. Sendo assim, o conceito analítico de crime analisa todos os aspectos que possuem relevância para a configuração de uma infração penal, bem como determina a ordem em que tal análise deverá ocorrer.

Há grandes debates doutrinários acerca de quais elementos integram o conceito analítico. Todavia, por não ser este o objetivo da presente pesquisa, bem como por não ter o condão de interferir em seu pleno desenvolvimento, adotar-se-á, aqui, sem maiores discussões, o sistema tripartido, que é adotado pela doutrina dominante. Com isso, crime pode ser definido como uma ação típica, antijurídica e culpável. Veja-se:

O sistema tripartido de fato punível, dominante na dogmática contemporânea, define crime como *ação típica, antijurídica e culpável*, um conceito formado por um *substantivo* qualificado pelos *atributos* da adequação ao modelo legal, da contradição aos preceitos proibitivos e permissivos e da reprovação de culpabilidade (grifo do autor).<sup>47</sup>

Sendo assim, a conduta criminosa deverá preencher os pressupostos da: a) tipicidade; b) antijuridicidade; e c) culpabilidade. Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, serão apresentados, de forma sucinta – e na medida em que for necessário para o avanço do tema da presente pesquisa –, cada um dos referidos elementos.

Acerca da definição de tipicidade, pode-se dizer que é a “conformidade, a correspondência, da conduta concretamente praticada à descrição abstrata contida na norma”<sup>48</sup>. Porém, não se limita à mera identificação formal com o tipo. Isso porque, ainda que ocorra a correspondência legal, não necessariamente a conduta será típica. Para Zaffaroni, a

---

<sup>45</sup> CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 25.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>47</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 6-7.

<sup>48</sup> CALLEGARI, *op. cit.*, p. 95.

tipicidade penal é a soma da tipicidade legal (adequação à formulação legal) e da tipicidade conglobante (que deverá considerar toda a ordem normativa)<sup>49</sup>.

A relevância disso pode ser ilustrada pelo princípio da insignificância. De acordo com tal princípio, os chamados “crimes de bagatela” – que não lesam efetivamente o bem jurídico tutelado em razão de sua irrelevância material – são atípicos, isto é, sequer configuram crime, em que pese a conduta esteja formalmente descrita na lei. Os tribunais superiores pátrios, desde que preenchidas determinadas condições, reconhecem e aplicam o referido princípio<sup>50</sup>.

Quanto à antijuridicidade, pode ser definida como “contradição ao Direito”, isto é, uma contradição à própria norma penal.<sup>51</sup> Via de regra, todos os fatos típicos serão, também, antijurídicos, salvo se configurar alguma excludente ou causa de justificação.<sup>52</sup> Sobre essa relação entre tipicidade e antijuridicidade, ensina Santos:

A relação entre antijuridicidade e tipicidade pode ser assim formulada: a tipicidade da ação indica a antijuridicidade; as causas de justificação excluem a antijuridicidade. A relação desses conceitos é entre regra e exceção, porque **toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas**.<sup>53</sup> (grifos do autor).

Por fim, a culpabilidade pode ser definida como a “reprovabilidade do injusto ao autor”<sup>54</sup>. Ou seja, é o momento em que se verifica se o agente, em que pese tenha cometido um ato injusto (típico e antijurídico), possuía condições de ter agido conforme o direito. Em razão disso, igualmente ocorreu na análise do injusto, a culpabilidade deve passar pelo crivo de um processo de avaliação. Sobre tal processo, ensina Tavares:

Em primeiro lugar, mediante uma verificação se, de acordo com seus elementos, o sujeito é capaz de ser responsável por sua conduta. Segundo, por meio da análise acerca da relação dessa conduta com a ordem jurídica, pesquisar até que ponto o sujeito atuou de modo juridicamente inadequado.<sup>55</sup>

Após discorrer, ainda que brevemente, sobre cada um dos elementos que compõem a teoria tripartida do conceito analítico de crime, pode-se avançar para o próximo tópico, que irá tratar da teoria da imputação objetiva, a qual incide sobre a tipicidade da ação.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 496.

<sup>50</sup> JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 37ª ed. Atualização de André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, vol. 1, p. 53-54.

<sup>51</sup> CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 148-149.

<sup>52</sup> São causas de justificação: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito (artigo 23 do Código Penal).

<sup>53</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 148.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *op. cit.*, p. 541.

<sup>55</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 484.

#### 1.4 A teoria da imputação objetiva

Compreendidos a função do direito penal e o seu movimento de expansão, bem como o conceito analítico de crime, passar-se-á, agora, a analisar a teoria da imputação objetiva, a fim de conhecer as definições de injusto penal e risco não permitido. Conforme visto anteriormente, a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Sendo assim, a análise da teoria em epígrafe se dará em torno desse pressuposto.

Antes, todavia, é necessário discorrer acerca do conceito de ação. Trata-se de um assunto que já gerou – e continua gerando – grandes debates doutrinários. Não se pretende, aqui, analisar todas as teorias da ação, tampouco aprofundar de forma exaustiva em cada uma delas. Nas linhas que se seguem, serão brevemente abordadas as principais teorias que surgiram ao longo dos últimos séculos.

Primeiramente, partindo-se do sistema-jurídico-penal clássico alemão – que tem como principais idealizadores Liszt e Beling, tem-se a teoria causal da ação.<sup>56</sup> Para os adeptos dessa corrente, que já não possui tanto prestígio, a conduta seria uma mera relação de causa e efeito, que deve, assim, modificar o mundo externo. Nesse sentido, para a presente teoria, a ação seria um comportamento humano mecânico e voluntário. Aqui, a intenção do agente não integra o conceito de conduta. A mera voluntariedade, portanto, tornaria o fato típico, ao passo que a finalidade do agente só seria verificada no exame da culpabilidade.<sup>57</sup>

Ao discorrer acerca da teoria causalista, Roxin ressalta a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*. Veja-se:

Considerava-se realizado o tipo toda vez que alguém causava este resultado, no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes. Acabava o tipo, assim, com uma grande extensão, pois, nesta perspectiva, praticou uma ação de matar não só aquele que disparou o tiro mortífero, mas todos os que contribuíram para o resultado com uma *conditio sine qua non*: o fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a desavença da qual resultou o tiro, até mesmo os pais e outros ascendentes do criminoso<sup>58</sup>.

Percebe-se, assim, que, ao se adotar a teoria causal, não é possível identificar ou definir, a partir da simples análise da conduta, qual agente efetivamente concorreu para o crime sob o aspecto da tutela jurídico-penal. As devidas restrições seriam impostas somente nos demais elementos que compõem o crime: antijuridicidade e culpabilidade.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. rev. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 101.

<sup>57</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1986, vol. 1, p. 103-104.

<sup>58</sup> ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 101.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 101-102.

Diferentemente, a teoria finalista, como o próprio nome já sugere, inclui a finalidade do agente no conceito de conduta. Dessa forma, a ação é um comportamento humano mecânico, voluntário e dirigido a uma finalidade. Com isso, a ausência de dolo ou culpa exclui a própria conduta, não configurando sequer um fato típico<sup>60</sup>. Nesse sentido, para a referida teoria, “toda ação consciente é levada pela decisão de ação, ou seja, pela consciência do que se quer – o elemento intelectual –, e a decisão de querer realizá-lo – o entendimento volitivo”<sup>61</sup>.

De acordo com Welzel, seu principal representante, a teoria do finalismo busca valorar a conduta com esteio no objetivo final do autor, e não meramente no resultado. Além disso, o referido autor acrescenta um novo elemento para a verificação da desvalorização da conduta: a adequação social. Dessa forma, ao se analisar determinada ação, será necessário verificar se ela é considerada socialmente adequada, o que, em caso afirmativo, excluirá a sua relevância jurídica e não configurará um risco não permitido.<sup>62</sup>

Tal entendimento, todavia, não escapou das críticas de Roxin, para quem o conceito de adequação social é demasiado impreciso. Esse também é o entendimento de Mirabete, o qual destaca a “dificuldade de conceituar-se o que seja relevância social da conduta, pois tal exigiria um juízo de valor ético”.<sup>63</sup>

Em razão dessa amplitude semântica da adequação social, Hassemer propõe a teoria da adequação profissional. Levando-se em consideração as normas que regulamentam cada profissão, deve-se concluir que, quando determinado profissional agir conforme tais regulamentações, sua conduta será neutra e, em consequência disso, objetivamente atípica. Nas palavras do referido autor:

[...] adequação profissional [...] descreve o agir profissional normal, neutro, aceito socialmente e regulamentado profissionalmente, que não precisa se esconder da análise e avaliação penal, porque ele não neutraliza as normas do direito penal, mas sim as complementam, definem contornos, concretizam e abordam determinados campos de ação social, sem contradizer as proibições criminais.<sup>64</sup>

Dito isso, em que pese tenha invocado o princípio da adequação social após vivenciar os horrores do período de guerra, Welzel, como já dito, é o grande nome da teoria finalista. O

<sup>60</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1986, vol. 1, p. 104-105.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. rev. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 46-47.

<sup>63</sup> MIRABETE, *op. cit.*, p. 104-105.

<sup>64</sup> HASSEMER, Winfried *apud* BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 64.

fato de revisitar a sua obra, suscitando a importância social da conduta, não o descaracteriza da referida corrente.

A teoria finalista também foi criticada em razão de sua fragilidade metodológica. Isso porque os seus idealizadores teriam se atentado apenas às questões dogmáticas e, com isso, não definiram com clareza a metodologia utilizada para alcançar seus resultados. Sobre o assunto:

Ainda hoje não se tem por definido qual o status metodológico que deve ser atribuído às formulações dogmáticas da teoria finalista se, para dar um exemplo, a localização do dolo é disposta na estrutura do crime devido à natureza (humana), ou se é sugerida apenas em decorrência de quaisquer razões de conveniência: se a possibilidade da teoria da antijuridicidade se deve a algum espírito da época, ou se decorre de alguma ideia de justiça atemporal.<sup>65</sup>

Nada obstante, a academia permaneceu explorando a relevância social da conduta e, com isso, elaborou-se a teoria social da ação. Tendo em Jescheck como um dos seus principais desenvolvedores, essa teoria definiu como “conduta socialmente relevante” toda aquela capaz de ser objeto de um juízo de valor ou que intervenha no círculo jurídico de outrem.<sup>66</sup>

Interessante observar que Zaffaroni e Pierangeli, apesar de reconhecerem a imprescindibilidade da relevância social – aqui entendida como a “necessidade de que a conduta transcenda da esfera meramente individual do autor para a do outro” –, consideram-na como um elemento pertencente à tipicidade, e não à conduta.<sup>67</sup> Em consequência disso, os mesmos autores se autorreconhecem como adeptos da teoria finalista.<sup>68</sup>

Evidentemente, há diversas novas concepções de condutas e de crime. Entretanto, não é objeto deste trabalho a detida análise acerca do conceito de ação. É fato, porém, que o estudo jurídico jamais deixará de evoluir e, diante das lacunas deixadas pelo finalismo, foram surgindo novas teorias com o objetivo de aperfeiçoá-lo ou, então, refutá-lo. Nesse sentido:

Welzel jamais deixou de considerar que o resultado faz parte do tipo objetivo, tanto no crime doloso como no culposos. Contudo, preocupado em limitar as tipicidades em função do dolo, e em face do debate acerca da natureza do injusto e da culpabilidade, armou sua finalidade sobre a causalidade, sem aperfeiçoar muito as considerações sobre os aspectos objetivos da tipicidade e deixando, assim, o problema da causalidade no ponto em que ele o havia encontrado.<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> HASSEMER, Winfried *apud* BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p.23.

<sup>66</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 143.

<sup>67</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 388.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 377.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 364.

Sendo assim, Roxin percebeu que o finalismo limitou-se ao tipo subjetivo, não dando a devida importância ao elemento objetivo. Nas palavras do referido autor, “para a realização do tipo objetivo, considera ela [teoria finalista] suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência”.<sup>70</sup> Nota-se, assim, que, para Roxin, apesar dos inúmeros avanços trazidos pela teoria finalista, especialmente o fato de a finalidade integrar a própria conduta, não houve qualquer restrição no tocante ao tipo objetivo, que permaneceu submetido tão somente à causalidade.

Ocorre que, em diversas situações, apenas o tipo subjetivo não é capaz de restringir suficientemente a conduta penalmente relevante. Para demonstrar isso, Roxin apresenta, dentre outros, o seguinte exemplo:

[...] pensemos no caso do homem de aparência suspeita que vai comprar um punhal afiado em uma loja! O vendedor (V) pensa consigo: “Talvez ele queira matar alguém com o punhal. Mas isto deve ser-me indiferente”. Tem V de ser punido por homicídio praticado com dolo eventual, na hipótese de o comprador, realmente, apunhalar alguém? Objetivamente, V constituiu uma causa para a morte da vítima, e subjetivamente assumiu o risco de que tal resultado ocorresse.<sup>71</sup>

É possível verificar com o exemplo supramencionado que, aplicando-se a teoria finalista, o vendedor teria praticado um fato típico (homicídio doloso), tendo em vista que no aspecto subjetivo ele assumiu o risco de o comprador matar alguém com o punhal e no aspecto objetivo ele deu causa ao resultado.

Diante disso, o mesmo autor desenvolve a teoria da imputação objetiva. De acordo com essa teoria, a conduta só alcança o tipo objetivo quando “o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)”.<sup>72</sup> Para melhor compreendê-la, serão analisados a seguir cada um desses requisitos.

No tocante ao primeiro ponto – criação de um risco não permitido –, vigora o princípio da confiança, segundo o qual se pode “confiar em que os outros se comportarão conforme ao direito”.<sup>73</sup> Nesse sentido, pode-se confiar na ação de terceiros, salvo quando houver uma “reconhecível inclinação para o fato (erkennbare Tatgeneigtheit)”.<sup>74</sup> No exemplo acima mencionado, acerca da venda de um punhal, poder-se-ia considerar a existência dessa

<sup>70</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2<sup>a</sup> ed. rev. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 102.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 102 e 103.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 105.

inclinação se, “no momento em que estivesse ocorrendo uma perigosa rixa diante da loja, o vendedor entregasse o punhal a um dos contedores”.<sup>75</sup>

Após afirmar que Roxin defendia a limitação do dolo eventual por meio do princípio da confiança, Greco assevera que, na verdade, o referido princípio, “ao excluir o tipo objetivo, sequer permite que o dolo venha a se constituir”.<sup>76</sup> No mesmo sentido, Lobato sustenta que “há que vigorar, diante da ausência de indícios de anormalidade do contexto fático, o princípio da confiança”.<sup>77</sup>

Caso assim não fosse, isto é, caso os cidadãos tivessem que responder por todas as consequências de seus atos lícitos, diante do nexo de causalidade com determinado fato criminoso, o receio de sofrer alguma imputação penal faria com que a sociedade ficasse inerte. É exatamente o que dispõe Jakobs:

*Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralisada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido.*<sup>78</sup>

Diante disso, o mesmo autor elaborou a teoria dos papéis. De acordo com seu entendimento, os indivíduos desempenham diferentes papéis em suas interações sociais. Há o papel de professor, de aluno, de motorista, *etc.* Dessa forma, espera-se que cada um aja em observância ao feixe de normas que constituem o seu papel. Nesse sentido, de acordo com Jakobs, só estará configurado o tipo objetivo quando houver a violação de um papel. Por outro lado, não havendo qualquer violação de papel por parte do indivíduo, a ação será atípica.<sup>79</sup>

Para além disso, configurar-se-á um risco permitido quando o agente, embora pratique uma ação perigosa, tenha autorização legal para praticá-la e, além disso, tenha tomado todas as cautelas de segurança. Sobre o tema:

Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos, sob a condição de que se respeitem

<sup>75</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. rev. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 105-106.

<sup>76</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 115.

<sup>77</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. **Condutas neutras**: uma análise do risco da advocacia frente à criminalidade econômica. In *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. BOSSA, Gisele Barra (org.), 339-355. Coimbra: Almedina, 2019, p. 346.

<sup>78</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva em derecho penal**. 1ª ed. Cizur Menor: Civitas, 1996, p. 119-120 (Kindle).

<sup>79</sup> GRECO, *op. cit.*, p. 35.



determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo.<sup>80</sup>

A título de exemplo, Roxin cita o próprio tráfego de veículos, que, embora seja de alto risco, é permitido pelo legislador, bem como acidentes de trabalho nos modernos complexos industriais. No primeiro caso, caso o motorista observe todas as regras de trânsito e aja com a devida cautela, não poderá ser responsabilizado se ocorrer um homicídio e/ou uma lesão corporal advindos de uma eventual colisão com outro veículo.

Também se pode acrescentar nessa hipótese o que Jakobs denomina de “proibição de regresso”. Para o referido autor, quando alguém pratica uma conduta que é reconhecidamente inócua, não há que se falar em participação delituosa. A título de exemplo, menciona-se um padeiro que vende alguns pães para alguém que irá utilizá-lo para envenenar a vítima.<sup>81</sup> Em outras palavras, o mesmo autor sintetiza sua idéia afirmando que “quem não se comporta de modo mais arriscado do que resulta imprescindível na vida diária não criou uma razão para atribuir-lhe consequências lesivas”<sup>82</sup>. Com isso, Jakobs demonstra que não basta uma relação de causa e efeito, sendo imprescindível a presença de uma conduta antijurídica.

Da mesma forma, no segundo caso, se os responsáveis legais pelas empresas observarem todos os critérios de segurança e equipamentos obrigatórios, caso ocorra acidente com algum de seus funcionários, não poderão ser responsabilizados. Segundo o autor, “nestes casos, é o legislador quem suporta os riscos”.<sup>83</sup>

O segundo ponto – realização de um risco não permitido – se preocupa com a hipótese de o risco criado ter, de fato, se concretizado e, com isso, ocorrido o resultado previsto. Essa questão é relevante porque, caso o resultado não se concretize ou caso o resultado ocorra por outro motivo, o agente deverá responder somente pela tentativa (desde que não configure outro crime autônomo). O clássico exemplo de Roxin, quanto a essa segunda hipótese, é o de um homem que acerta dolosamente um tiro em seu desafeto que, todavia, morre no caminho em decorrência de um acidente de trânsito sofrido pela ambulância que o transportava para o hospital, e não em razão do projétil.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. rev. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 110.

<sup>81</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva em derecho penal**. 1ª ed. Cizur Menor: Civitas, 1996, p. 132 (Kindle).

<sup>82</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Coleção Estudos de Direito Penal, vol. 8. Tradução de Maurício Antonio Rirbeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 11.

<sup>83</sup> ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 110.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 106.

Por fim, o último ponto se refere ao alcance do tipo, no qual deverá vigorar o princípio da autorresponsabilidade. De acordo com Bottini, ao criar um risco não permitido, o agente se tornará responsável pela conduta de terceiros que, dolosa ou culposamente, integrem o seu curso causal, desde que a situação esteja abrangida pelo “âmbito da norma violada”.<sup>85</sup> Adaptando-se o exemplo dado por Roxin, o traficante que vende uma injeção de heroína para a vítima cria um risco não permitido, tendo em vista que o tráfico de drogas é um crime grave no Brasil. Todavia, se, ao injetar a droga em si mesma, a vítima vem a óbito, o traficante não responderá por homicídio, ainda que se considere que esse resultado era altamente possível. Isso ocorre porque o alcance do tipo de tráfico de drogas não abrange a autocolocação em perigo do usuário<sup>86</sup>. Acerca do assunto, disciplina Robles Planas<sup>87</sup>:

*En el desarrollo de una teoría de la conducta típica de intervención es fundamental el principio de autorresponsabilidad, entendido de forma normativa: creación desaprobada – activa u omisiva- de un riesgo teniendo en cuenta la conducta autorresponsable de otro sujeto –activa u omisiva. Los pormenores suelen tratarse bajo el eslogan de la moderna “prohibición de regreso” o de las “conductas neutrales.*

A título de registro, vale mencionar que Greco, ao elencar os pressupostos da imputação objetiva, apresenta uma pequena divergência em relação àquela proposta por Roxin. Para aquele autor, a configuração da tipicidade objetiva dependerá (i) da criação de um risco (que levará em consideração eventuais conhecimentos superiores do autor); (ii) desde que este seja juridicamente desaprovado (que pressupõe uma ponderação entre o interesse geral de liberdade e o interesse de proteção de bens jurídicos); e (iii) se realize no resultado.<sup>88</sup>

Outra questão de suma importância, ainda em relação à teoria da imputação objetiva, é a maior relevância dada ao tipo objetivo, se comparada às teorias causalista e finalista.<sup>89</sup> Nesse sentido, Greco<sup>90</sup> sustenta que “um dos maiores progressos trazidos pela teoria da imputação objetiva é o fato de ter retirado ela do tipo subjetivo uma série de problemas que por ele não podiam receber uma solução adequada”.

Todavia, conforme os ensinamentos de Roxin, o elemento subjetivo é fundamental para a análise da criação de um risco não permitido. Nesse sentido, a existência ou não

<sup>85</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 271.

<sup>86</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. rev. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 107-109.

<sup>87</sup> PLANAS, Ricardo Robles. *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)*. **Revista para el análisis del derecho – InDret**, Barcelona, 2/2012. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/886.pdf>>. Acesso em: 04 jun 2022.

<sup>88</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 116 - 121.

<sup>89</sup> ROXIN, *op. cit.*, 2008, p. 118.

<sup>90</sup> GRECO, *op. cit.*, p. 115.

daquele risco também dependerá do “conhecimento especial do autor”. Para exemplificar o referido entendimento, dispõe o mencionado doutrinador:

Por isso, inexistente criação não permitida de perigos quando alguém convence outrem a fazer uma viagem, na qual o avião cai. Se aquele que induz à viagem tiver, porém, informações de que está planejando um atentado ao avião, torna-se ele *ceteris paribus* punível pelo ato culposo (e também pelo doloso, a depender da disposição de sua vontade).<sup>91</sup>

Com isso, embora o próprio nome da teoria indique um maior destaque para o tipo objetivo, o tipo subjetivo também possui relevância. O grande ponto para compreender essa teoria é observar que a ação típica – homicídio, lesão corporal, *etc.* – é puramente objetiva, isto é, independe de dolo ou culpa. Estes serão analisados posteriormente, se for o caso. Por outro lado, como demonstrado acima, há questões cognitivas que integram a própria análise da imputação ao tipo objetivo, quais sejam: “conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição de responsabilidade entre diversos participantes”.<sup>92</sup>

Diante de sua capacidade de solucionar casos que as demais teorias não conseguiram de forma suficiente, a teoria da imputação objetiva passou a ser cada vez mais aceita pela doutrina. Badaró e Bottini<sup>93</sup>, por exemplo, em sua obra que trata da lavagem de dinheiro, sustentam a necessidade de se recorrer à referida teoria “para definir a responsabilidade penal por cada ato – e de cada interveniente – [...]” e “para determinar os limites da abrangência da norma penal sobre comportamentos concretos”.

Conclui-se, assim, que a teoria da imputação objetiva é essencial para a solução de casos complexos. Questões que antes não poderiam ser respondidas encontraram nessa teoria uma solução dogmática capaz de dar maior segurança jurídica à tipicidade da conduta.

### 1.5 As ações neutras

Uma vez analisada a teoria da imputação objetiva, bem como assuntos conexos, é possível avançar no estudo e verificar a possibilidade (ou não) da imputação de ações neutras. Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, conceituá-las e compreender os seus aspectos práticos.

---

<sup>91</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. rev. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, p. 121.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>93</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 176.

Como visto anteriormente, a teoria da imputação objetiva concede maior relevância ao tipo objetivo e, assim, permite que a análise acerca da tipicidade das condutas sequer chegue ao crivo do tipo subjetivo, desde que não se façam presentes os elementos objetivos.

Um dos requisitos do tipo objetivo é a criação de um risco não permitido. Sendo assim, quando a conduta do agente ensejar tão somente na criação de um risco permitido, não restará configurada a tipicidade. Isso ocorre porque, para o cometimento de determinado crime, os agentes podem se utilizar da conduta de terceiros para a consecução do *iter criminis*. Isso, porém, não significa que estes também praticaram ou participaram do fato típico. Sobre o tema, ensina Lemos:

É dizer, portanto, que tais ações são condutas estandirizadas, cotidianas, inócuas. Pela sua natureza, não apresentam internamente qualquer viés de antijuridicidade, em que pese contribuam para o fato típico alheio. [...] Ora, se porventura o autor de delito buscar no interveniente neutro a consecução de parcela de seu *iter criminis*, por certo, poderá busca-lo em qualquer indivíduo. Exemplificativamente, se o padeiro vende pão a sujeito que tem por intento envenenar outrem utilizando-se daquele alimento, este primeiro não comete qualquer ilícito de índole penal.<sup>94</sup>

No mesmo sentido, Rassi identifica as ações neutras como condutas socialmente aceitas, ainda que sejam perigosas. Isso porque, segundo o referido autor, nem todas as ações que criam riscos são proibidas, tendo em vista que, em razão de sua utilidade, são toleradas pela sociedade.<sup>95</sup> São exatamente estas condutas que são intituladas de neutras, isto é, ações que não criam qualquer risco não permitido. Nas palavras de Greco<sup>96</sup>, que busca apresentar um conceito descritivo e aberto, “ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente puníveis”.

No mesmo sentido, Estellita acrescenta que “o agente pode contribuir objetivamente para a prática do injusto, desconhecendo as contribuições dos demais e, assim, não tendo como compreender o significado criminoso de sua contribuição”.<sup>97</sup> É em decorrência dessa importância na verificação da imputação do agente que Planas afirma que a teoria das ações

<sup>94</sup> LEMOS, Marcelo Augusto Rodrigues de. **Ações neutras em direito penal: a perspectiva do cúmplice em crimes de lavagem de dinheiro**: a perspectiva do cúmplice em crimes de lavagem de dinheiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 44.

<sup>95</sup> RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 146.

<sup>96</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 110.

<sup>97</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. 1ª ed. São Paulo: Martial Pons, 2017, p. 40.

neutras é o “principal instrumento teórico desenvolvido durante os últimos anos para delimitar as esferas de responsabilidade entre os possíveis intervenientes de um mesmo fato”.<sup>98</sup>

Diante disso, Greco buscou verificar as condições para que as ações neutras excluam a tipicidade objetiva. Em outras palavras, tratou-se de analisar se e em quais hipóteses as ações neutras têm o condão de impedir que ocorra a imputação de crime. Chegou-se à conclusão de que, para alcançar essa resposta, deve-se questionar se o risco criado pela conduta neutra é permitido ou não. E mais profundo ainda: deve-se questionar o fundamento que torna esse risco permitido. Em suma, conclui-se que se trata de uma questão político-criminal.<sup>99</sup>

Nesse sentido, Greco invoca como solução a aplicação do princípio da idoneidade (o qual será melhor analisado no terceiro capítulo). A idoneidade, aqui, pertence à proibição. Isto é, o risco será proibido quando a proibição for idônea para proteger o bem jurídico concreto. Nas palavras do referido autor: “não é preciso que a não-prática da ação proibida salve o bem jurídico; basta que ela melhore, de alguma maneira, a situação deste”.<sup>100</sup>

A fim de melhor compreender o princípio da idoneidade, segue um exemplo: “Z”, sabendo dos planos de “Y” de matar sua esposa, vendeu-lhe um machado. Ato contínuo, “Y” se dirige à sua esposa e pratica o crime de homicídio doloso valendo-se daquele instrumento. Deverá “Z” responder pelo crime? De acordo com Greco, não. Veja-se:

Segundo a teoria defendida neste trabalho, se o machado puder ser obtido sem maiores complicações em qualquer outro lugar, Z não terá criado um risco proibido, risco juridicamente desaprovado, vez que a proibição desta conduta seria inidônea para proteger a vida da esposa do autor principal. É verdade que o caso não contém especificações a respeito. O juiz teria de ordenar a produção desta prova, que, caso não lhe fosse entregue, ensejaria a absolvição com base no *in dubio, pro reo*. E é assim que resolveremos o caso: absolvendo Z, em razão do *in dubio, pro reo*.<sup>101</sup>

Em entendimento semelhante, Jakobs apresenta outro exemplo. Imagine-se que um engenheiro alugue um carro e, tendo em vista seus conhecimentos técnicos, descobre que os freios do veículo irão falhar em breve e, mesmo assim, devolve o carro ao locador. Conforme o previsto, o locador utiliza o carro e sofre um acidente. Para o referido autor, não há responsabilidade penal por parte do engenheiro, pois ninguém espera que quem alugue um carro possua conhecimentos especiais em mecânica.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 224.

<sup>99</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 121-122.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 140-142

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>102</sup> JAKOBS, Günther. **La imputación objetiva em derecho penal**. 1ª ed. Cizur Menor: Civitas, 1996, p. 164. (Kindle).

Nada obstante, o mesmo autor entende que haverá responsabilidade penal quando o autor estiver em uma posição que deva ativar todas as suas capacidades. Para tanto, partindo do caso anterior, Jakobs sustenta que, caso o próprio proprietário do veículo saiba que o seu carro está com os freios falhando, deve levá-lo à oficina mecânica, sob pena de ser responsabilizado pelos danos eventualmente causados em decorrência disso.<sup>103</sup>

Veja-se outro exemplo proposto por Greco: “A” pretende matar sua esposa e conta os seus planos a “B”, seu amigo, o qual lhe empresta um machado. Ato contínuo, “A” comete homicídio doloso contra sua esposa se valendo do instrumento emprestado por “B”. Deverá este responder pelo crime? De acordo com Greco, sim. Dispõe o referido autor:

A, ao entregar o machado, contribui para que o injusto doloso típico principal seja cometido, criando risco juridicamente desaprovado que vem a realizar-se no resultado. Fá-lo igualmente com dolo, estando presente, assim, o tipo da cumplicidade. Inexistindo causas de justificação ou exculpação, podemos concluir ser A punível por cumplicidade no delito de homicídio doloso qualificado.<sup>104</sup>

Tais exemplos decorrem da criminalidade clássica, a qual “gira em torno dos delitos contra interesses individuais, especialmente da vida e integridade, propriedade e liberdade em suas diversas facetas”.<sup>105</sup> Em razão disso, Hassemer faz questão de mencionar que, com o aumento da complexidade social, os exemplos apresentados pela doutrina também se tornam mais complexos. Veja-se:

[...] enquanto o Direito Penal de outrora se ocupava de problemas do tipo “Caio envia Tício à floresta na iminência de uma tempestade, na esperança de que este último seja fulminado por um raio”, atualmente tem que se defrontar com problemas do calibre de uma causação de danos decorrente de uma decisão por escassa maioria do conselho fiscal de uma SA, ou de uma organização desastrosa de uma equipe cirúrgica: a complexidade de nosso mundo desenvolve-se principalmente em complexas cadeias de responsabilidade.<sup>106</sup>

Diante disso, as ações neutras ganharam uma relevância ainda maior nos delitos econômicos. Pode-se mencionar, como integrantes dessa nova criminalidade, crimes como corrupção ativa e passiva, evasão de divisas, fraude à licitação, crimes contra a ordem

<sup>103</sup> JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva em derecho penal*. 1ª ed. Cizur Menor: Civitas, 1996, p. 165-167. (Kindle).

<sup>104</sup> GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 151.

<sup>105</sup> RIPOLLÉS, José Luis. *A política criminal na encruzilhada*. Tradução de André Luís Gallegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 21.

<sup>106</sup> HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. 1ª ed. Coleção Estudos MP, vol. 7. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 51.

tributária, lavagem de dinheiro *etc.* Este último, que está disciplinado na Lei n.º 9.613/1998<sup>107</sup>, têm gerado grandes discussões acerca da criação de riscos não permitidos.

Badaró e Bottini<sup>108</sup> apresentam dois exemplos para ilustrar o assunto: a) o gerente do banco que movimenta valores entre contas-correntes a pedido de determinado cliente; e b) o advogado que é contratado para abrir uma empresa *offshore* para seu cliente. Em ambos os casos existe o risco de o profissional servir de meio para a prática de lavagem de dinheiro por parte do cliente. Todavia, conforme o ensinamento dos referidos autores, a conduta de ambos os profissionais será neutra, desde que tenham observado as normas técnicas e o dever normal de cautela.

Ao compreender o conceito de ações neutras, percebe-se que se trata de um tema que vai muito além da mera análise dogmática. A política criminal adotada é indispensável na sua aplicação, especialmente na identificação dos riscos permitidos e não permitidos. Como visto, ao operador do direito cabe, inclusive, verificar a prática de condutas padrões ou *standards*, sob pena de criminalizar ações cotidianas que, de modo geral, são necessárias para o normal desenvolvimento social e econômico da população.

---

<sup>107</sup> BRASIL. **Lei 9613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1998. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2023

<sup>108</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 178-179.

## 2 BUSINESS JUDGMENT RULES E OS DEVERES FIDUCIÁRIOS

Em que pese o objeto do presente estudo se fundamente na responsabilidade penal, seria leviano abordar a responsabilidade individual dos gestores sem, antes, analisar como ela ocorre no direito privado. Por ser a *ultima ratio*, a seara penal deve considerar o âmbito cível e administrativo de responsabilização individual.

Nesse sentido, ao tratar dos limites e alcances da responsabilidade penal da alta direção, Castejón ensina a relevância de se reparar, antes, no tratamento que o direito privado dispensa à mesma matéria. De acordo com o referido autor:

*[...] tratar la responsabilidad de los sujetos en la empresa sin reparar en el Derecho mercantil, no es solo difícil, sino a mi parecer, inadecuado, principalmente porque se puede errar al pretender aportar soluciones de máximos aplicando el Derecho penal sin reflexionar sobre como se han solucionado desde el derecho privado problemáticas similares, y en ocasiones, idénticas.*

À medida que as relações humanas se tornam mais complexas, as divisões entre os ramos do direito, que antes eram claras, acabam ficando cada vez mais difíceis de serem visualizadas. Em razão disso, Hassemer, ao dissertar sobre os problemas modernos da sociedade, sugere a criação de um “Direito interventivo correspondentemente ‘moderno’ na zona fronteira entre o Direito administrativo, o Direito penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos”.<sup>109</sup>

Diante disso, o presente capítulo irá abordar, precipuamente, os riscos da atividade empresarial e as regras que se aplicam à responsabilização civil e administrativa dos administradores de empresas. A partir disso, será possível analisar, nos capítulos seguintes, a responsabilização penal e o que deve – ou não – ser aplicado no âmbito criminal.

### 2.1 O risco inerente à atividade econômica

Como já analisado anteriormente, o risco está presente em todos os âmbitos da sociedade moderna. Dentre tantas possibilidades, quase nunca os resultados estão sob o controle de quem toma as decisões. Obviamente, a depender da matéria, da localidade, da cultura e de diversos outros fatores, o grau de risco pode ser maior ou menor.

No mundo capitalista, a atividade econômica é movida pelo risco. As constantes mudanças sociais e tecnológicas tornam a economia cada vez mais complexa. À medida que

---

<sup>109</sup> HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. 1ª ed. Coleção Estudos MP, vol. 7. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 59.



isso ocorre, as leis e normas que a regulam vão se tornando obsoletas. Isso, por óbvio, faz com que aumente cada vez mais as situações de imprevisibilidade. Nesse sentido:

*The reason is that law's ability to provide stable and predictable solutions to future contingencies decline as economic complexity increases. Put differently, socioeconomic and technological change renders law incomplete [...].<sup>110</sup>*

Com isso, conclui-se que os agentes que atuam no mercado econômico precisam se arriscar em determinadas decisões, isto é, necessitam agir mesmo sem ter o total controle do resultado, bem como sem poder prever todas as consequências. Para ilustrar tal situação, vale mencionar a história narrada por Black:

*Imagine a company whose business strategy includes, this year, spending \$10 billion to build several new factories, to sell products they haven't yet developed, to customers they don't yet have. The strategy will succeed only if the market grows by at least 30% this year, and their engineers solve multiple technical difficulties and turn their plans for new products into real products that can be mass produced, on time. If the company succeeds, they will do the same thing next year, only on a larger scale. If they fail, the factories will sit idle, and the equipment in the factories will be obsolete within five years. The chief executive officer of the company has been quoted in the business press, where he describes this strategy (to paraphrase just a bit) as being like driving a car at 150 kilometres per hour, along a winding mountain road, in the dark, with the lights out, trying not to crash. This strategy is guaranteed to crash, sooner or later. The company's managers just don't know when. When the crash comes, do we want a judge to look at this strategy and the CEO's explanation, and hold the directors personally liable for the damage? If we are ever going to hold directors liable for negligence, this seems like a strong case for doing so. Or do we want to allow directors to take wild risks, in the hope of achieving wild success? The business judgement rule lets directors take risks, even wild risks. There is a twist to this story. The company is Intel, which is one of the world's most successful companies. The CEO who described his business strategy as like driving at high speed down a mountain road in the dark is Andrew Grove.<sup>111</sup>*

Esse fato verídico demonstra o quão arriscado pode ser a decisão tomada por um gestor. Como visto, o próprio CEO da Intel (empresa multinacional de relevância no mercado da tecnologia) comparou a sua estratégia para aquele ano como “estar dirigindo um carro a 150 quilômetros por hora, ao longo de uma estrada sinuosa na montanha, no escuro, com os faróis desligados, tentando não causar um acidente” (tradução livre).

Nesse sentido, os administradores de empresas, por mais diligentes e racionais que sejam, sempre precisarão tomar decisões que trazem consigo diferentes níveis de risco. A busca pelo lucro, seja de forma comedida ou agressiva, implica na possibilidade de se obter prejuízos. Sobre o assunto:

---

<sup>110</sup> PISTOR, Katharina; MILHAUPT, Curtis J. **Law and Capitalism**: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world. Chicago: The University of Chicago, 2008, p. 43.

<sup>111</sup> BLACK, Bernard S. *The core fiduciary duties of outside directors*. **Asia Business Law Review**, 2001, p. 16-17.

Ora, como dito anteriormente, o administrador de uma companhia tem de agir visando ao lucro e, neste sentido, toda decisão tomada possui, em si, uma certa dose de risco à ela inerente. O administrador deve adotar postura criativa e inovadora frente aos desafios do mercado e da economia. Tal postura carrega em seu bojo riscos, os quais podem resultar em um mau resultado à companhia caso algo não ocorra como o esperado. Por outra via, os lucros almejados podem ser alcançados, satisfazendo aos interesses da sociedade e dos sócios em patamar até maior do que o esperado.<sup>112</sup>

Como se vê, aos empresários é impossível prever, com elevado grau de certeza, a combinação de todas as variáveis possíveis para que sua decisão seja imune a riscos. Aliás, caso fosse possível antever as mudanças do mercado, não haveria que se falar em lucro, haja vista que todos os concorrentes, guiados pela mesma certeza, envergariam para a mesma direção. Nesse sentido, Brigagão conclui que “é justamente a possibilidade de erro que lhes dá a chance de lucrar”.<sup>113</sup>

Diante desse contexto, ao dissertar sobre a discricionariedade e responsabilização dos administradores de empresas, Lima afirma que “existe uma multiplicidade de situações em que um administrador, agindo com a maior lisura e boa-fé, pode tomar a decisão errada, do ponto de vista de política de negócios e, com isso, causar prejuízos à companhia”.<sup>114</sup>

Sendo assim, aos empresários compete fazer uma análise entre os riscos e os possíveis lucros. Grandes riscos podem não compensar os possíveis lucros, a depender do perfil do gestor, que poderá ser agressivo, moderado ou conservador. Diante disso, acrescentar-lhes mais um risco, o de serem responsabilizados pelas decisões que geraram resultados negativos, pode desestimular administradores e causar uma estagnação econômica.

Em acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, o Ministro Bruno Dantas expôs o receio dos próprios administradores públicos de tomar decisões inovadoras – e consequentemente mais arriscadas – por receio de serem responsabilizados. De acordo com o Ministro, “agências reguladoras e administradores públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem seus atos questionados. Ou pior: deixam de decidir questões simples à espera de aval prévio que lhes conforte” (TCU - RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO (RACOM): 02607120177, Relator: BRUNO DANTAS, Data de Julgamento: 19/09/2018, Plenário).

<sup>112</sup> ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; SANTOS, Luccas Farias. A administração de sociedades e a *business judgment rule* sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 5, nº 5, 695-716, 2019, p. 700.

<sup>113</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A administração de Companhias e a *business judgment rule***. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 36.

<sup>114</sup> LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 129-130.

Nesse contexto, deve-se evitar intervenções indevidas do Estado na economia. No próximo tópico será analisado um importante instrumento jurídico desenvolvido para evitar tais intervenções e, com isso, dar maior segurança jurídica e autonomia aos gestores nas tomadas de decisões.

## 2.2 O conceito e a origem da *business judgment rule*

Há muito tem sido questionada a possibilidade de intervenção do judiciário em decisões negociais dos administradores de empresas. Como visto anteriormente, a gestão de uma empresa envolve decisões inerentemente arriscadas, cujos resultados serão descobertos somente no futuro, podendo ser positivos ou negativos. Caso uma decisão arriscada gere prejuízos para a sociedade no futuro e os gestores sejam responsabilizados por isso, certamente será inviabilizado, em grande parte, o desenvolvimento das atividades econômicas.

E foi exatamente para evitar a responsabilização dos gestores por más decisões na condução das empresas é que surgiu, nos Estados Unidos, a *business judgment rules* (regra da autonomia da decisão negocial), a qual pode ser conceituada como uma:

[...] descrição básica dos princípios aplicáveis à tomada de decisão dos administradores com razoabilidade e devidamente informados, que não lhes permitem a responsabilidade no caso de a decisão se tornar, de certo modo, desastrosa ou má no ponto de vista da Companhia [...].<sup>115</sup>

Depreende-se, assim, que o presente instituto é um instrumento de extrema relevância para identificar as hipóteses em que os gestores empresariais poderão ser responsabilizados pelas decisões tomadas na condução das atividades da empresa. Ou seja, o administrador não deverá ser responsabilizado pelo resultado propriamente dito, mas pelos princípios, deveres ou regras observados para a tomada da decisão. Trata-se, portanto, de um instrumento que visa condicionar a intervenção estatal nas decisões empresariais. Brainbridge, inclusive, sustenta que o instituto em epígrafe é uma *abstention doctrine*, isto é, uma doutrina que impede que as decisões da alta diretoria sejam revistas pelas cortes.<sup>116</sup>

Tal regra não foi elaborada por meio de uma lei ou de uma única decisão. Seus contornos teóricos e práticos se deram no decorrer de mais de um século. A doutrina menciona julgados de diversos tribunais dos Estados Unidos, tais como a Suprema Corte de

<sup>115</sup> SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos Administradores de S.A.: Business Judgment Rule**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.1.

<sup>116</sup> BRAINBRIDGE Stephen M. *The business judgment rule as abstention doctrine*. **Vanderbilt Law Review**, 57, 2004, p. 83.

Louisiana (*Percy v. Millaoudon*, julgado em 1829, e *Watkins v. North American Land & Timber Co.*, julgado em 1902), Suprema Corte do Alabama (*Godbold v. Branch Bank*, julgado em 1847), Suprema Corte de Rhode Island (*Hodges v. New England Screw Co.*, julgado em 1850 e 1853), Suprema Corte da Pensilvânia (apelações *Sperling's Appeal* e *Watt's Appeal*, julgadas em 1872 e 1875), Suprema Corte de Nova York (*Leslie v. Lorillard et al*, julgado em 1888), Suprema Corte de Michigan (*Dodge v. Ford Motor Co*, julgado em 1919), etc. Nada obstante, o tribunal que mais se destaca na matéria e que mais tem tido relevância no assunto é, sem dúvidas, a Suprema Corte de Delaware.<sup>117</sup>

No importante caso *Bodel v. General Gas & Electric Corp.*, a Corte de Chancelaria de Delaware assentou que os diretores da empresa possuem presunção de que estão agindo em favor da companhia e que, portanto, para responsabilizá-los, deveria ser demonstrado que agiram em seu próprio interesse.

Posteriormente, agora julgado pela Suprema Corte do mesmo Estado, adentrou-se, novamente, no assunto, trazendo novos contornos. Era importante verificar se os tribunais sempre poderiam analisar o mérito das decisões dos gestores. Isso porque, caso as suas decisões pudessem ser revistas em juízo indiscriminadamente, eles estariam sempre diante de uma potencial responsabilização. Nesse contexto, a referida corte assim decidiu:

*The Legislature, in enacting the statute, meant to clothe the directors of a corporation with exceptionally large powers in the sale of its no par value stock. If in the particular case there is nothing to show that the directors did not exercise their discretion for what they believed to be the best interest of the corporation, certainly an honest mistake of business judgment should not be reviewable by the Court.*<sup>118</sup>

Com isso, estabeleceu-se que as decisões dos diretores só poderiam ser revistas pela Justiça quando houvesse alguma demonstração de que não foram honestas. Sendo assim, ainda que tenha sido tomada uma má decisão, se houve boa-fé por parte do dirigente, ela não poderia ser revista pelo Judiciário. Isso se deve a um motivo óbvio: os tribunais entenderam que não estão aptos a tomar decisões melhores do que os próprios administradores, tendo em vista que elas podem ter sido precedidas de bastante estudo e serem resultado de raciocínios complexos. Nesse sentido, dispõe Sharfman:

<sup>117</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A administração de Companhias e a business judgment rule**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 109-113.

<sup>118</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Delaware. *Bodell v. Gen. Gas. & Elec. Corp. (Bodell II)*, 15 Del. Ch. 420, 426, 140 A. 264, 267 (Del. 1927).

*In part, the humility expressed by courts with respect to their own decision-making abilities is reflective of their understanding that making a business decision can be the result of a long and complicated thought process requiring expertise that courts do not have.*<sup>119</sup>

Importante mencionar, ainda, o caso *Aronson v. Lewis* (1984), julgado pela Suprema Corte de Delaware. Nesse julgado, o referido tribunal estabeleceu que, além da boa-fé e da honestidade, os administradores devem tomar decisões com base em informações obtidas previamente.<sup>120</sup> A partir disso, a sua aplicação foi se expandindo para além da jurisdição norte-americana, alcançando países que também adotam o sistema da *common law* e, posteriormente, países que adotam o sistema da *civil law*, como o próprio Brasil.

Houve algumas tentativas de codificação da *business judgment rule* nos Estados Unidos. Como principais exemplos, tem-se: a) *Model Business Corporation Act*; e b) *Principles of Corporate Governance: analysis and recommendations*. O primeiro foi elaborado pela *American Bar Association* com o fim de servir como modelo para a revisão das legislações estaduais. Na Seção 8.30, o referido documento estabeleceu padrões de conduta, não tendo a menor pretensão de fixar um conceito para a *business judgment rule*.<sup>121</sup> Dentre tais padrões, constam os deveres de diligência e a boa-fé.<sup>122</sup>

Quanto ao segundo, *Principles of Corporate Governance*, foi elaborado pelo *American Law Institute*, tendo disposto acerca da *business judgment rule* na Seção 4.01(c) do projeto. De acordo com Brigagão, este documento não prevê a regra da autonomia da decisão negocial como uma presunção, devendo o administrador preencher todos os requisitos para ser alcançado por ela.<sup>123</sup> Quanto a tais requisitos, estabelece o referido dispositivo:

*(c) A director or officer who makes a business judgment in good Faith fulfills his duty under this Section if:*  
*(1) he is not interested in the subject of his business judgment;*  
*(2) he is informed with respect to the subject of his business judgment to the extent he reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and*  
*(3) he rationally believes that his business judgment is in the best interests of the corporation.*<sup>124</sup>

<sup>119</sup> SHARFMAN, Bernard S. *The importance of the business judgment rule*. *New York University Journal of Law & Business*, vol. 14, ano 2017, nº 1, p. 46.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>121</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de Companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 148-149.

<sup>122</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Model Business Corporation Act*. 3ª ed., 2003. Disponível em: <[http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347\\_large.pdf](http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347_large.pdf)>. Acesso em: 31 out 2022.

<sup>123</sup> BRIGAGÃO, *op. cit.*, p. 149.

<sup>124</sup> CARNEY, William J. *Section 4.01 of the American Law Institute's Corporate Governance Project: restatement or misstatement?* *Washington University Law Quarterly*, vol. 66:239, 1988, p. 271.

No direito pátrio, a exposição de motivos<sup>125</sup> da Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/1976) demonstrou especial preocupação com a responsabilização dos seus gestores. Em determinado trecho, ressaltou-se que o então projeto de lei, em seu Capítulo XII, Seção IV, “procura fixar os padrões de comportamento dos administradores, cuja observância constitui a verdadeira defesa da minoria e torna efetiva a imprescindível responsabilidade social do empresário”.

Destarte, a referida lei estabeleceu em seu artigo 159, §6º, que “o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”. Ao comentar sobre a sua redação, Lima sustenta que:

Num plano consciente, o legislador brasileiro parece ter se limitado a transpor para a legislação pátria a famosa *business judgment rule*, inferida através do processo lógico-indutivo da jurisprudência norte-americana e expressa em alguns Códigos, como o *Model Business Corporation Act*.<sup>126</sup>

No mesmo sentido, ao comentar acerca da inserção da referida regra na legislação brasileira, ensina Pargendler:

Corretamente entendido, o art. 159, § 6.º, consagra verdadeira *business judgment rule* à brasileira. A similitude guardada com a *business judgment rule* reside sobretudo na *ratio* comum: tutelar as decisões empresariais tomadas de forma honesta e bem intencionada, ainda que venham a se mostrar prejudiciais ou equivocadas *a posteriori*, pelas razões identificadas à exaustão pela doutrina e jurisprudência norte-americanas.<sup>127</sup>

Outro dispositivo de extrema relevância para o tema é o artigo 153 da mesma lei, o qual dispõe que “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. Com redação quase idêntica, estabelece o Código Civil, em seu artigo 1.011, que “o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o

<sup>125</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. **Exposição de motivos n.º 196** de 24 de junho de 1976. Disponível em: <[https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso\\_informacao/institucional/sobre/anexos/EM196-Lei6404.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/acesso_informacao/institucional/sobre/anexos/EM196-Lei6404.pdf)>. Acesso em: 30 set 2022.

<sup>126</sup> LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, p. 126.

<sup>127</sup> PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 953, p. 51-74, mar., 2015, p. 5. Disponível em: <[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63941167/5\\_PARGENDLER\\_-\\_Responsabilidade\\_Civil\\_dos\\_Administradores\\_e\\_Business\\_Judgment\\_Rule\\_201520200716-121979-12huech-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667371770&Signature=QmtJ-BGWaNwMKO1CQW7RyvQbsRpGPgvr3ynX2c96M-SIomqm4d1Ar9RmhUxehuj-QhjPsNl7gVfpR0Cb543VQ8nTbqzNuq75pyD0guR0vXE22VKFzSAYM5oCAqQ61eIm1LCirMU6u0pkO-1m1hg-nHYHx8KKRcIbD4ZM411xbyLVdhgNWHCgytJcpnR-2Ca5yVLWBv2EuLUkzRuB17DpwY2wtMUvyLsdgfkQK3~EmJ5xtSrKiZJiuCBCrcyatXqInmud6a67ZdAR5hm8SHXrfl5sjA8Corzv-fS8VCrV2y5aJbclzxs1IK9Ec6bFruuj0sD0xxZZpVz88cd3JeDbnQ\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63941167/5_PARGENDLER_-_Responsabilidade_Civil_dos_Administradores_e_Business_Judgment_Rule_201520200716-121979-12huech-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667371770&Signature=QmtJ-BGWaNwMKO1CQW7RyvQbsRpGPgvr3ynX2c96M-SIomqm4d1Ar9RmhUxehuj-QhjPsNl7gVfpR0Cb543VQ8nTbqzNuq75pyD0guR0vXE22VKFzSAYM5oCAqQ61eIm1LCirMU6u0pkO-1m1hg-nHYHx8KKRcIbD4ZM411xbyLVdhgNWHCgytJcpnR-2Ca5yVLWBv2EuLUkzRuB17DpwY2wtMUvyLsdgfkQK3~EmJ5xtSrKiZJiuCBCrcyatXqInmud6a67ZdAR5hm8SHXrfl5sjA8Corzv-fS8VCrV2y5aJbclzxs1IK9Ec6bFruuj0sD0xxZZpVz88cd3JeDbnQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA)>. Acesso em: 1 nov 2022.

cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

Como se vê, os dispositivos supra mencionam o dever de diligência, que, nas palavras de Alves, “é a base de todos os deveres fiduciários de quem exerce a administração”<sup>128</sup>. Os referidos deveres serão melhor analisados no tópico seguinte, porém vale fazer, desde já, uma ressalva: apesar de a redação do artigo equiparar a diligência do administrador à diligência empregada nos negócios pessoais, deve-se fazer uma interpretação sistêmica, identificando o administrador como *businessman*, e não como *bônus pater familias* (pai de família).<sup>129</sup>

O Tribunal de Contas da União expressamente adotou a aplicação da *business judgment rule* no acórdão 28424/2015. Em seu voto, o Ministro Relator José Múcio Monteiro assim dispôs:

Tal pressuposto foi inspirado em conceito originado nas Cortes Superiores Americanas, a chamada *business judgment rule*. Traduzida como “regra de decisão empresarial”, consiste em determinado padrão de atuação para o gestor, com parâmetros norteadores do comportamento do administrador, os quais, se observados, isentam o gestor de responsabilidade por prejuízos eventualmente causados. Mais ainda, a regra aplica-se como garantia de que as decisões tomadas com lastro nos deveres de diligência e lealdade não se sujeitem à revisão por tribunais.<sup>130</sup>

Desde então, o referido tribunal vem aplicando a *business judgment rule* em suas decisões. Ao analisar a prestação de contas da Companhia Docas do Estado do Rio de Janeiro (CDRJ), por exemplo, adotou-se o entendimento de que não caberia àquele órgão julgador substituir a decisão do gestor da sociedade. Ao expor sua análise, o Ministro Relator Vital do Rêgo assim sustentou:

9.2. Reitere-se que o julgamento pela irregularidade das contas foi motivada pelo entendimento deste Tribunal de que o gestor deveria ter anulado os Contratos C-Depjur 100/1997 e C-Depjur 86/1998, em vez de tentar renegociá-los. No entanto, a escolha do gestor, à época, era inteiramente legítima, além de não ser ilegal, antieconômica, nem contrária ao interesse público.

9.3. Nesse sentido, assiste razão ao recorrente nas suas considerações acima, no sentido de que não caberia a este Tribunal substituir a escolha do gestor.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; SANTOS, Luccas Farias. A administração de sociedades e a *business judgment rule* sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 5, nº 5, 695-716, 2019, p. 699.

<sup>129</sup> *Ibid*, p. 699.

<sup>130</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria (RA) 004.920/2015-5**. Relator: Min. José Múcio Monteiro, 04 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/004.920%252F2015-5/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/24/%2520>>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 14.

<sup>131</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Prestação de Contas Simplificada (PCSP) 012.046/2003-7**. Relator: Min. Vital do Rêgo, 11 de outubro de 2022. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/TC%2520012.046%252F2003-7/%2520/DTRE>

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 5942, faz alusão à *business judgment rule*. A referida ação tratou de eventual inconstitucionalidade do Decreto n.º 9.355/2018, o qual estabeleceu procedimento especial de cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobras. Ao negar a inconstitucionalidade, o Ministro Luiz Fux assim dispôs em seu voto:

Nessa perspectiva, o decreto, na linha das leis ordinárias em que se lastreia, pretendeu prestigiar a faceta empresarial das empresas estatais, a fim de evitar a criação, por via transversa, de desincentivos à atividade negocial ou à aquisição de novas participações, justamente em razão da dificuldade de se desvencilhar, posteriormente, de ativos que não mais se coadunam com seu planejamento institucional. Torna-se válida a referência, neste ponto, à chamada teoria da *business judgment rule*, enquanto *standard* de autocontenção judicial no julgamento de escolhas societárias.<sup>132</sup>

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça também já aplicou a mencionada regra. Acionistas minoritários do Banco Sudameris Brasil S.A., indignados com a decisão empresarial de diluir as suas ações por meio da aquisição do controle de outra instituição financeira, entraram com um pedido de indenização contra a acionista controladora, a Banque Sudameris S.A. Sob a relatoria do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, o referido tribunal entendeu que, “de acordo com a autonomia da decisão empresarial, não compete ao Poder Judiciário adentrar o mérito das decisões tomadas pelo acionista controlador na condução dos negócios sociais, ressalvada a hipótese de abuso do poder de controle, não verificada na espécie”.<sup>133</sup>

Outrossim, cita-se uma importante decisão da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) no PAS n.º RJ2005/1443, onde o Diretor Relator Pedro Oliva Marcilio de Sousa assim dispôs:

A construção jurisprudencial norte-americana para o dever de diligência em nada discrepa do que dispõe o art. 153 da Lei 6.404/76, sendo possível utilizar-se, no Brasil, dos mesmos standards de conduta aplicados nos Estados Unidos. A utilização desses standards poderia fazer com que a aplicação do art. 153 fosse mais efetiva do que é hoje, pois poderíamos passar a observar o processo que levou à tomada da decisão para ver se os cuidados mínimos, que demonstram a diligência do

---

LEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 12.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5942/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 13 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 12.

<sup>133</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1337265/SP**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 27 de novembro de 2018. Disponível em: <[https://processo.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201201616593&dt\\_publicacao=23/05/2019](https://processo.stf.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201616593&dt_publicacao=23/05/2019)>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 1.



administrador, foram seguidos, não nos limitando a simplesmente negar a possibilidade de re-análise do conteúdo da decisão tomada.<sup>134</sup>

Sem embargo, Pargendler faz uma importante advertência acerca da diferente funcionalidade do referido instituto em solos norte-americano e brasileiro. *In verbis*:

De outro lado, ainda que a *business judgment rule* seja perfeitamente funcional no sistema norte-americano, daí não necessariamente decorre a sua adequação ao direito brasileiro. Em primeiro lugar, tal regra traduz uma profunda aversão à ingerência estatal nos negócios privados e uma correlata crença nos mecanismos de mercado para a correção de abusos – visão de mundo esta que é consentânea com o caráter extremamente liberal do sistema jurídico norte-americano, porém menos compatível com a *mentalité* subjacente ao direito brasileiro.<sup>135</sup>

Sendo assim, é preciso ter em mente que, em que pese o entendimento majoritário seja de que a *business judgment rule* tenha sido importada pela legislação brasileira, a sua fórmula de aplicação não é semelhante nos dois países. Aqui, em solo pátrio, a aplicação deverá ser mais restrita.

Ao analisar a compatibilidade da *business judgment rule* com o ordenamento jurídico brasileiro, Brigagão não se concentrou apenas em um dispositivo, tampouco apenas na Lei nº 6.404/76. Para o referido autor, além de toda a Seção IV do Capítulo XII do referido diploma legal, tal regra também é compatível com normas do Código de Processo Civil, v.g., artigo 373 (incumbe o ônus da prova ao autor), bem como da própria Constituição Federal de 1988, v.g., artigo 5, LVII (princípio da presunção de inocência).<sup>136</sup>

Portanto, é possível verificar que a *business judgment rule* visa preservar as decisões dos gestores de empresas, a fim de que tenham maior discricionariedade ao tomar suas decisões e possam assumir riscos sem temer uma futura responsabilidade. Em outras palavras, a sua essência é a “*deference to directors’ decisionmaking based on judicial unwillingness to*

<sup>134</sup> BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador n.º RJ2005/1443**. Sessão de julgamento do dia 10 de maio de 2006, p. 29.

<sup>135</sup> PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 953, p. 51-74, mar., 2015, p. 5. Disponível em: <[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63941167/5\\_PARGENDLER\\_-\\_Responsabilidade\\_Civil\\_dos\\_Administradores\\_e\\_Business\\_Judgment\\_Rule\\_201520200716-121979-12huech-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667371770&Signature=QmtJ-BGWaNwMKO1CQW7RyvQbsRpGPgvr3ynX2c96M-SIomqm4d1Ar9RmhUxehuj-QhjPsNI7gVfpR0Cb543VQ8nTbqzNuq75pyD0guR0vXE22VKFzSAYM5oCAqQ61eIm1LCirMU6u0pkO-1m1hg-nHYHx8KKRcIbD4ZM411xbyLVdhgNWHCGytJcpnR-2Ca5yVLWBv2EuLUkzRuB17DpwY2wtMUvyLsdgfQK3~EmJ5xtSrKiZJiuCBCrcyatXqInmud6a67ZdAR5hm8SHXrfli5sjA8Corzv-fS8VCrV2y5aJbclzxs1lK9Ec6bFrnuj0sD0xxZZpVz88cd3JeDbnQ\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63941167/5_PARGENDLER_-_Responsabilidade_Civil_dos_Administradores_e_Business_Judgment_Rule_201520200716-121979-12huech-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667371770&Signature=QmtJ-BGWaNwMKO1CQW7RyvQbsRpGPgvr3ynX2c96M-SIomqm4d1Ar9RmhUxehuj-QhjPsNI7gVfpR0Cb543VQ8nTbqzNuq75pyD0guR0vXE22VKFzSAYM5oCAqQ61eIm1LCirMU6u0pkO-1m1hg-nHYHx8KKRcIbD4ZM411xbyLVdhgNWHCGytJcpnR-2Ca5yVLWBv2EuLUkzRuB17DpwY2wtMUvyLsdgfQK3~EmJ5xtSrKiZJiuCBCrcyatXqInmud6a67ZdAR5hm8SHXrfli5sjA8Corzv-fS8VCrV2y5aJbclzxs1lK9Ec6bFrnuj0sD0xxZZpVz88cd3JeDbnQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA)>. Acesso em: 1 nov 2022.

<sup>136</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A administração de Companhias e a *business judgment rule***. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 177, 184, 185.

*re-examine a business decision and judicial reluctance to discourage directors from risktaking*”.<sup>137</sup>

Para tanto, presume-se que tais administradores tenham observado, para tomar suas decisões, alguns deveres fiduciários. Trata-se, portanto, de responsabilidade pelo meio, e não pelo resultado<sup>138</sup>. Sendo demonstrado que algum dever não foi adotado, afasta-se a aplicação da referida regra. Sendo assim, no próximo tópico serão abordados os principais desses deveres.

### 2.3 Os deveres fiduciários dos agentes

Diante do que fora visto anteriormente, mostra-se imprescindível verificar quais os cuidados que os gestores devem observar a fim de que não sejam responsabilizados por suas decisões. Ressalta-se que não há um consenso quanto ao número de deveres, motivo pelo qual serão analisados, aqui, os mais mencionados pela doutrina.

#### 2.3.1 O dever de diligência

O dever fiduciário mais estudado é, sem dúvidas, o dever de diligência (*duty of care*). Para os autores Alves e Santos, o referido dever se subdivide em ao menos outros seis, quais sejam: a) dever de se informar; b) dever de se qualificar; c) dever de vigilância; d) dever de investigar; e) dever de intervir; e f) dever de bem administrar.<sup>139</sup> Sendo assim, percebe-se que, por sua abrangência, o dever em epígrafe merece especial atenção, mormente porque, como já visto, está expressamente previsto no artigo 153 da Lei 6.404/76 (Lei das S.A.).

No direito comparado, mais especificamente no direito espanhol, o dever de diligência está expresso no artigo 225 da *Ley de Sociedades de Capital*, que assim estabelece:

*Artículo 225. Deber general de diligencia.*

1. *Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.*

2. *Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad.*

<sup>137</sup> TRIEM, Fred W. *Judicial Schizophrenia in Corporate Law: confusing the standard of care with the business judgment rule*. *Alaska Law Review*, vol. 24, n.1, 23-44, 2007, p. 26.

<sup>138</sup> ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; SANTOS, Luccas Farias. A administração de sociedades e a *business judgment rule* sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, ano 5, nº 5, 695-716, 2019, p. 699.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 700-703.

3. *En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.*<sup>140</sup>

Como se vê, o dispositivo supra exige dos administradores de sociedades espanholas, no tocante ao dever de diligência, que cumpram as leis e estatutos, não tenham conflito de interesses com a sociedade, exerçam uma boa administração e estejam sempre bem informados. Já no direito norte-americano, de acordo com Eisenberg, o *duty of care* compreende quatro deveres distintos: a) dever de monitorar/supervisionar; b) dever de investigar/inquirir; c) dever de empregar um processo razoável de tomada de decisão; e d) dever de tomar decisões razoáveis.<sup>141</sup>

Assim, em que pese haja variações de entendimento acerca dos deveres que efetivamente integram o dever de diligência, pode-se afirmar que há um consenso na maior parte deles. Isso faz com que seja possível estudar o seu conceito de forma globalizada e comparada, isto é, definir os seus contornos para além de um único sistema jurídico.

No tocante à necessidade de se informar, Brigagão sustenta que “não se exige do administrador que ele conheça todos os fatos e informações que envolvem uma decisão, mas tão somente aqueles – e todos aqueles – que forem relevantes e razoavelmente acessíveis”.<sup>142</sup> Isso porque, de acordo com o mesmo autor, em determinados casos, “a demora com a coleta de informações adicionais pode representar custo equivalente ou maior do que aquele resultante de um suposto dano causado pela decisão menos informada”.<sup>143</sup>

Diante disso, deve-se considerar que, ao avaliar o cumprimento desse dever, o julgador deve ponderar em relação a cada caso concreto, não havendo uma fórmula objetiva de aplicação. Além de verificar se as informações obtidas eram suficientes, será imprescindível analisar se a busca por mais elementos não acarretaria em um prejuízo ainda maior.

O dever de informar foi exigido pela primeira vez no já mencionado caso *Aronson v. Lewis* (1984) e, já no ano seguinte, no caso *Smith v. Van Gorkom* (1985), a Suprema Corte de Delaware determinou que o referido dever compreende “*whether the directors have informed*

<sup>140</sup> ESPANHA. *Ministerio de la Presidencia*. Real Decreto Legislativo 1/2010. *Ley de Sociedades de Capital*. *Boletín Oficial del Estado*, n. 161, 3 jul. 2010, p. 58472-58594. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-10544>>. Acesso em: 28 out. 2022.

<sup>141</sup> EISENBERG, Melvin A. *The duty of care of corporate directors and officers*. *University of Pittsburgh Review*, vol. 51, n. 4, 945-972, 1990, p. 948.

<sup>142</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de Companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 137.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 138.

*themselves 'prior to making a business decision, of all material information reasonably available to them' ”.*<sup>144</sup>

Destarte, para alcançar a proteção da *business judgment rule*, a decisão do administrador deve ser embasada em informações suficientes. O referido instituto visa proteger os gestores contra a responsabilização por riscos inerentes à atividade econômica, e não contra decisões negligentes. Nas palavras de Lima, “decisão desinformada equivale à negligência, que é o contrário de diligência”.<sup>145</sup>

No tocante ao dever de se qualificar, Eizirik sustenta que o administrador precisa adquirir conhecimentos mínimos acerca da atividade que a empresa exerce.<sup>146</sup> Com isso, depreende-se que o referido autor entende que aqueles que gerem a sociedade não podem se eximir de suas responsabilidades alegando ignorância acerca daquilo que, em razão do próprio cargo, deveria compreender.

Já no tocante ao dever de vigilância, a regra impõe que o administrador deve acompanhar os negócios da companhia, incluindo a execução de suas próprias decisões.<sup>147</sup> Dessa forma, dentre suas funções há a obrigação de observar os procedimentos internos. O dever de investigar, de acordo com os ensinamentos de Eisenberg, refere-se ao ato de providenciar um acompanhamento razoável da informação que foi adquirida e deve ser causa de preocupação. Tal informação pode ser adquirida por meio de supervisão/monitoramento ou por qualquer outro meio, inclusive acidentalmente.<sup>148</sup>

No tocante a estes dois últimos, Almeida *et al.* sustenta que, de certa forma, se relacionam com o dever de se informar, tendo em vista que “o dever de investigar possui o objetivo de buscar informações sobre a atividade empresária, sobre negócio específico sob análise, ou até mesmo sobre a exatidão de informações recebidas”.<sup>149</sup>

<sup>144</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Delaware. **Smith v. Van Gorkom**, 488 A.2d 858, 873 (Del. 1985).

<sup>145</sup> LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 129.

<sup>146</sup> EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 353.

<sup>147</sup> ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; SANTOS, Luccas Farias. A administração de sociedades e a *business judgment rule* sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 5, nº 5, 695-716, 2019, p. 702.

<sup>148</sup> EISENBERG, Melvin A. *The duty of care of corporate directors and officers*. **University of Pittsburgh Review**, vol. 51, n. 4, 945-972, 1990, p. 956.

<sup>149</sup> ALMEIDA, Luiz Eduardo de; VENTURINI, Otávio; GERCWOLF, Susana. **Due diligence e compliance nos negócios com terceiros**. Coleção Compliance, vol. IX. NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luiz Eduardo de (coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 33.

Quanto ao dever de intervir, o administrador deve, por meio de um juízo discricionário, intervir nas operações sociais sempre que identificar alguma anomalia. Ressalta-se, todavia, que tal intervenção deve ser realizada com observância aos limites impostos pelo estatuto social e pela lei.<sup>150</sup> A observância de tais limites, inclusive, está diretamente relacionada ao dever de obediência, mais especificamente com a teoria *ultra vires*, segundo a qual os diretores devem agir dentro dos limites dos poderes estatutários, sob pena de serem juridicamente inexistentes.<sup>151</sup>

Pode-se falar, ainda, do dever de bem administrar, que pode ser definido como a obrigação que o administrador tem de zelar pelo bom andamento da empresa, a fim de que esta obtenha bons resultados, em que pese sua responsabilidade, como já visto anteriormente, seja tão somente pelo meio.<sup>152</sup>

É possível notar, outrossim, uma estreita ligação entre este último e o dever de se informar. Conforme ensina Almeida *et al.*, “todo ato de administração pressupõe a obtenção de informações, a análise crítica dessas informações e a tomada de decisão. Desse modo, o dever de informar é pressuposto para a boa administração”.<sup>153</sup>

Por fim, cumpre esclarecer que o dever de diligência não é uma obrigação apenas dos administradores de sociedades por ações, mas também das demais sociedades. Como já mencionado anteriormente, o artigo 1.011 do Código Civil estabelece redação quase idêntica ao artigo 153 da Lei nº 6.404/76. Além disso, Almeida *et al* dispõe que “às sociedades limitadas, ao que interessa à verificação da caracterização do administrador e ao seu dever de diligência, aplica-se o disposto nos artigos 1.011 e 1.060<sup>154</sup> do Código Civil.<sup>155</sup>

Com isso, vistas as principais subdivisões do dever de diligência, resta analisar os demais elementos que compõem a *business judgment rule*. No próximo tópico serão analisados outros três aspectos que precisam ser observados pelo administrador para que não seja afastada a referida regra.

<sup>150</sup> ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; SANTOS, Luccas Farias. A administração de sociedades e a *business judgment rule* sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 5, nº 5, 695-716, 2019, p. 703.

<sup>151</sup> LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 61.

<sup>152</sup> ALVES; SANTOS, *op. cit.*, p. 703.

<sup>153</sup> ALMEIDA, Luiz Eduardo de; VENTURINI, Otávio; GERCWOLF, Susana. **Due diligence e compliance nos negócios com terceiros**. Coleção Compliance, vol. IX. NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luiz Eduardo de (coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 33.

<sup>154</sup> Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.

<sup>155</sup> ALMEIDA; *et al.*, *op. cit.*, p. 28.

### 2.3.2 Boa-fé, lealdade e conflito de interesse

Também figuram como alguns dos elementos da *business judgment rule*, além do dever de diligência, a boa-fé, a lealdade e o desinteresse/independência. Por haver estreito vínculo entre os seus conteúdos, serão analisados conjuntamente no presente tópico.

Conforme já exposto anteriormente, o §6º do artigo 159 da Lei 6.404/76, ao dispor sobre a responsabilidade do administrador da organização, estabelece que “o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

Assim, a boa-fé está relacionada à honestidade, isto é, presume-se que o administrador, ao tomar uma decisão, está buscando o melhor para a sociedade. Em outras palavras, “não haverá violação do dever, se o membro do órgão de administração e de fiscalização poderia razoavelmente acreditar, baseado em informação apropriada, que ele ou ela estava a atuar no melhor interesse da sociedade”.<sup>156</sup> Por essa razão, a sua aplicação deve ser feita com parcimônia, sob pena de esvaziar a *business judgment rule*.<sup>157</sup>

Há um importante caso para compreender melhor o presente tema: o caso *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*. Trata-se de um fato envolvendo a contratação de um executivo, em 1995, e a sua demissão sem justa causa, em 1996. Em que pese o pouco tempo na empresa, Ovitz recebeu, à época, U\$ 130.000.000,00 (cento e trinta milhões de dólares).<sup>158</sup>

Ao analisar o referido caso, Sale sustenta que existem pelo menos três categorias de atitudes dos diretores que violam a boa-fé. São elas: a) o gestor age intencionalmente com propósito diverso daquele que seria o melhor interesse da sociedade; b) o gestor age para violar a lei aplicável; e c) o gestor intencionalmente deixa de agir quando sabe que deveria fazê-lo, demonstrando uma consciente desconsideração dos seus deveres.<sup>159</sup>

Na busca pela diferenciação entre o dever de diligência e a boa-fé, Brigagão sustenta que:

<sup>156</sup> RAMOS, Maria Elisabete. D&O Insurance: um estrangeirado entre a tipicidade social e a atipicidade legal. *Revista de Direito Comercial, liber amicorum*, p. 1491-1556, 20 jul 2020, p. 1518-1519.

<sup>157</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. *A administração de Companhias e a business judgment rule*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 142.

<sup>158</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Delaware. *In re The Walt Disney Co. Derivate Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006).

<sup>159</sup> SALE, Hillary A. *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation Rewritten*. In: WILLIAMS, Kelli Alves; CHOIKE, Anne; RODRIGUES, Usha R. (ed.). *Feminist Judgements: Rewritten Corporate Law*, Cambridge Univ. Press, 2022, Georgetown McDonough School of Business Research Paper nº 4219922, p. 10.

Enquanto aquele elemento [dever de diligência] se refere a condutas negligentes, em que o administrador não se informou o suficiente para se dar conta dos perigos de sua decisão, este guarda relação com comportamentos intencionais, em que o administrador executa uma decisão mesmo conhecendo os danos que serão sofridos por conta dela.<sup>160</sup>

Em razão disso, Alves e Santos sustentam que “é possível uma atuação com boa-fé e no interesse e que, no entanto, não tenha observado o dever de diligência em todos os seus aspectos”. No tocante à lealdade e ao conflito de interesses, ambos costumam ser analisados conjuntamente. Nas palavras de Silva, “os casos de conflito de interesse têm sido o foco de atenção dos tribunais norte-americanos quando tratam do dever de lealdade”.<sup>161</sup>

Ao estudar os doutrinadores pátrios, Lima ensina que a doutrina brasileira “sempre destacou que o exame de questões envolvendo o dever de lealdade é uma questão de fato, a ser resolvida em cada caso concreto”.<sup>162</sup> Assim, ao analisar as principais situações práticas em que se aplica o dever de lealdade na jurisprudência, o mesmo autor conclui que:

Casos envolvendo o dever de lealdade variam bastante. Todavia, um exame acurado da jurisprudência demonstra que os problemas mais frequentes são ligados a: (a) situações em que o administrador compete ou concorre com a própria companhia; (b) existência de conflito de interesses entre administrador e companhia; (c) negociações do insider trading; (d) abuso da minoria; (e) venda de controle.<sup>163</sup>

A Lei nº 6.404/76 traz expressamente o dever de lealdade em seu artigo 155, o qual assim dispõe:

Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I - 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;

II - 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;

III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável 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.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

<sup>160</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A administração de Companhias e a *business judgment rule***. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 144.

<sup>161</sup> SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos Administradores de S.A.: *Business Judgment Rule***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 200.

<sup>162</sup> LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p. 75.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 75.

§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

§ 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

Tem-se, assim, no rol meramente exemplificativo previsto no dispositivo supra, questões que envolvem desde a concorrência desleal até o conflito de interesses. No tocante a este último, faz-se necessário verificar o texto previsto nos artigos 154, *caput*, e 156, *caput*, ambos da referida lei. *In verbis*:

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

[...]

Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

Como se vê, o administrador deve agir sempre em prol dos interesses da sociedade, ainda que estes conflitem com os seus. Nas palavras de França, o que possui relevância para o direito são os conflitos intersubjetivos, que são aqueles cuja “necessidade de um indivíduo com relação a um bem não puder se resolver sem o sacrifício da necessidade do outro”.<sup>164</sup> Ao apontar os três principais casos de conflito de interesse debatidos nos tribunais norte-americanos, Silva afirma que “são as transações com administradores interessados, usurpação das oportunidades da companhia e remuneração”.<sup>165</sup>

Diante dos deveres fiduciários analisados no presente tópico, fica evidenciado que os gestores empresariais precisam agir com cautela ao tomar determinadas decisões à frente da sociedade, sob pena de não receber a proteção da *business judgment rule*. Em razão disso, no tópico seguinte serão estudados o *compliance* e a *due diligence* como possíveis instrumentos para evitar a ocorrência de negligência por parte dos administradores.

#### 2.4 *Compliance e Due diligence*

A responsabilização dos administradores – seja no âmbito civil, administrativo ou criminal – é uma realidade jurídica, haja vista que, conforme demonstrado no tópico anterior, existem deveres que precisam ser cumpridos. Diante disso, têm sido desenvolvidos

<sup>164</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 18.

<sup>165</sup> SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos Administradores de S.A.: Business Judgment Rule.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 200.



ferramentas e procedimentos para que as empresas e os seus gestores não sejam responsabilizados por quaisquer eventuais irregularidades.

Nesse sentido, têm ganhado cada vez mais espaço no meio empresarial os programas de *compliance*. Trata-se de um termo de difícil conceituação, pois repleto de vagueza. Nada obstante, na tentativa de defini-lo, Nieto Martín ensina que:

Por si só, não quer dizer nada, salvo o evidente: atuar conforme a legalidade, entendendo legalidade em um sentido amplo, que abarcaria o cumprimento de obrigações procedentes da lei (civil, penal, administrativa, trabalhista, do mercado de valores, etc.), mas também as diretrizes internas da empresa e, em especial, seu código de ética.<sup>166</sup>

Constata-se, assim, que se trata de um programa de conformidade normativa, a fim de promover a adequação da empresa às leis, normas reguladoras e normas internas. Na busca por um conceito mais técnico, Saad-Diniz dispõe que “*compliance* refere-se às estruturas implementadas na organização empresarial para detecção, apuração e reação, com vistas ao incremento da prevenção e redução das infrações econômicas na atividade empresarial”.<sup>167</sup>

Para tanto, os programas de *compliance* são compostos, dentre outros mecanismos, pela *due diligence*, que, em síntese, é “um método e conjunto de procedimentos sistematizados para o levantamento e a verificação de informações relevantes no intuito de mitigar riscos e prevenir ilícitos antes da conclusão de negócios jurídicos”.<sup>168</sup> Em outras palavras, trata-se de uma ferramenta fundamental para que os administradores cumpram com o seu dever de diligência, que, como visto, “é a base de todos os deveres fiduciários de quem exerce a administração”.<sup>169</sup>

Além disso, visto que a *business judgment rule* protege os administradores com a presunção de diligência, lealdade, boa-fé e independência, a implantação de programas de *compliance* e a realização de *due diligence* são fundamentais para evitar que a referida regra seja afastada.

<sup>166</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord). Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 29.

<sup>167</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 131.

<sup>168</sup> ALMEIDA, Luiz Eduardo de; VENTURINI, Otávio; GERCWOLF, Susana. **Due diligence e compliance nos negócios com terceiros**. Coleção Compliance, vol. IX. NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luiz Eduardo de (coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 20-21.

<sup>169</sup> ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; SANTOS, Luccas Farias. A administração de sociedades e a *business judgment rule* sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 5, nº 5, 695-716, 2019, p. 699.

Um aspecto importante da *due diligence* é a sua função preventiva. Conforme ensina Almeida *et al*, ela abrange “(i) a adoção de todas as medidas possíveis para assegurar o cumprimento das normas aplicáveis e (ii) a adoção de todos os cuidados possíveis e condizentes com o agir prudente, perito e cauteloso”. É exatamente por isso que o referido procedimento é tão importante para o cumprimento do dever de diligência. Este dever define o padrão de conduta a ser observado previamente, ao contrário da *business judgment rule*, que é um padrão de revisão aplicado pelos tribunais após a prática da conduta.<sup>170</sup>

Do ponto de vista prático, a *due diligence* é realizada por meio de análise documental (contrato social, contratos de trabalho, contratos com prestadores de serviços, *etc.*), exame *in loco* (avaliar os colaboradores, a prestação do serviço, a estrutura, *etc.*), realização de entrevistas com a alta administração, e exame da situação das empresas com as quais há uma relação frequente (análise de ações em curso, questionário de autopercepção, programas de *big data*, *etc.*).<sup>171</sup>

Este último procedimento (*due diligence* com terceiros) merece especial atenção, principalmente em razão do tema da presente obra. Como visto, referido instrumento visa a mitigação de riscos e, indubitavelmente, toda e qualquer relação jurídica com terceiros representa elevado fator de risco para as empresas e seus administradores.<sup>172</sup>

A Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), por exemplo, estabelece em seu artigo 3º que “a responsabilização [civil e administrativa] da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”<sup>173</sup>. Isso mostra que, caso a autoridade julgadora entenda que determinada pessoa jurídica e/ou o seu gestor foram partícipes do terceiro que praticou uma conduta ilícita, eles também deverão ser responsabilizados.

Sobre as formas de participação, Brener sustenta que pode se dar por meio da instigação (determinação ou criação da ideia criminosa ou interferência na decisão do autor)

<sup>170</sup> TRIEM, Fred W. *Judicial Schizophrenia in Corporate Law: confusing the standard of care with the business judgment rule*. *Alaska Law Review*, vol. 24, n.1, 23-44, 2007, p. 29.

<sup>171</sup> LAMY, Anna Carolina Faraco; LAMY, Eduardo de Avelar. **Compliance empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 53-55.

<sup>172</sup> ALMEIDA, Luiz Eduardo de; VENTURINI, Otávio; GERCWOLF, Susana. **Due diligence e compliance nos negócios com terceiros**. Coleção Compliance, vol. IX. NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luiz Eduardo de (coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 176.

<sup>173</sup> BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2022.

ou da cumplicidade (ou auxílio). Sobre a dificuldade de se determinar a ocorrência ou não da cumplicidade, dispõe a referida autora:

A cumplicidade, na medida em que abarca comportamentos que possibilitam ou favorecem o injusto, coloca-se em relação ao fato de modo mais sutil que a instigação, o que torna a responsabilização do cúmplice um problema profundamente intrincado, haja vista a dificuldade, em inúmeros casos, de identificar o seu desvalor próprio para além da simples causalidade.

Dessa forma, a *due diligence*, como mecanismo de cumprimento do dever de diligência, bem como de demonstração da boa-fé e da independência dos administradores, é fundamental para a análise do caso concreto no qual se verifica a ocorrência ou não de cumplicidade para a realização de determinado ato ilícito.

Sendo assim, vislumbra-se a possibilidade de responsabilização dos administradores por atos de terceiros. Com isso, levando em consideração o escopo do presente trabalho, será analisado, no próximo capítulo, se, com base na teoria da imputação objetiva, é possível a responsabilização penal dos administradores por condutas delitivas praticadas por membros de outras empresas integrantes da mesma cadeia de fornecedores

### 3 RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA CADEIA DE FORNECEDORES

Diante das matérias já abordadas anteriormente, será exposto, no presente capítulo, como cada uma delas será aplicada aos casos propostos. Para tanto, mister se faz analisar se é possível que os administradores sejam responsabilizados por crimes cometidos no âmbito da empresa, isto é, se, além da responsabilidade civil e administrativa, o administrador também poderá responder na esfera criminal.

Outrossim, será necessário verificar de que forma a teoria da imputação objetiva poderá solucionar (ou não) tal responsabilização. Com isso, verificar-se-á os âmbitos de neutralidade na seara empresarial, bem como a imprescindibilidade de se definir, em uma análise político-criminal, quais são os riscos proibidos.

Em seguida, analisar-se-á quais os efeitos penais da inobservância dos deveres fiduciários, isto é, de que forma a *business judgment rule* repercute no âmbito criminal. Nesse sentido, será necessário analisar possíveis condutas comissivas e omissivas, bem como a possibilidade de o administrador figurar como (co) autor ou partícipe.

Por fim, serão consolidadas as matérias e teorias abordadas, a fim de que sejam devidamente aplicadas às nuances da possibilidade de responsabilidade penal pela conduta delitiva praticada diretamente por membro de outra empresa que integra determinada cadeia de fornecedores. Assim, verificar-se-á como o direito penal responde a esse feixe de casos que têm sido cada vez mais recorrentes na globalização e avanço do capitalismo.

#### 3.1 A responsabilização dos administradores

Antes de mais nada, deve-se verificar se os integrantes da alta administração podem responder por delitos cometidos no âmbito da empresa. Trata-se de uma questão já amplamente discutida na doutrina e jurisprudência, mas que, ante a sua imprescindibilidade para o presente estudo, precisa ser aqui abordada.

O cerne da questão encontra-se no fato de que os administradores não executam diretamente as decisões tomadas, é dizer, em que pese tenham o poder de decisão no interior da empresa, via de regra, as suas ordens são cumpridas por seus subordinados.

Nada obstante, a doutrina majoritária tem sedimentado que, ainda que não executem diretamente determinada decisão tomada, isto é, ainda que a execução seja realizada por um

subordinado, os administradores deverão, salvo determinadas exceções, ser responsabilizados. Nesse sentido, Feijoo Sánchez dispõe que:

*Se puede observar en la actualidad una tendencia dominante, tanto en el ámbito de la teoría como de la práctica forense relativa a la delincuencia empresarial, que consiste en entender que, salvo supuestos excepcionales, los dirigentes de la empresa ostentan la responsabilidad preferente por los hechos delictivos realizados en beneficio de las empresas.*<sup>174</sup>

Fica evidente que a responsabilização penal dos administradores, ainda que não tenham praticado diretamente a conduta delitiva, é uma medida de política criminal. Ao criticar o artigo 31 bis do Código Penal espanhol, que instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha, Planas demonstra que tal responsabilização foi imputada com o fim de se prevenir crimes empresariais. Isso se deve, principalmente, ao reconhecimento jurisprudencial e doutrinário dos deveres de vigilância e controle atribuídos à alta administração das empresas.<sup>175</sup>

No mesmo sentido, Díez ressalta que “por meio do castigo ao coletivo [à pessoa jurídica] se pretende, em última instância, aumentar a responsabilidade penal das pessoas físicas que, a seu modo de ver, a integram”.<sup>176</sup> Ressalta-se, contudo, que, apesar de equivalentes, a configuração dos injustos penais da pessoa física e da pessoa jurídica são diferentes e que, por isso, a responsabilização de uma não aumenta e nem diminui a responsabilização da outra.

Destarte, é inegável que a alta administração é quem possui, de fato, a capacidade decisória no âmbito da organização, tendo “influência sobre o patrimônio alheio e com potencial desviante para os próprios interesses”.<sup>177</sup> Deve-se esclarecer, ainda, que o administrador não é necessariamente o titular da empresa, todavia, conforme ensina Lascuráins Sánchez, “tende a se identificar sua posição como a do empresário e a identificar a empresa como sua”<sup>178</sup>.

<sup>174</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Derecho penal de la empresa e imputación objetiva**. Colección de Derecho Penal. Madrid: Editorial Reus, 2007, p. 160 (kindle).

<sup>175</sup> PLANAS, Ricardo Robles. *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)*. **Revista para el análisis del derecho – InDret**, Barcelona, 2/2012. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/886.pdf>>. Acesso em: 04 jun 2022.

<sup>176</sup> DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Tradução: Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 70.

<sup>177</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 79-80.

<sup>178</sup> MARTÍN, Adan Nieto (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 351.

Uma importante teoria que explica a relação fiduciária entre os dirigentes e a empresa é a teoria de agência, a qual é útil para a responsabilização individual no âmbito da organização. E, em razão disso, Saad-Diniz afirma que “a teoria de agência é um dos mais relevantes modelos explanatórios do comportamento humano no âmbito da ética negocial”.<sup>179</sup>

A referida teoria preceitua que a alta diretoria (agentes) da empresa (principal) detém maiores conhecimentos e informações acerca da atividade empresarial, o que, por si só, faz com que tenham obrigações de observância dos deveres de confiança.<sup>180</sup> Sendo assim, sustenta que, conforme exposto supra, o agente é quem possui as melhores condições para tomar as decisões que determinam o caminho a ser percorrido pela organização.

Além disso, a teoria de agência se aplica à responsabilidade individual da alta diretoria de duas formas: a) quando o tipo penal não especifica exatamente as condutas criminosas, ela será aplicada para verificar se o agente praticou a ação violando os deveres de diligência; e b) quando o tipo penal é completamente taxativo, ela foi aplicada pelo legislador na elaboração da norma, em razão da confiança que a empresa deposita em seu agente, estabelecendo, assim, outro *standard*.<sup>181</sup>

Castejón ainda apresenta os três critérios da teoria em epígrafe para interpretar possíveis infrações do dever de diligência desde a perspectiva do dever de vigilância, quais sejam: i) os dirigentes ou administradores sabiam ou deviam saber que estavam infringindo a lei; ii) não tomaram nenhuma medida razoável para prevenir ou remediar a situação; e c) o resultado da infração foi concretizado.<sup>182</sup>

E, ao mencionar a jurisprudência norte-americana, o mesmo autor dispõe que ela tem adotado o entendimento de que, caso sejam descumpridos os três critérios, o administrador deve ser responsabilizado pelo menos por culpa. Por outro lado, ela tem flexibilizado a responsabilização nos casos em que nem todos os deveres foram descumpridos, tendo em vista que eles se retroalimentam e, com isso, a ausência de um minora a gravidade do injusto.<sup>183</sup>

<sup>179</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 81.

<sup>180</sup> CASTEJÓN, Elena B. Fernández. *Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21-26, p. 1-35, 2019, p. 7.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 19 -20.

Deve-se atentar, todavia, que nem sempre os dirigentes máximos deverão ser responsabilizados individualmente por alguma infração cometida no âmbito da empresa. Isso porque, principalmente nas grandes empresas, os órgãos superiores deliberam apenas sobre assuntos e políticas gerais, sendo as decisões setorizadas – e concretas – tomadas por seus respectivos delegados que assumiram a responsabilidade de comandar tais departamentos. Sobre o tema:

*No se debe dejar de tener en consideración que en las empresas de mayor volumen y complejidad los máximos dirigentes sólo deciden sobre políticas muy generales (normalmente pensando a medio o largo plazo) y los que tiene la capacidad de organizar con mayor detalle la empresa son mandos intermedios de la misma. Hay que pensar que un mando intermedio de una gran empresa puede tener a su cargo una sección de la empresa que equivalga a una empresa mediana o que el que una sección de la empresa sea o no una empresa independiente dentro de un gran consorcio depende en muchas ocasiones de factores casuales o meramente económicos. Debido a la importancia que en la gran empresa o sociedad mercantil moderna tienen los cargos intermedios o los encargos o jefes de una sección, un departamento o una unidad operativa concreta con gran autonomía y enormes capacidades de decisión, no siempre es adecuado resolver los conflictos penales proyectando la responsabilidad hacia en vértice superior de la pirámide.*<sup>184</sup>

A delegação da responsabilidade por determinados setores, ao mesmo tempo que é uma necessidade das grandes organizações, é, também, um complicador ao se verificar a responsabilidade individual dos gestores máximos da empresa. Isso ocorre porque “*tanto el dominio objetivo del hecho como el conocimiento subjetivo del hecho disminuyen*”.<sup>185</sup> E, em razão disso, Feijoo Sánchez afirma que “*cabe reprocharle a la praxis judicial en algunas ocasiones una excesiva objetificación de la responsabilidad penal con respecto a los niveles superiores de la empresa*”.<sup>186</sup> Cumpre, então, ao direito penal buscar solucionar essas novas demandas que o mundo contemporâneo tem criado.

Diante disso, a teoria do domínio do fato, em sua abrangência original, não é suficiente para solucionar todos os casos deste novo modelo de criminalidade. A superioridade hierárquica, por si só, não garantirá que se tenha o domínio da situação, pouco contribuindo – em comparação com a interpretação tradicional do artigo 29, *caput*, do Código Penal – com a responsabilização penal do administrador.<sup>187</sup>

<sup>184</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Prevención general positiva: una reflexión em torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*. *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIX, 111-134, 2006, p. 160.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>187</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Planalto, 1940. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2022.

Por esse motivo, desenvolveu-se a teoria do domínio sobre a organização, que é, na verdade, um desdobramento da teoria do domínio do fato; isto é, aquela é espécie, ao passo que esta é gênero.<sup>188</sup> De acordo com a teoria do domínio da organização, em que pese os gestores não tenham o domínio direto do fato, eles possuem domínio indireto sobre a vontade dos executores do fato delitivo. Tais gestores podem, então, serem responsabilizados pela autoria mediata do crime.<sup>189</sup> Nesse contexto, Feijoo Sánchez sustenta que a tentativa de entender normativamente as condutas dos trabalhadores de hierarquia inferior sob o aspecto individual é um erro doutrinário. Para ele, tais condutas devem ser analisadas do ponto de vista de uma organização. Assim, a questão poderia ser solucionada não mais pelo domínio do fato, mas pela competência dos envolvidos dentro da organização.<sup>190</sup>

Como se vê, em que pese não haja maiores discussões sobre a responsabilização individual do administrador no âmbito empresarial, as dificuldades do caso concreto podem torná-la extremamente difícil. Essa dificuldade, todavia, não pode ser solucionada por uma imputação pelo simples fato de integrar o mais alto escalão da organização. Diante disso, Saad-Diniz demonstra, com razão, grande preocupação em relação à interpretação do judiciário nos programas de *compliance* para fins de responsabilização individual. O fato é que a simples posição hierárquica, por si só, não pode gerar uma interpretação automática de responsabilização penal, apesar de haver uma tendência à imputação com base no mero cargo ocupado na empresa.<sup>191</sup>

Cumprе ressaltar, todavia, que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal 898/SC, já enfrentou essa questão da responsabilização penal unicamente em razão do cargo ocupado pelo acusado. Nessa oportunidade, a Corte Suprema decidiu que “a circunstância objetiva de alguém exercer cargo de direção ou de administração não se revela suficiente, por si só, para autorizar qualquer presunção de culpa”.<sup>192</sup> Principalmente no âmbito criminal, onde se permite uma maior restrição dos direitos fundamentais, não se pode confundir o “dever conhecer” com o “conhecer”. Isto é, não se pode presumir que o gestor conhecia o injusto

<sup>188</sup> GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 138 -139.

<sup>189</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Prevención general positiva: una reflexión em torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*. *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIX, 111-134, 2006, p. 160.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>191</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.153-154.

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Ação Penal 898/SC. Revisor: Min. Celso de Mello, 12 de abril de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10947311>>. Acesso em: 27 nov. 2022.



pelo simples fato de ocupar o referido cargo. O que ele realmente conhecia deve ser devidamente comprovado. Isso irá interferir no elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa).<sup>193</sup>

Além disso, deve-se fazer uma diferenciação entre o administrador e o executivo. O primeiro é aquele que, quando não é o próprio proprietário da empresa, é o encarregado da propriedade, assumindo a gestão estratégica. O executivo, por outro lado, atua mediante delegação, exercendo, assim, a gestão operacional daquilo que lhe fora delegado. Com isso, em que pese não seja uma questão tão simples de se solucionar, entende-se que o executivo só responderá quando o delito não evitado estiver inserido no âmbito do seu dever de garantia, isto é, dentro da operação que lhe fora delegada. É exatamente o que defende Lascuráins Sánchez, segundo o qual:

O administrador pode ser o empresário, no sentido mais rico da palavra, como pessoa que reúne a propriedade e a gestão estratégica. Pode também sê-lo, e habitualmente o é nas grandes empresas, em um sentido mais restrito, como mero “encarregado” do primeiro. [...] Os órgãos executivos são aqueles que realizam a gestão operacional, por mais que esta gestão admita níveis muito diversos, que respondam a cadeias de delegação de funções.<sup>194</sup>

O presente estudo não irá se aprofundar nessa questão do concurso de agentes no âmbito interno da empresa, mas sim no âmbito externo, especialmente no tocante à cadeia de fornecedores. Aqui, interessa compreender que o fato de delegar responsabilidades não isenta o administrador de ser responsabilizado penalmente. Para progredir na análise, o próximo tópico irá verificar como a imputação objetiva poderá solucionar algumas das questões mais complexas da criminalidade corporativa.

### 3.2 A imputação objetiva nos delitos empresariais

Já tendo sido analisada no primeiro capítulo desta pesquisa, a teoria da imputação objetiva é fundamental para a solução dos casos aqui propostos. Diante disso, será demonstrado como essa teoria, por meio das ações neutras, pode resolver a questão da responsabilização penal dos administradores pela cadeia de fornecedores.

Em primeiro lugar, cumpre identificar a classificação da imputação dos delitos corporativos. Sobre isso, Saad-Diniz, citando Engelhardt, apresenta tal classificação da seguinte forma: “1) direta, expressa na norma jurídica; e 2) indireta, que exigiria uma noção

<sup>193</sup> CASTEJÓN, Elena B. Fernández. *Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25.

<sup>194</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 366.

mais genérica de dever de cuidado ou supervisão, derivado ‘das medidas de governança corporativa, transparência e estruturas corporativas efetivas’<sup>195</sup>.

A identificação da forma de imputação possui enorme relevância na análise do tipo objetivo. Caso determinado tipo preveja a conduta do agente, subsumindo-se o caso concreto na descrição abstrata da norma, a sua imputação objetiva ocorrerá de forma direta. Por outro lado, caso o administrador não pratique uma conduta típica, isto é, uma conduta descrita na norma incriminadora, dever-se-á perseguir um caminho mais extenso para verificar se sua ação é objetivamente típica ou neutra. Diante disso, tem-se um problema a ser resolvido: quais os limites entre a liberdade de agir e a responsabilidade pela intervenção no delito? A resposta encontra-se no tipo objetivo, o qual estabelece a delimitação externa entre o permitido e o não permitido.

Sendo assim, são levados em consideração tão somente os limites externos do permitido e do proibido, tendo em vista que o tipo objetivo não lida com elementos internos dos agentes, mas tão somente com aqueles que foram exteriorizados.<sup>196</sup> As ações serão neutras quando, analisados os seus aspectos externos, não se constatar nenhuma contrariedade à ordem jurídica, enquadrando-se, portanto, na ordem social.<sup>197</sup> Nada obstante, conforme já destacado no primeiro capítulo deste trabalho, há fatos subjetivos importantes para a determinação dos aspectos externos do comportamento, tais como os conhecimentos especiais, a fim de que se verifique a previsibilidade do agente em relação ao resultado.<sup>198</sup>

Também foi visto alhures que não há uma unanimidade doutrinária sobre a melhor forma de se aplicar a teoria da imputação objetiva. Cardoso entende que ela deverá ser aplicada sob a ótica da teoria dos papéis de Jakobs. Segundo a referida autora, “os limites dos papéis funcionam como limites da responsabilidade penal”.<sup>199</sup> Ou seja, diferentemente do tipo subjetivo, aqui não se deve considerar o que o agente sabe de fato, mas sim o que ele deveria saber para exercer o papel que assumiu. Sendo assim, de acordo com a mesma autora, ainda que ocorra lesão ou dano ao bem jurídico tutelado, caso o responsável aja de maneira aceita

---

<sup>195</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.153-154.

<sup>196</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 139.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>199</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 351.

pela sociedade, “vedar-se-á a responsabilização penal pela inexistência de violação ao papel social”.<sup>200</sup>

Para ilustrar o seu posicionamento, Cardoso apresenta o exemplo de um *compliance officer* de determinada instituição financeira que, na posição de garante (posição esta delegada pelo administrador), agiu conforme se espera de um profissional que exerce a função (comunicando o COAF, por exemplo) em um caso de suspeita de lavagem de dinheiro. Ocorre que, mesmo assim, não conseguiu evitar o crime, que acabou ocorrendo. Nesse caso, a referida autora entende que o profissional “não deverá ser responsabilizado criminalmente uma vez que não violou seu papel institucional, ou seja, não administrou de forma deficiente ao ponto de poder ser responsabilizado por eventual lesão ao bem jurídico penal”.<sup>201</sup>

Ao tratar dessa questão, Planas busca identificar os “âmbitos de neutralidade” na empresa. Para demonstrar a importância desse assunto, o referido autor ressalta a reflexão teórica ocorrida nas últimas décadas, a qual buscou restringir o âmbito de ações desaprovadas para aquelas que cometam excessos no tocante às regularizações do respectivo setor. Dessa forma, a ação desaprovada é aquela que infringe os *standards* estabelecidos, independentemente se o agente possuía ou não conhecimento acerca da sua contribuição para a ocorrência do delito.<sup>202</sup> A jurisprudência espanhola possui importantes julgados que tratam exatamente desse assunto. *In verbis*:

Recordamos então critérios para poder qualificar uma ação neutra como participação delitiva: atribui-se relevância penal, que justifica a punibilidade da cooperação, a toda realização de uma ação que favoreça o fato principal, na qual o autor exteriorize um manifesto fim delitivo, ou que revele uma relação de sentido, ou que supere os limites do papel social profissional do cooperante, de tal forma que já não possam ser consideradas como profissionalmente adequadas, ou que se adapte ao plano delitivo do autor, ou que implique um aumento do risco, etc. (STS 23/12/09, redator Varela Castro e, no mesmo sentido, STS 24/2/11, relator Colmenero Menéndez de Luarca).<sup>203</sup>

Corroborando com esse entendimento, Cardoso sustenta que, ainda que não haja unidade de vontades com o autor, o omitente garantidor deverá ser responsabilizado penalmente pela inobservância dos seus deveres. É dizer, ainda que não saiba das intenções do autor do delito, o empresário, na posição de garante, deverá agir, dentro de suas

<sup>200</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 382.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>202</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoría do delito e direito penal econômico**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 224.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 230.

possibilidades, para evitar a ocorrência de crimes no âmbito da empresa, sob pena de ser responsabilizado penalmente por conduta omissiva imprópria.<sup>204</sup>

Outrossim, Castejón sustenta que a infração do dever de vigilância por parte do garantidor poderá fundamentar a responsabilização penal, ainda que o dirigente não soubesse da conduta ilícita do terceiro, hipótese em que estaria configurada a imprudência. Nas palavras do referido autor:

*Es claro que la infracción del deber de vigilancia como sustrato de la posición de garante que puede fundamentar la valoración de que se ha realizado un determinado injusto por parte del alto directivo o administrador constituirá, generalmente, un argumento para la responsabilidad a título de imprudencia cuando no pudiendo decirse que el sujeto conocía la realización del injusto por parte de otro sí le incumbía, por el deber de confianza al que está obligado, estar en una posición como para evitarlo.*<sup>205</sup>

Ao caminhar na mesma direção, Brener entende que, uma vez que observou os seus deveres e *standards*, não haverá que se falar em responsabilidade penal do administrador, independentemente se possuía ou não conhecimentos específicos da intencionalidade delitiva do autor. Segundo a referida autora, não é imposto aos indivíduos o “dever de evitar que sua contribuição, em conformidade aos *standards* regulamentadores de suas respectivas atividades, seja convertida delituosamente por terceiros”.<sup>206</sup>

Nesse sentido, de acordo com Saad-Diniz, a imputação do agente deve “[...] identificar a correlação entre violação da norma e resultado, diferenciando funcionalmente o campo de ação dos indivíduos da esfera autônoma da empresa, deve ser construída a partir de critérios objetivos, extraídos da prática empresarial”.<sup>207</sup> Percebe-se, assim, que a imputação objetiva nos delitos empresariais precisa observar determinados critérios específicos da área. Especialmente no tocante às ações neutras, que deverão indicar se houve a criação de um risco não permitido, é imprescindível que se faça uma análise contextual de cada caso concreto. Assim, a definição do risco permitido ou proibido nos casos de crimes corporativos cometidos por integrantes da cadeia de fornecedores é o que determinará os limites entre a liberdade empresarial e a responsabilidade pela intervenção no delito. Nas palavras do mesmo

<sup>204</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 382.

<sup>205</sup> CASTEJÓN, Elena B. Fernández. *Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21-26, p. 1-35, 2019, p. 19.

<sup>206</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 185.

<sup>207</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.156.

autor, “o que está em jogo é a expressão do próprio sistema de justiça criminal, se mais aberto à postura colaborativa ou se, preservando sua feição tradicionalista, mantém firme o propósito da coerção”.<sup>208</sup>

Interessante observar, ainda, a hipótese de decisões tomadas de forma colegiada. Como se daria a responsabilização individual no caso de a decisão ilícita não ter sido unânime? Aqueles que discordaram também deverão ser responsabilizados? Entende-se que não, tendo em vista que vigora no direito penal o princípio da presunção de inocência. Dessa forma, para que haja a responsabilização penal do conselheiro, é imprescindível que seja demonstrado que o membro da alta administração efetivamente votou a favor da decisão delituosa. Nas palavras de Lascuráins Sánchez:

Nesse sentido, nos parece claro que terão responsabilidade penal aqueles administradores com relação a quem se demonstre, plenamente, que tenham votado a favor da resolução delitiva e que, em princípio, não teriam votado a favor, seja porque não compareceram à sessão, seja porque se abstiveram ou porque votaram contra.<sup>209</sup>

Diante do exposto neste tópico, fica evidenciada a indispensabilidade da imputação objetiva para que se realize a responsabilização penal individual nos crimes empresariais. E mais do que isso, restou clarividente a complexidade da questão e como a neutralidade da ação irá depender da análise do caso concreto. Dessa forma, no próximo tópico serão analisadas as formas de conduta que a alta administração de uma empresa pode praticar para a configuração de colaboração delitiva com integrantes da cadeia de fornecimento.

### 3.3 A tipicidade objetiva da inobservância dos deveres fiduciários

Como visto anteriormente, tanto na análise da *business judgment rule* quanto na própria responsabilidade penal individual dos administradores, a alta administração da empresa possui deveres fiduciários (dever de diligência, dever de vigilância, *etc.*). No presente tópico, será verificada se a inobservância de tais deveres poderá configurar a prática de infrações penais. Para tanto, será verificada a possibilidade do cometimento de infrações por comissão e omissão, bem como a responsabilização por autoria, coautoria e participação.

<sup>208</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 163.

<sup>209</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 364.

### 3.3.1 A prática de conduta comissiva e omissiva

Inicialmente, um ponto precisa ser compreendido: quanto maior e mais complexa for a cadeia de fornecedores, isto é, quanto mais agentes concorrerem para o crime, mais se afastará, individualmente, da prática do verbo do tipo. Ou seja, a existência de vários agentes no cometimento do crime torna mais difícil a identificação individual da prática do delito. Nesse sentido, Brener dispõe que “no concurso de agentes, a lógica verbal do tipo penal se torna um problema, tendo em vista que, quanto mais se dividem as tarefas, menor será a identificação da conduta dos agentes, tomados individualmente ao verbo típico”.<sup>210</sup>

Lascuraíns Sánchez menciona importantes julgados do Tribunal Supremo da Espanha, mais avançado nesse assunto do que os tribunais brasileiros, onde são debatidas as ações neutras, especialmente nos casos em que administradores, executivos ou assessores ajam de forma que favoreça a um delito principal, desde que o autor imediato exteriorize a sua intenção, que revele uma relação delitativa, que extrapole os limites do seu dever profissional (sendo consideradas profissionalmente inadequadas), que se adaptem ao seu plano delitivo ou, ainda, que implique num aumento do risco, *etc.*<sup>211</sup>

Nesse contexto, de acordo com Castejón, os deveres fiduciários possuem relevância ao se comparar a conduta do dirigente com alguma norma incriminadora. Isto é, embora não possam, por si sós, incriminá-lo, tendo em vista que a ação é, aparentemente, neutra, eles influirão na verificação da imputação objetiva para determinar se foi configurado algum injusto penal.<sup>212</sup>

Para ilustrar uma conduta comissiva praticada pela alta administração, pode-se citar o exemplo do administrador de uma concessionária de carros de luxo que, sabendo da origem ilícita do dinheiro do cliente, ordena que o seu vendedor lhe venda um carro de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), bem como receba R\$100.000,00 (cem mil reais) em espécie no momento da compra, sem, contudo, comunicar o COAF. A conduta de ordenar a venda do carro, por si só, é neutra, não aparentando nenhum injusto penal. Todavia, ordenar a venda do carro nesse contexto apresentará o crime de lavagem de capitais, previsto do artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

<sup>210</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 136.

<sup>211</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 370.

<sup>212</sup> CASTEJÓN, Elena B. Fernández. Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 21-26, p. 1-35, 2019, p. 7.

Outrossim, a conduta delitiva do administrador também poderá ser omissiva. Trata-se, todavia, de uma questão jurídica de maior complexidade, especialmente em razão do critério da causalidade. E, no tocante à possibilidade de responsabilização penal pela cadeia de fornecedores, deve-se fazer uma pergunta central: “Como resultado da mera passividade de uns, podemos imputar-lhes um resultado que, por sua vez, imputamos à conduta ativa de outros?”<sup>213</sup>

Em que pese não seja objeto deste trabalho o estudo da conduta omissiva, caso em que demandaria uma nova pesquisa, é importante ressaltar que existem duas formas de condutas omissivas: omissiva própria e omissiva imprópria (ou comissiva por omissão). A primeira se refere às condutas tipificadas expressamente em normas de comando, ao passo que a segunda se refere às condutas que infringem uma norma proibitiva, sendo derivadas das condutas comissivas, cujo resultado foi desencadeado pela inação de quem tinha o dever de agir (posição de garantidor).<sup>214</sup> Analisar-se-á, a seguir, a possibilidade da configuração de ambas pela inobservância dos deveres fiduciários.

Os deveres fiduciários, como visto anteriormente, devem ser observados pela alta administração da empresa. Conforme mencionado no capítulo anterior, a sua inobservância poderá acarretar na responsabilização civil e administrativa. O Código Penal pátrio, todavia, não prevê um tipo penal pelo não cumprimento de tais deveres. Diante disso, conclui-se que, no Brasil, ao menos por enquanto, não há que se falar em responsabilização penal dos administradores por omissão própria em razão da inobservância dos deveres fiduciários.

Interessante observar, todavia, que na Espanha há um projeto de reforma do Código Penal que cria um novo tipo, o qual criminaliza a própria omissão da adoção de medidas de vigilância ou controle que têm o viés de impedir a prática de outros delitos no âmbito da empresa. Tal omissão poderá ser tanto dolosa quanto imprudente. Assim, os administradores respondem por um crime específico, diferente daqueles que praticaram o tipo penal cuja omissão colaborou. Sobre o assunto, dispõe Lascuráins Sánchez:

Atualmente se planeja incluir no Código Penal [espanhol] um novo preceito dirigido a apenar ao ‘representante legal ou administrador, de fato ou de direito, de qualquer pessoa jurídica ou empresa, organização ou entidade que careça de personalidade jurídica, que omita a adoção das medidas de vigilância ou controle que resultam exigíveis para evitar a infração de deveres ou condutas perigosas tipificadas como delito’. [...] Propõe-se sancionar, também, a comissão imprudente com uma pena de multa (de três a seis meses), sendo que, em nenhuma hipótese, pode a pena por esta

<sup>213</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 347.

<sup>214</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 435.

omissão dolosa ou imprudente superar a pena do delito que não tinha sido impedido ou obstaculizado”.<sup>215</sup>

Como não poderia ser diferente, essa tipificação por omissão própria tem sido alvo de diversas contestações por parte da doutrina. Planas, por exemplo, tece duras críticas à possibilidade de responsabilização penal pela não adoção de sistemas de prevenção de delitos. Nas palavras do referido autor, “não parece possível legitimar um novo tipo penal que puna diretores ou administradores por não ‘colaborar’ com o Estado no sentido indicado”. Isso porque, segundo ele, trata-se de uma tentativa do Estado de transferir a sua responsabilidade de prevenção e detecção de crimes para as empresas.<sup>216</sup>

Por outro lado, a possibilidade de responsabilização penal dos administradores por omissão imprópria tem rendido intensos debates, tornando a questão um tanto quanto nebulosa. A omissão da alta administração poderia configurar uma conduta de colaboração delitativa? Em outras palavras, os dirigentes das empresas possuem o dever de evitar a prática de crimes no âmbito da organização?

Não restam dúvidas que os administradores devem gerir a empresa com observância aos deveres fiduciários, sendo essa uma exigência prevista expressamente por lei em sentido estrito extrapenal – ao menos no Brasil, pela Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.) e Lei nº 10.406/02 (Código Civil) –, conforme visto no capítulo anterior. Nesse sentido, Planas é categórico ao afirmar que “tanto a doutrina quanto a jurisprudência demonstraram de forma clara a existência para tais gestores de deveres de vigilância e controle do que ocorre na empresa”.<sup>217</sup>

No mesmo sentido, no tocante ao risco permitido no âmbito da pessoa jurídica, Díez revela a importância de se observar os deveres para a mitigação dos riscos. Segundo o referido autor, “as maiores capacidades empresariais para a gestão do risco permitem conformar um cidadão empresarial médio com uma série de deveres que superam, em muito, as de um indivíduo concreto”.<sup>218</sup>

A grande dúvida que permanece é: os deveres fiduciários colocam a alta administração na posição de garantidora, isto é, na obrigação de evitar a ocorrência de crimes no âmbito da empresa? Para responder essa questão, faz-se necessária a identificação da norma que prevê o

<sup>215</sup>NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 362.

<sup>216</sup>PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 203.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>218</sup> DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Tradução: Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 63.



dever de garante na legislação brasileira. Assim, o §2º do artigo 13 do Código Penal pátrio estabelece o seguinte:

- § 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.

Como se vê, o dispositivo supra estabelece as hipóteses em que o indivíduo assumirá a posição de garante. Cabe, desde já, uma importante observação sobre o dever de garante: não se trata “de violação de um dever geral de assistência, mas de violação de um dever especial de impedir o resultado, atribuída a um sujeito garantidor do bem jurídico. São, assim, delitos omissivos impróprios com a respectiva omissão definida em lei”.<sup>219</sup>

Tal questão é relevante porque na configuração de todos os tipos penais (culposos, dolosos, omissivos, comissivos) há um “desvalor da conduta fundado na criação de um risco desaprovado juridicamente ou na sua diminuição igualmente desaprovada juridicamente”.<sup>220</sup> Sendo assim, a prática de qualquer crime incorre na inobservância de um dever objetivo de cuidado, tratando-se de um dever geral. Ocorre que, nos crimes omissivos impróprios, há um dever especial, além daquele geral. Trata-se do dever de agir para evitar o resultado, isto é, o dever de garantir.

Neste contexto, Estellita, fundamentada em Kaufmann, apresenta as duas formas de omissões equiparáveis à ação: a) existência de deveres de proteção; e b) existência de deveres de vigilância. Ao explicar cada um de tais deveres, a referida autora assim dispõe:

Os garantidores de proteção devem defender um bem jurídico contra todos os perigos que o ameacem, independente de uma conduta própria anterior de interferência na esfera desse bem; os garantidores em virtude da responsabilidade por uma fonte de perigo têm o dever de assegurar que esta fonte se mantenha dentro dos patamares permitidos e, se extrapolados, agir no sentido de evitar o resultado danoso aos bens jurídicos de terceiros expostos a perigo.<sup>221</sup>

Dessa forma, percebe-se que os deveres de proteção lidam com perigos externos, vindos de fora, que podem causar danos ao bem jurídico sob a tutela do garantidor. Como exemplos, tem-se o caso dos pais em relação aos filhos e do motorista de ônibus em relação aos passageiros. Por outro lado, os deveres de vigilância visam conter fontes de perigo que

<sup>219</sup>TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 449.

<sup>220</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. 1ª ed. São Paulo: Martial Pons, 2017, p. 106.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 95.

estão sob a responsabilidade do garantidor. Como exemplo, cita-se a construtora que constrói um edifício, devendo tomar todos os cuidados durante a sua construção e na manutenção de sua estrutura.

Sobre o fundamento material do poder de garante dos dirigentes das empresas, a doutrina se divide em dois grupos: a) o dever de garante tem origem na própria autoridade hierárquica do dirigente sobre os subordinados e no seu poder de dar ordens; e b) o dever de garante tem origem no controle do dirigente sobre a empresa (“fonte de perigo”).<sup>222</sup>

O primeiro grupo sustenta que, como o dirigente tem o poder de instruir, ordenar e organizar, ele possui maior possibilidade de intervir no curso causal. Além disso, defendem que o dever de garante está fundamentado no domínio de vigilância que o dirigente possui sobre coisas e pessoas da organização.<sup>223</sup> Nada obstante, os juristas pertencentes a este grupo entendem que, por não intervir diretamente nas operações realizadas pelos subordinados, os dirigentes são alcançados pelo dever de organização, devendo a sua inobservância ser equiparada à ação. Com isso, a delegação de poderes transforma os deveres de garantia em deveres de direção e controle, sob pena de atribuir responsabilidade penal sem culpabilidade.<sup>224</sup>

Já o segundo grupo, seguido pela doutrina majoritária, sustenta que “a criação lícita de uma fonte de perigo implica o correlato dever de cuidar para que esses perigos não se realizem em resultados típicos”.<sup>225</sup> Corroborando com esse entendimento, Lascuráins Sánchez sustenta que a posição de garantidor se justifica pela própria qualidade de empreendedor, é dizer, pelo simples fato de começar uma atividade produtiva e, em consequência disso, criar riscos para terceiros. Sendo assim, para ele, o titular da empresa está obrigado a controlar tais riscos criados por ele próprio, a fim de que não causem danos a terceiros.<sup>226</sup> No mesmo sentido, Planas afirma que a posição de garantidor se fundamenta no fato de o empresário assumir “o compromisso de conter aqueles riscos que emanam da empresa para os bens jurídicos dos demais”.<sup>227</sup>

---

<sup>222</sup> STELLITA, 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. 1ª ed. São Paulo: Martial Pons, 2017, p. 109.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>226</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 349.

<sup>227</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 236.

Fica evidenciado, assim, que o fundamento que melhor se enquadra ao objeto do presente estudo é o controle dos administradores sobre a empresa (“fonte de perigo”). Nas palavras de Greco, “como se trata da relação do gerente com sua empresa, isto é, com produtos e funcionários, o que tem de ser discutido é a existência de um dever de vigilância sobre a empresa como fonte de perigo”.<sup>228</sup> Dessa forma, ao constituir uma empresa e exercer uma atividade econômica, o administrador deverá não só colher os frutos de sua liberdade, mas também arcar com as responsabilidades de evitar que o bem jurídico de terceiros seja violado.

Com isso, tem prevalecido que à alta administração da empresa incumbe observar o dever de vigilância, a fim de exercer o controle sobre a sua atividade econômica, obter informações sobre a correção da atividade e, assim, conter a “fonte de perigo” por ela criada. Para tanto, os administradores devem agir, intervir, a fim de conseguir cumprir os *standards* do seu setor.<sup>229</sup> Pode-se afirmar, portanto, que o administrador é alcançado pelo dever de garante “tanto no que se refere à vigilância dos produtos que a empresa põe no mercado, quanto às pessoas que atuam no seio da empresa”.<sup>230</sup>

E, ao entender a empresa como uma “fonte de perigo”, é possível que os administradores figurem na posição de garantidores não somente em razão da obrigação imposta por lei, mas também por ter criado o risco da ocorrência do resultado (ingerência), nos termos do artigo 13, §2º, alínea “c”.<sup>231</sup> Especialmente no tocante à cadeia de fornecedores, entende-se que os empresários têm o dever de cuidado perante os seus contratados, sejam eles subordinados ou terceiros. A inobservância do referido dever cria um risco proibido, fruto da sua ingerência, tornando-os, portanto, responsáveis criminalmente. Sobre o assunto, dispõe Bottini:

No que concerne à ingerência, pode-se afirmar que o empresário cria um risco ao distribuir tarefas, determinar condutas, ou mesmo ao delegar funções e competências a terceiros, subordinados ou não, para que prestem serviços ou realizem atividades em favor ou em nome da empresa. Trata-se, em regra, de um risco permitido. No entanto, essas pessoas integram sua esfera organizacional, de forma que o empresário deverá observar as normas de cuidado vigentes para garantir que esse risco permitido – representado pelo trabalho de terceiros que se coloca em movimento por sua determinação – mantenha essa qualidade, ou deverá agir para

<sup>228</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 97.

<sup>229</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 191-192.

<sup>230</sup> GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 116.

<sup>231</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 188.

restituí-lo ao patamar tolerável diante de qualquer desestabilização culposa ou dolosa, sempre que dela tenha conhecimento.<sup>232</sup>

Apesar disso, Lascuráins Sánchez sustenta que a posição de garantidor existirá tão somente em relação aos perigos ou danos que afetem a integridade física e a saúde dos trabalhadores, bem como os consumidores e o meio ambiente. Nos casos de corrupção e lavagem de capitais, por exemplo, o referido autor entende que o dever de garante não se justifica.<sup>233</sup> No mesmo sentido, Rassi dispõe que “o controle de perigos no âmbito de organização refere-se aos casos em que o garante administra atividades altamente perigosas, como a venda de armas de fogo, ou o controle de resíduos tóxicos”.<sup>234</sup>

Em que pese alguns autores sustentem que o dever de vigilância deve se restringir às atividades econômicas que oferecem riscos a terceiros (usinas nucleares, agrotóxicos, armas de fogo, instituições financeiras, *etc.*), Estellita sustenta que tal dever não deve se restringir apenas a estes casos, tendo em vista que toda organização é um foco de perigo, independentemente do seu âmbito de atuação. A título de exemplo, a autora menciona perigos que podem ocorrer em qualquer ramo econômico, tais como a “falta de manutenção de um equipamento industrial, uma barragem de contenção, *etc.*”<sup>235</sup>

De fato, restringir a posição de garante a apenas alguns ramos empresariais não parece o mais correto. Isso porque a própria natureza do risco e o seu grau de intensidade determinará os esforços a serem feitos pela alta administração para contê-lo. Caso determinado empreendedor inicie uma nova atividade econômica que não represente um alto risco para terceiros, por óbvio, não terá que exercer o mesmo grau de controle e tampouco a mesma vigilância que o titular de uma mineradora, por exemplo, que cria grandes riscos ambientais.

Ademais, em que pese já tenha sido mencionado anteriormente nesta pesquisa, importa destacar que, ainda que delegue o dever de vigilância para um subordinado, a alta administração não se isenta de sua responsabilidade. O que ocorre, na verdade, é uma modificação do seu dever: o que antes era um dever de vigilância sobre a “fonte de perigo”, agora passa a ser um dever de controle sobre o subordinado, é dizer, seu dever “reside agora

<sup>232</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 190.

<sup>233</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 357.

<sup>234</sup> RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 192.

<sup>235</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. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 119.

em controlar ao delegado e corrigi-lo ou substituí-lo se não realiza adequadamente a função delegada”.<sup>236</sup> No mesmo sentido, de acordo com Castejón, a “mayoría de los autores tiene claro que al delegante de funciones le corresponde siempre un deber residual procedente de la posición de garante inicial u original, concretado en la vigilancia y el control del delegado”.<sup>237</sup> Ainda concordando com a permanência da responsabilidade do garantidor, Rassi dispõe que “o superior hierárquico que conhece dos delitos praticados por um subordinado passa a responsabilizar-se também pelos danos que a conduta do funcionário vier a causar.”<sup>238</sup>

Além disso, o dever de evitar a ocorrência de crimes no âmbito de sua atuação profissional (posição de garantia) independe do conhecimento do agente. O conhecimento, por si só, não gera qualquer dever. Este é anterior, pré-estabelecido. Conclui-se, assim, que o “conhecer” algo não cria qualquer dever para o administrador. Como exemplo de posição de garantia, Planas menciona as obrigações que instituições financeiras possuem para evitar o crime de lavagem de capitais.<sup>239</sup>

Ao tratar do assunto, mais especificamente sobre o cargo de *compliance officer*, na condição de garante, Cardoso sustenta que, caso aja com diligência, observando o que se espera de alguém com o mesmo dever de garante, ainda que ocorra um delito, a ele não poderá ser imputado o insucesso de não evitá-lo. Contudo, caso não proceda com diligência, poderá responder penalmente pelo crime praticado por outrem.<sup>240</sup> Nesse sentido, dispõe Feijoo Sánchez:

*En este sentido es cada vez más normal en casos de outputs lesivos de una empresa, que, em todo caso, acabe respondiendo penalmente algún directivo o miembro cualificado de dicha empresa, al menos por no haber sido cuidadoso a la hora de organizarla internamente para controlar su peligrosidad.*<sup>241</sup>

Percebe-se, assim, que a inobservância dos direitos fiduciários por parte dos administradores poderá ensejar na sua responsabilização penal individual, seja pela prática de conduta comissiva ou omissiva imprópria (em decorrência da sua posição de garantidor). Para sintetizar tal responsabilização, expõe Lascraíns Sánchez:

<sup>236</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 350.

<sup>237</sup> CASTEJÓN, Elena B. Fernández. *Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 21-26, p. 27.

<sup>238</sup> RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 192.

<sup>239</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoría do delito e direito penal econômico**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. . 229.

<sup>240</sup> NIETO MARTÍN *et al.*, *op. cit.*, p. 382.

<sup>241</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Prevención general positiva: una reflexión em torno a la teria de la pena de Günther Jakobs*. *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIX, 111-134, 2006, p. 160.

Neste ponto, o que importa é advertir a respeito da responsabilidade penal dos administradores é que a mesma pode ser por omitir o cumprimento de seus deveres de garantia; que a mesma pode ter sua origem na falha em bem organizar a segurança de sua empresa, ou de não supervisionar a seus delegados imediatos; e que o risco penal pessoal de tudo isto provém, sobretudo, dos delitos que podem ser cometidos não só dolosamente, com consciência e vontade de realização da conduta típica, senão também por imprudência.<sup>242</sup>

Como se vê, os gestores poderão ser responsabilizados, ainda que seja por não terem sido cuidadosos ao controlar a periculosidade gerada pela empresa. Isso vai de encontro com a *business judgment rule* e os deveres fiduciários dos administradores, analisados no capítulo anterior. Da mesma forma que aquela é aplicada para isentar os administradores de responsabilidade civil e administrativa, os mesmos serão aqui aplicados na imputação objetiva para verificar a existência de responsabilidade penal.

### 3.3.2 O concurso de agentes

Uma vez analisada a possibilidade de responsabilização penal individual pela prática de condutas comissivas e omissivas decorrentes da inobservância dos deveres fiduciários, no presente tópico se verificará de que forma o administrador poderá concorrer para o crime de terceiros, seja como autor, coautor ou partícipe. Ressalta-se, contudo, que o concurso de agentes não é objeto da presente pesquisa, razão pela qual serão abordadas tão somente as questões relevantes para o desenvolvimento do tema aqui proposto.

O concurso de agentes está previsto nos artigos 29, 30 e 31 do Código Penal pátrio. Trata-se, resumidamente, da “cooperação desenvolvida por várias pessoas para o cometimento de uma infração penal”.<sup>243</sup> Dessa forma, a referida matéria disciplina acerca da autoria, coautoria e participação.

Há três principais teorias que discorrem sobre o tema: a) teoria unitária (ou monista); b) teoria pluralista; e c) teoria dualista. De forma bastante sintética, a primeira teoria sustenta que, se houver diversos agentes e condutas, porém com a ocorrência de apenas um resultado, configurar-se-á um único delito, isto é, todos responderão pelo mesmo crime. A teoria pluralista, por outro lado, entende que, ainda que haja somente um resultado, cada agente

---

<sup>242</sup>NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 359

<sup>243</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 20ª ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 265.

deverá responder por um crime diferente. Por fim, a teoria dualista defende que, havendo um só resultado, os coautores responderão por um crime e os partícipes por outro.<sup>244</sup>

O Código Penal brasileiro adotou, como regra, a teoria unitária ou monista. Dessa forma, todos que concorrerem para determinado crime deverão responder pelo mesmo tipo penal. A título de exemplo, tanto o traficante que, visando tornar lícito o lucro da venda de drogas, compra um imóvel com dinheiro em espécie, quanto a imobiliária que, em conluio, viabiliza todo o procedimento, responderão por lavagem de capitais. Há, todavia, exceções no Código Penal que aplicam a teoria pluralista, como no caso da corrupção passiva e corrupção ativa (artigos 317 e 333, respectivamente). Trata-se de questão já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim decidiu no Resp 169.212/PE:

*1. O ordenamento jurídico pátrio adotou, no concernente à natureza jurídica do concurso de agentes, a teoria unitária ou monista, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime, incidem nas penas a ele cominadas (art. 29, do CP). Entretanto, exceções pluralísticas há em que o próprio Código Penal, desmembrando as condutas, cria tipos diferentes. É, por exemplo, o caso do falso testemunho, hipótese em que a testemunha que faz afirmação falsa responde pelo delito do art. 342 e quem dá, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem para que aquela cometa o falso no processo penal, incide nas penas do art. 343. Precedente da Corte. 2. Na espécie, a conduta da recorrida (advogada) é atípica, porquanto limitou-se a instruir a testemunha a dizer isso ou aquilo em juízo trabalhista sem, frise-se, conforme restou consignado pelo acórdão recorrido, dar, oferecer ou prometer qualquer vantagem. 3. Recurso especial não conhecido.*<sup>245</sup>

Diante disso, resta compreender as diferenças entre autor, coautor e partícipe, especialmente nos casos envolvendo a cadeia de fornecedores. O autor “é quem realiza a conduta típica descrita na lei, isto é, apenas o autor pratica o núcleo do tipo”.<sup>246</sup> Há, ainda, o autor mediato, consagrado em algumas legislações ao redor do mundo, tais como a alemã (§25, I) e a espanhola (Código Penal de 1995, artigo 28), o qual é definido como o agente que se utiliza de outras pessoas como instrumento para atingir a sua finalidade criminosa (“o homem de trás”). O autor mediato não pratica o verbo do tipo, porém detém o domínio do fato – mais especificamente o domínio da organização –, isto é, possui o controle sobre o executor.<sup>247</sup>

<sup>244</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 20ª ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 265.

<sup>245</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 169.212/PE**. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 24 de junho de 1999. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199800226338&dt\\_publicacao=23/08/1999](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800226338&dt_publicacao=23/08/1999)>. Acesso em: 29 nov. 2022.

<sup>246</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, vol 1, p. 547.

<sup>247</sup> *Ibid*, p. 550.

Quanto ao partícipe, entende-se como o agente que “não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta proibida”.<sup>248</sup> Em consequência disso, constata-se que, para fins de participação, é possível a criminalização de condutas que são, por si sós, atípicas, mas que contribuem para a consecução de fatos típicos. É exatamente o que ensina Lobato:

Tenha-se em mente que a norma penal que trata da participação criminal consiste em uma norma de extensão típica destinada a justamente abranger ações, a princípio, extratípicas, ou seja, neutras, mas que, por, concretamente, estarem inseridas dentro do contexto de concorrência ao injusto de outrem, terminam abarcadas pelo tipo penal que, inicialmente, só recaia sobre o agente principal.<sup>249</sup>

O Código Penal pátrio não estabeleceu as formas de participação, todavia, em seu artigo 31, dispõe que “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Sendo assim, o legislador ao menos expressou as condutas que podem configurar a participação, quais sejam: o ajuste, a determinação/instigação e o auxílio.

A análise de cada forma de participação demandaria uma nova pesquisa, razão pela qual, aqui, ater-se-á à modalidade “auxílio”. De acordo com Hungria, “auxílio” é a prestação de serviço, ministração de instruções ou fornecimento de meios para a execução do crime”.<sup>250</sup> Trata-se, assim, da figura do cúmplice, daquele que presta uma ajuda material ao autor do crime.

No tocante à coautoria, trata-se da “realização conjunta do tipo”.<sup>251</sup> Em outras palavras, ela se configura quando mais de um agente se dispõe a praticar determinado delito. Diferentemente da relação entre o autor e o partícipe, os coautores deverão ter um plano em comum, bem como cada um deverá ter uma contribuição relevante, ocasionando em uma imputação recíproca.<sup>252</sup>

Para os fins do presente trabalho, a coautoria não terá a mesma relevância das outras duas espécies de concurso de pessoas. Os casos propostos esbarrarão na necessidade de haver

<sup>248</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, vol 1, p. 553.

<sup>249</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. Condutas neutras: uma análise do risco da advocacia frente à criminalidade econômica. In BOSSA, Gisele Barra (org.) **Crimes contra ordem tributária**: do direito tributário ao direito penal. Coimbra: Almedina, 2019, p. 345.

<sup>250</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9, p. 412.

<sup>251</sup> GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 88.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 89.



um plano delitivo em comum. O objeto da presente pesquisa trata de situações em que não há a mesma finalidade entre os agentes, tendo em vista que um membro da cadeia de fornecedores busca se valer da conduta do outro que, ainda que tenha conhecimento do crime anterior, não o arquitetou.

Retornando às outras duas formas de concurso de pessoas (autoria e participação), constata-se que a alta administração poderá cometer uma infração como autora quando praticar uma conduta típica, seja por omissão ou comissão.<sup>253</sup> Para melhor visualizar o procedimento de análise do caso concreto, Cardoso ensina que, nos casos de delitos empresariais, para a apuração da responsabilidade penal individual “é imprescindível analisar se o sujeito domina finalisticamente a realização do tipo do injusto, ou, se compartilha este domínio do fato com várias pessoas”.<sup>254</sup>

Ao se analisar a relação vertical dentro da empresa, isto é, a sua estrutura hierárquica, tem prevalecido que o superior que dá a ordem para que o seu subordinado pratique um crime não responderá como partícipe, mas como autor mediato. Isso se deve a já analisada teoria do domínio da organização. Todavia, na relação horizontal, mais especificamente na relação da alta administração com as demais empresas da cadeia de fornecedores, a análise não é tão simples.

Os administradores também poderão figurar como partícipes pelos crimes praticados no âmbito da empresa. Tudo dependerá dos elementos do caso concreto. Muitas vezes, inclusive, ao se aplicar a teoria às especificidades de determinado fato delitivo, encontra-se certa dificuldade na definição do grau de colaboração de cada envolvido. Nesse sentido, Brenner dispõe que “não basta que se fundamente a autoria, mas também é necessário fundamentar a responsabilidade do partícipe, identificando o desvalor próprio de sua contribuição, o que se torna mais difícil quanto mais distante o seu aporte da execução do delito”.<sup>255</sup>

Diante disso, é importante analisar o concurso de agentes sob o prisma das ações neutras, isso porque elas são essenciais para dar solução a determinadas situações de maior

---

<sup>253</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 356.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 378.

<sup>255</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 137.

complexidade. Assim, Planas ressalta a importância das ações neutras para a revisão feita nos últimos anos sobre as formas de participação no delito.<sup>256</sup>

Tendo em vista as diferentes formas de se executar uma infração empresarial, bem como as incontáveis formas de se concorrer para alcançar a finalidade delituosa no mundo corporativo, Lascuráins Sánchez sintetiza as possibilidades de conduta da seguinte forma:

Resulta óbvio afirmar que a autoria em um delito de empresa pode se dar por meio de outra pessoa, a quem se utiliza instrumentalmente (autoria mediata), ou ser compartilhada com outra pessoa, com quem se tenha acordado uma divisão da execução do delito (coautoria; art. 28, parágrafo 1º CP). É óbvio também que a responsabilidade penal individual no âmbito de uma empresa pode ocorrer não com base na autoria de um delito, mas pela contribuição para o delito de outro: por tê-lo induzido (art. 28, parágrafo 2º, b CP) ou por haver cooperado em sua execução com um auto necessário (art. 28, parágrafo 2º, a CP) ou não (art. 29 CP) para a mesma.<sup>257</sup>

Ante a tais possibilidades, não restam dúvidas de que a participação é a que tem o condão de gerar os maiores desafios doutrinários e práticos. Nas palavras de Brener, “o que desafia a doutrina penal moderna é a determinação dos limites de responsabilidade sobre a participação como um todo”.<sup>258</sup> Nesse sentido, visando trazer luz sobre o tema, a referida autora apresenta quais seriam os principais desafios a serem enfrentados para que se consiga solucionar as mais importantes questões referentes ao concurso de pessoas. Veja-se:

O desafio em precisar os limites da intervenção no delito deriva de uma combinação de fatores: a) a intervenção no delito se configura a partir da contribuição de uma pluralidade de agentes para um mesmo injusto penal; b) esses agentes são autorresponsáveis; c) é necessário um raciocínio analítico e sistemático para a imputação penal na intervenção, sendo insuficiente o raciocínio formal de subsunção do tipo penal.<sup>259</sup>

Conforme visto no tópico anterior, a inobservância dos deveres fiduciários pode ensejar condutas comissivas ou omissivas. E, conforme visto no presente tópico, tais condutas podem concorrer para o crime por meio de autoria, coautoria ou participação. Diante do exposto, não restam dúvidas de que a prática de condutas omissivas impróprias, por óbvio, poderá figurar como autoria. Isso porque, ao se equiparar a omissão a condutas comissivas, pode-se praticar crimes comissivos por omissão. Uma mãe, por exemplo, que permite a morte do filho por inanição, responderá como autora do crime de homicídio. Da mesma forma, um empresário que permite que as contas da empresa sejam utilizadas para receber o pagamento

<sup>256</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 263.

<sup>257</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 354.

<sup>258</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 136.

<sup>259</sup> *Ibid*, p. 136.

oriundo do tráfico de drogas praticado por seu filho, responderá como autor do crime de lavagem de dinheiro.

Nada obstante, a participação, como já visto, exigirá maior aprofundamento teórico, especialmente no tocante às ações neutras. Seria possível a participação por omissão? E a participação culposa? Trata-se de matérias indispensáveis para a verificação da responsabilidade penal individual pela cadeia de fornecedores.

Para responder a tais questionamentos, destaca-se que a participação necessita de dois requisitos essenciais: a) eficácia causal; e b) consciência de participar na ação comum. Destarte, a participação, para ser punível, exige que o crime seja ao menos tentado<sup>260</sup>; e, além disso, prevalece na doutrina brasileira, seguindo a doutrina alemã, que não é possível a participação culposa, mas tão somente a coautoria culposa.<sup>261</sup> Sendo assim, haverá a responsabilidade penal quando o partícipe agir com dolo, ou seja, “tem que haver estado consciente de que infringia seu dever, bem como de que sua infração contribuiu para um delito de outrem”.<sup>262</sup>

Quanto à participação por omissão, tanto em infração comissiva quanto em infração omissiva, é plenamente possível. Dessa forma, caso o agente não tenha o dever de agir, poderá concorrer como partícipe por omissão. Quando, todavia, houver o dever de agir, responderá por autoria.<sup>263</sup> Nesse sentido:

Aqui vale lembrar que um sujeito participa por omissão em um delito quando, sem ser garante, descumpra um dever específico de atuação cuja observância teria impedido ou dificultado a prática de um delito por parte de um terceiro [...]. O Direito Administrativo estatui obrigações de cumprimento para os administradores, mas só para determinadas atividades e riscos (para o mercado de valores, para a segurança dos trabalhadores, para a prevenção ao branqueamento de capitais); caberia pensar também que tais obrigações decorrem do genérico dever de diligência dos administradores, que proclama o Direito Societário.<sup>264</sup>

Aqui, fica demonstrado que os administradores podem responder pelas omissões, tanto como autores quanto como partícipes. Poderão ser responsabilizados como autores quando tiverem o dever de garante ou, ainda, quando houver uma conduta típica criminalizando a omissão. Serão partícipes quando, apesar de não terem o dever de garante, descumprirem uma obrigação específica relacionada à atuação da empresa que, se observada, teria o condão de

<sup>260</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 552, vol. 1., p. 562.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 558.

<sup>262</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 355.

<sup>263</sup> BITENCOURT, *op. cit.*, p. 559.

<sup>264</sup> NIETO MARTÍN, *op. cit.*, p. 361.

impedir ou dificultar a prática do delito praticado por terceiro. Em razão dessa diferenciação, nota-se que, via de regra, a omissão delitiva na cadeia de fornecedores gerará uma responsabilidade penal por autoria, haja vista a posição de garantidor dos administradores perante a empresa (“fonte de perigo”).

Para sintetizar o assunto, apresentar-se-á os cinco requisitos essenciais, de acordo com a Corte Espanhola, que possibilitam a configuração da participação por omissão:

[...] a) que se tenha produzido um resultado, de lesão ou de risco, característico de um tipo penal de ação previsto em lei; b) que se tenha omitido uma ação que, hipoteticamente, pudesse evitar o resultado, exigindo que a não evitação do resultado equivalha à sua causação; c) que o omitente seja qualificado para figurar como autor do tipo ativo referente; d) que o omitente esteja em condições de realizar voluntariamente a ação; e e) que a omissão suponha um dever jurídico de atuar.<sup>265</sup>

Por outro lado, vigora no Direito Penal o princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual cada indivíduo responde pelos próprios atos, e não pela conduta de terceiros. O referido princípio atua, assim, como um verdadeiro limitador da responsabilidade individual, sendo os limites da participação a grande questão envolvendo as discussões acerca das ações neutras.<sup>266</sup>

Outrossim, o nível de responsabilidade penal sobre a conduta de terceiros, de acordo com Rassi, irá depender do seu grau de periculosidade, bem como do seu grau de dependência (ou de autorresponsabilidade).<sup>267</sup> Ou seja, quanto menos perigoso e menos dependente for o terceiro, menor será a responsabilidade penal do omitente. Por outro lado, quanto mais perigoso e mais dependente for o terceiro, maior será a responsabilidade penal do omitente. Tem-se, como exemplo, o caso do instrutor de autoescola. Caso seu aluno atropelasse alguém, dificilmente ele responderá como partícipe, mas como autor; ao passo que o agente penitenciário que permite que um preso invada a cela de outro para cometer um homicídio, possivelmente responderá por participação.

No caso de verificação da neutralidade da ação do partícipe, é importante compreender que “não se trata de transferir o desvalor do injusto do autor para o partícipe, mas sim de identificar, no próprio comportamento do partícipe, cada um dos pressupostos normativos da imputação objetiva”.<sup>268</sup> Ou seja, trata-se de verificar o desvalor da ação do próprio partícipe e, com isso, responsabilizá-lo – ou não – objetivamente pelo resultado.

<sup>265</sup> RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 192.

<sup>266</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 137.

<sup>267</sup> RASSI, *op. cit.*, p. 192.

<sup>268</sup> BRENER, Paula. *op. cit.*, p. 144.

É importante observar de que forma as ações neutras podem atender aos pressupostos da participação, nos termos do artigo 29 do Código Penal. No tocante ao presente trabalho, conforme já mencionado anteriormente, há maior relevância na forma “auxílio”, a qual faz surgir a figura do cúmplice. De acordo com Brener, a conduta do cúmplice expressa sentido delitivo próprio.<sup>269</sup> As ações neutras, por outro lado, exatamente em decorrência de sua neutralidade, não apresentam sentido delitivo. A questão, portanto, é definir do que se trata exatamente o sentido delitivo das ações que contribuem para o delito.

O sentido delitivo da ação do partícipe não pode ser identificado isoladamente. Em outras palavras, a sua conduta não pode ser analisada fora do contexto em que ocorreu. Mesmo em casos de autoria, como se tratam de crimes complexos, a conduta analisada fora do seu contexto pode ser, por si só, neutra. Para ilustrar essa situação, Brener apresenta o seguinte exemplo:

Imagine-se um chefe de cozinha cujo restaurante tenha como ‘carro chefe’ um delicioso conchiglione di gambas (massa com pequena quantidade de amendoim e amêndoas processados. Todos os dias, ele serve centenas de pratos a seus clientes. Caso esse mesmo chefe venha a servir seu primoroso prato à sua sogra, sabendo ser ela terrivelmente alérgica a amendoim, será responsável pelas consequências de seus atos.<sup>270</sup>

Quando se fala na responsabilização penal pela cadeia de fornecedores, refere-se à possibilidade de um elo da cadeia ser responsabilizado por ter sido meio para a prática de delito por outro integrante da mesma cadeia. Com isso, as ações neutras são imprescindíveis para determinar os limites da intervenção no delito, haja vista que o seu estudo permite verificar quando a intervenção será punível e quando será impunível.<sup>271</sup>

Um importante critério que tem sido utilizado para identificar se determinado risco é proibido ou permitido é o da idoneidade da proibição. Sob esse aspecto, a proibição será inidônea quando não acarreta numa melhora na proteção do bem jurídico tutelado, isto é, quando for inócua. Por outro lado, a proibição será idônea quando for eficaz para melhorar a situação do bem jurídico.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup>BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice.** Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 173.

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 150.

Assim, as proibições inidôneas representam uma restrição à liberdade sem uma contraprestação que a justifique, diante de sua inocuidade. Nesse sentido, ao analisar a idoneidade da proibição de condutas neutras, Greco dispõe que:

Contribuições neutras, justamente por não serem manifestamente ilegais, costumam apresentar caráter ubíquo, podendo ser obtidas em todo lugar, sem maiores dificuldades – o que pode tornar deveras inútil a proibição de que se preste uma destas contribuições.<sup>273</sup>

Dessa forma, no tocante à existência ou não de idoneidade em determinada proibição, o referido autor sustenta que “a exigência da idoneidade da proibição significa que só haverá risco juridicamente desaprovado se a não-prática da ação proibida representar uma melhora relevante na situação do bem jurídico concreto”.<sup>274</sup> No mesmo sentido, sustenta Peregrin que *“una conducta de colaboración es peligrosa cuando era objetivamente previsible su aptitud para elevar, rebasando el riesgo permitido, las posibilidades de lesión por el autor, de un bien jurídico protegido también frente al cómplice”*.<sup>275</sup>

Resta, então, a seguinte dúvida: em que consiste uma melhora relevante? Greco explica que “melhorar, no sentido do critério proposto, pressupõe uma melhora relevante: menos do que salvar, mas mais do que modificar”.<sup>276</sup> Com isso, o referido autor defende que a proibição idônea deve garantir não apenas uma modificação da condição do bem jurídico (por exemplo, um homem deixa de vender uma faca para um jovem visivelmente alterado, o qual pratica o homicídio com uma chave de fenda que comprou na ferragista ao lado), da mesma forma que não se exige que seja uma contribuição necessária, sem a qual o delito não poderia ser cometido. Verifica-se, assim, que “o princípio dos bens jurídicos funciona como uma barreira inicial, a qual torna ilegítima a ingerência inócua”.<sup>277</sup>

Importante ressaltar que a verificação da idoneidade da proibição deve se valer apenas das circunstâncias objetivas do fato. Os conhecimentos especiais são analisados tanto na imputação objetiva (criação do risco) quanto no tipo subjetivo, não devendo influenciar na constatação da melhora ou não do bem jurídico.<sup>278</sup>

---

<sup>273</sup>GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 138.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 142-143.

<sup>275</sup> PEREGRIN, María del Carmen López. *La complicidad en el delito*. Valência: Tiran Monografías, 1997, p. 233.

<sup>276</sup>GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 142.

<sup>277</sup>BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 153.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 155.

Diante disso, para sintetizar a compreensão da análise da idoneidade como critério negativo da proibição, Brener ensina que:

Presente um substituto efetivo à disposição do ator, o cumprimento da proibição pelo agente que adquiriu conhecimentos especiais não proporcionaria qualquer melhora para o bem-jurídico, de modo que a proibição de comportamento é inidônea, devendo ser excluída pelo critério do risco permitido. Diferentemente, deverá ser considera[da] idônea a proibição na hipótese em que, diante da recusa do agente dotado de conhecimentos especiais para fornecer o aporte necessário, o autor tem dificuldades em encontrar o aporte de que necessita.<sup>279</sup>

Ademais, Greco apresenta exemplos claros de aplicação do princípio da idoneidade nos casos de autoria: a) “não punição da tentativa inidônea”; e b) “comportamento alternativo conforme ao direito que sequer diminuiria o risco de produção do resultado”.<sup>280</sup> O primeiro se refere àqueles casos impossíveis de ocorrer a consumação do crime (tentar matar alguém atirando com uma arma Nerf, por exemplo), ao passo que o último se refere aos casos em que o agente, mesmo que tivesse agido conforme o direito, não teria evitado o resultado. Como exemplo, dispõe Roxin:

O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas o faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito (*Strassenverkehrsordnung*)<sup>281</sup>

No mesmo sentido, Cardoso sustenta que “só haverá crime se houver a clara constatação de que a prática destes deveres teria diminuído o perigo que atinge o bem jurídico que o responsável pela conformidade [ou aquele que detém o dever de garante] se obrigou a proteger”.<sup>282</sup> Assim, a referida autora entende que o mero descumprimento do dever de diligência não implica na responsabilização penal pela prática do delito.

Além do critério positivo da idoneidade, Brener sustenta que deve haver, para que a conduta seja dotada de sentido delitivo, o critério negativo da única utilidade. Somente com a presença dos requisitos positivo e negativo é que a conduta seria desvalorizada. Na falta de

<sup>279</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 156.

<sup>280</sup> GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 144.

<sup>281</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338.

<sup>282</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 381.

um deles, a ação deverá ser considerada neutra. Sobre o critério da única utilidade, a referida autora assim dispõe:

Pode-se consolidar o raciocínio construído sob a seguinte fórmula: as condutas dotadas de sentido delitivo são aquelas que esgotam a sua utilidade delitivamente. A proposição agrega à ideia de Frisch o conceito de utilidade, redefinindo o sentido delitivo a partir do tipo penal da participação. De tal sorte, tem-se como horizonte objetivo as utilidades propiciadas pelo aporte do cúmplice. Nas hipóteses em que o incremento do risco pelo indivíduo cria para o autor tão somente uma utilidade orientada para a operacionalização delitiva, tem-se um risco desvalorado. Em outras palavras, terá sentido delitivo aquela conduta cuja única funcionalidade no contexto seja delitiva, ausente uma diversa função racionalmente explicável. Nesse caso, não haveria, portanto, que se falar em um desvio de utilidade por parte do autor, uma vez que a própria utilidade do incremento do risco estaria dirigida ao crime.<sup>283</sup>

Ou seja, Brener sustenta que o sentido delitivo da conduta estaria na sua ausência de utilidade para qualquer outra função que não seja a prática delitiva. Para isso, dever-se-ia analisar o contexto em que a conduta foi realizada. Cita-se, como exemplo, um fornecedor de maquinário para fabricantes. Estes, ao adquirir as máquinas, poderão produzir insumos e distribuí-los para determinado setor econômico. Nesse caso, não estaria presente o critério da única utilidade delitiva, pois ainda que ocorra, posteriormente, a violação de bens jurídicos tutelados pelo direito penal, a conduta produz interesses jurídicos. Além disso, a referida autora sustenta que nem “o conhecimento da probabilidade elevada do crime posterior tem o condão de modificar a natureza neutra do aporte, que, em si, nada tem de injusto”.<sup>284</sup>

Brener ainda sustenta que a contribuição do fornecedor, em tais casos que a conduta também possui uma utilidade lícita, “não se vincula ao delito em uma relação de pertencimento”.<sup>285</sup> Assim, conclui-se que, para a referida autora, em que pese a inobservância dos deveres de diligência preencham o critério negativo do risco proibido, eles, por si sós, não configuram o sentido delitivo da participação, tendo em vista que deve ser verificada a sua utilidade.

O critério da única utilidade, todavia, encontra alguns obstáculos práticos e teóricos. Em primeiro lugar, via de regra, todas as ações delitivas com aparência de licitude terão uma utilidade lícita. O direito penal econômico, como já visto, lida com crimes complexos, cujo verbo do tipo é, muitas vezes, fracionado entre os agentes. Além disso, o exemplo dado por Brener é devidamente solucionado por meio das teorias e princípios já existentes, tais como a) a proibição de regresso, na qual o agente que pratica uma conduta inócua não poderá

<sup>283</sup>BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 178.

<sup>284</sup>*Ibid.*, p. 183.

<sup>285</sup>*Ibid.*, p. 184.



responder por eventual crime que tenha dela se valido; b) a autorresponsabilidade, na qual cada agente deverá responder somente pela sua própria conduta; c) a teoria da confiança, na qual se pode confiar que terceiros agirão conforme o direito; e d) o próprio princípio da idoneidade, segundo o qual a conduta deve prejudicar a proteção do bem jurídico. O critério da única utilidade, portanto, mostra-se desnecessário para solucionar os casos concretos.

Importante, ainda, apresentar a diferenciação do sentido delitivo da omissão e da ação. No caso das omissões penalmente relevantes, o próprio dever de garante define o fundamento da proibição. Por outro lado, nas condutas comissivas, deve-se aprofundar no que significa o termo “concorre” previsto no artigo 29 do Código Penal brasileiro.<sup>286</sup>

O dispositivo acima mencionado estabelece que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Resta, então, delimitar o alcance do verbo “concorrer”. Trata-se de uma questão central para a solução dos casos de responsabilidade penal pela cadeia de fornecedores. Como se verificará se o administrador concorreu para a prática do crime de terceiro integrante da mesma cadeia? Nas palavras de Brener, “não é qualquer contribuição causal que conforma a participação, mas aquela que objetivamente possa ser compreendida como um ato de concurso, ou seja, que porte em si inequívoco sentido delitivo”.<sup>287</sup>

Dessa forma, para Brener, a conduta pode ser neutra mesmo quando piorar a situação do bem jurídico tutelado. De acordo com a referida autora, o artigo 29 do Código Penal é expresso ao exigir que o partícipe “concorra” para o crime, não sendo suficiente que ele lhe dê causa. Nesse sentido, a aplicação do princípio da proteção de bens jurídicos não pode ultrapassar os limites impostos pela própria norma penal, não sendo suficiente, assim, a mera piora da situação do bem jurídico.<sup>288</sup>

No mesmo sentido, Planas conclui que, nos casos de prestações profissionais, não há que se falar que a ação se adapta ao delito a ser praticado, tendo em vista que a conduta “se esgota na simples criação das condições a partir das quais outro pode vir a cometer um delito, o que não é o suficiente para constituir participação punível, por mais útil que resulte ao autor”. Sendo assim, somente quando houver a infração de um dever específico por parte do agente, concorrendo com o delito praticado por terceiro, é que se poderá considerar que o

---

<sup>286</sup>BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 149.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 195.

âmbito de normalidade foi extrapolado e a intervenção poderá ser considerada como penalmente relevante.<sup>289</sup>

Como dito alhures, Brener sustenta que o sentido delitivo seria configurado na única utilidade do aporte. Sendo assim, o “concurso” estabelecido no artigo 29 do Código Penal só se configura se o auxílio não tiver qualquer outra utilidade para o autor. Diante disso, a análise da tipicidade da conduta sequer avançaria para o elemento subjetivo.<sup>290</sup> Nada obstante, pelos motivos já apresentados, o “concurso” estabelecido pelo referido dispositivo não parece exigir o critério da única utilidade, sob pena de torná-lo inaplicável à criminalidade econômica. Para além da causalidade, idoneidade e autorresponsabilidade, o melhor seria que a delimitação do concurso fosse realizada na tipicidade subjetiva.

Nesse sentido, a fim de trazer uma definição do que seria concorrer para o crime, Jesus dispõe que, para a configuração da participação, “é necessário que concorra o elemento subjetivo da participação, que adira a sua conduta negativa ao comportamento do autor principal”. Sendo assim, o referido autor ensina que deverá haver o vínculo subjetivo, isto é, o partícipe deve conhecer o risco criado pela sua conduta em colaboração com o autor do crime.<sup>291</sup>

Ressalta-se, mais uma vez, que tem ocorrido uma relevante reflexão teórica nas últimas décadas, segundo a qual a ação desaprovada seria aquela que infringe os *standards* estabelecidos, independentemente se o agente possuía ou não conhecimento acerca da sua contribuição para a ocorrência do delito.<sup>292</sup> Para os adeptos desse pensamento, caso o administrador não observe os deveres fiduciários na gestão da empresa, ainda que desconheça a sua condição de cúmplice, sua ação não será neutra, tendo em vista que sua conduta criará um risco não permitido. Planas, todavia, ressalta que “a questão não está definitivamente fechada na doutrina, mas é possível perceber uma evidente retirada daquelas posições que para a imputação se contentavam com a constatação da causalidade unida ao dolo.”<sup>293</sup>

Sob a perspectiva da ética negocial, Saad-Diniz manifesta preocupação acerca da interpretação judicial sobre o tema. Isso porque “essa questão [a relação entre a observância do dever de supervisão e a isenção de responsabilidade penal] não se reduz a uma

<sup>289</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 267.

<sup>290</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 178-179.

<sup>291</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1983, vol. 1, p. 389.

<sup>292</sup> PLANAS, Ricardo Robles. *op. cit.*, p. 224.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 224.

interpretação judicial automática, desde a perspectiva da ética negocial é preciso muito mais do que a simples demonstração da execução de procedimentos”.<sup>294</sup>

Ressalta-se, ainda, que os critérios da idoneidade da proibição e da utilidade unicamente delitiva – aplicáveis no âmbito da cumplicidade – podem ser aplicados não apenas nas hipóteses de participação, mas também de autoria. Isso porque muitos tipos penais abrangem o próprio auxílio como crime autônomo (artigos 348 e 349 do Código Penal pátrio, por exemplo), bem como outros, pela sua amplitude, acabam por abranger a conduta de auxiliar, como é o caso dos crimes de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas.<sup>295</sup>

Ao trilhar outro caminho na busca por uma legitimação do concurso de pessoas, especialmente nos casos em que a conduta possui aparência lícita, mas que se vincula àquele que pratica a infração penal, Rassi invocou o “dever de solidariedade”. Por meio de um estudo sociológico, o referido autor apresenta as bases da solidariedade. Dessa forma, fundamentado em Durkheim, Rassi apresenta um conceito objetivo de solidariedade, que seria os “vínculos estabelecidos entre os homens que permitem que vivam em uma coletividade articulada”.<sup>296</sup>

Dessa forma, o mesmo autor tenta desvincular o conceito de solidariedade com o de generosidade, que é subjetiva. Nesse sentido, a solidariedade é responsável pela integração e coesão da sociedade moderna, elementos estes que atualmente estariam em um nível nunca antes visto na história, especialmente em razão da globalização.<sup>297</sup> A lógica por trás dessa ideia é que o dever de solidariedade seria um “vínculo jurídico-penal positivo”<sup>298</sup> e, segundo Dias, o estreitamento dos vínculos faz com que aumente a relevância penal das condutas omissivas.<sup>299</sup>

Pode-se concluir que, sendo um vínculo jurídico-penal positivo, o dever de solidariedade exigiria dos indivíduos um dever de agir, sob pena de responsabilização penal. Nesse sentido, Rassi sustenta a ideia de que “o limite mínimo da participação será definido

---

<sup>294</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 87-88.

<sup>295</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 189-190.

<sup>296</sup> RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 111.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>299</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 908.

por critérios tendo como referência a falta de dever de solidariedade”<sup>300</sup>. Diante disso, o referido autor defende que todo solidarismo depende de um vínculo jurídico. Somente a existência de tais vínculos é que poderia exigir a conduta solidária de outrem.<sup>301</sup>

O dever de solidariedade serviria, então, para tornar “determinados atores situados em pontos cruciais do corpo social contemporâneo [...] conscientes das possíveis consequências de seus atos, dos riscos indevidos que podem ser acarretados pela sua negligência”.<sup>302</sup> Quais seriam esses atores que deveriam agir solidariamente? Recorrendo-se a Anthony Giddens, Rassi menciona os “sistemas abstratos”, os quais seriam formados por “peritos”, isto é, técnicos e especialistas em determinadas áreas que as demais pessoas da sociedade dependem. Todos dependeriam da idoneidade de tais especialistas, tendo em vista que a sua negligência poderia causar danos a bens jurídicos.<sup>303</sup> Como exemplos, pode-se citar instituições financeiras, engenheiros, petrolíferas, provedores de internet, etc.).

Deve-se, contudo, fazer um alerta: “é possível argumentar que o ‘dever de solidariedade’ é uma problemática atual do direito penal, mas que sua transformação em ‘dever de vigilância’, em punição generalizada do omitente, deve ser combatida com veemência”.<sup>304</sup> Como visto anteriormente, uma maior integração social aumenta a relevância de condutas omissivas. Todavia, é imprescindível que se aja com parcimônia ao criar novos vínculos jurídico-penais objetivos, sob pena de tornar os membros da sociedade em vigias um dos outros.

Foram, assim, expostas as teorias que legitimam e permitem uma correta análise da responsabilidade penal individual dos administradores de empresas pela cadeia de fornecedores. Diante do que foi apresentado, a observância dos deveres fiduciários possui enorme relevância penal, sendo um fator determinante para a verificação do risco. Com isso, no tópico a seguir serão ressaltadas as ferramentas para que se possa evitar a tipificação objetiva da conduta.

---

<sup>300</sup> RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 114.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 140.

### 3.4 As ferramentas para evitar a tipificação objetiva

Como visto anteriormente, o *compliance* tem como objetivo central evitar a prática de ilícitos – principalmente delitos – através da atividade da empresa.<sup>305</sup> Isso porque, ao adotar um programa de integridade, transparência e ética, *etc.*, os administradores se dispõem a tomar todas as medidas necessárias para que irregularidades não ocorram. Isso pode evitar condenações cíveis, administrativas e, inclusive, penais. A própria delegação de responsabilidades é fundamental, tendo em vista que auxiliam na verificação da responsabilidade individual dos administradores delegantes, bem como dos delegados.

Sendo uma das ferramentas do *compliance*, a *due diligence* tem sido cada vez mais aplicada pelas empresas brasileiras, especialmente na última década, em razão das grandes operações deflagradas e escândalos de corrupção ocorridos no país. Diante dessa nova realidade, o mercado da devida diligência expandiu seus horizontes e tem se tornado uma prática cada vez mais corriqueira no meio corporativo.<sup>306</sup> Isso se deve, principalmente, ao fato do setor empresarial reconhecer a relevância de ser cada vez mais diligente na chamada “sociedade de risco”.

De acordo com Almeida *et al.*, o dever de *due diligence* tem sido a “resposta a um modelo de responsabilização que estende sanções decorrentes de ilícitos praticados por terceiros a outras organizações”.<sup>307</sup> Constata-se, assim, a sua imprescindibilidade para evitar a responsabilidade penal pela cadeia de fornecedores. A correta utilização dessa ferramenta perante as demais organizações integrantes da cadeia pode evitar a responsabilização penal individual pela prática criminosa de outrem.

Outrossim, a implantação de um programa de *compliance* tem sido o melhor caminho para monitorar o cumprimento dos deveres fiduciários, evitando, assim, a omissão e negligência dos administradores. Isso porque a sua implantação “serviria de referencial para se interpretar, objetivamente, como e em que medida a organização da atividade empresarial foi responsável pela violação do dever de cuidado”.<sup>308</sup> Diante disso, não se pode discordar de

---

<sup>305</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 345.

<sup>306</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 87.

<sup>307</sup> ALMEIDA, Luiz Eduardo de; VENTURINI, Otávio; GERCWOLF, Susana. **Due diligence e compliance nos negócios com terceiros**. Coleção Compliance, vol. IX. NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luiz Eduardo de (coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 72.

<sup>308</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *op. cit.*, p. 156.

Cardoso quando afirma que “é inevitável que tal procedimento provoque repercussões importantes para a aferição da responsabilidade penal individual”.<sup>309</sup>

Interessante observar que, na visão de Díez, o qual defende a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade da pessoa jurídica, no âmbito de responsabilização desta, os programas de *compliance* devem ser considerados não na imputação objetiva, mas na culpabilidade. De acordo com o entendimento do referido autor, a pessoa jurídica possui uma culpabilidade própria – diversa da pessoa física –, onde deveria ser observada a cultura empresarial de descumprimento do direito. Os programas de *compliance* seriam, então, causa de exclusão da culpabilidade empresarial.

A despeito disso, entendendo pela sua incidência na própria imputação objetiva, Planas sustenta que, caso a empresa atue de forma diligente e organizada, os danos eventualmente causados a bens jurídicos alheios deverão ser considerados como risco permitido, excluindo-se, assim, a tipicidade da conduta. Nas palavras do referido autor:

Se não se trata de um perigo tipicamente empresarial ou, em o sendo, se se dispuseram dos mecanismos organizativos adequados – incluindo os mecanismos relativos à obtenção de informação – e, no entanto, ocorrem resultados lesivos, estes resultados somente podem ser explicados como realização de riscos em si permitidos.<sup>310</sup>

Outrossim, o autor ressalta a importância dos administradores observarem a regulamentação e os *standards* do seu âmbito de atuação ao dispor que “na medida em que a direção da empresa tenha organizado adequadamente a atividade [...] será do terceiro o desvio do recurso oferecido pela empresa em direção ao delitivo”.<sup>311</sup> Com isso, o referido autor defende que, caso o administrador atue com observância aos deveres fiduciários, a responsabilidade penal deverá recair sobre o terceiro que praticou o crime, que, na presente pesquisa, são os administradores de outras empresas que integram a mesma cadeia de fornecedores.

Contudo, na prática, nem sempre a questão é entendida dessa forma. Especialmente no tocante à interpretação judicial, Saad-Diniz ressalta que “o nível de discricionariedade na

---

<sup>309</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 378.

<sup>310</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 237.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 235.

interpretação dos programas de *compliance* e da cooperação ainda é ‘amplíssimo’”.<sup>312</sup> Diante disso, apesar de todo aprofundamento acadêmico e dogmático, o presente assunto ainda tem muito o que amadurecer no tocante à política-criminal e, especialmente, no âmbito dos órgãos jurisdicionais.

### 3.5 A responsabilização penal pela cadeia de fornecedores

Antes de analisar os casos propostos, importa consolidar no presente tópico os temas que irão solucionar a questão da responsabilidade penal pela cadeia de fornecedores. Para tanto, serão invocadas as teorias anteriormente expostas, bem como acrescidas novas contribuições doutrinárias que tratam especificamente sobre a matéria.

Primeiramente, para os fins desta pesquisa, entende-se por cadeia de fornecimento as redes de interorganizações “compostas por empresas que, conscientemente, admitem possuir limitações estruturais, financeiras e competitivas que restringem as condições de sobrevivência e desenvolvimento”.<sup>313</sup> Em outras palavras, trata-se de toda a rede de relacionamento de fornecedores que suprem as necessidades de uma empresa para o pleno desenvolvimento de sua atividade. A título de exemplo, uma construtora possui toda uma rede de fornecedores para a aquisição de materiais para construção, de equipamentos de segurança, de prestação de serviços, *etc.*, sem os quais seria impossível exercer a sua atividade econômica. Da mesma forma, uma instituição financeira, para se manter em pleno exercício, necessita do fornecimento de equipamentos eletrônicos, de equipamentos de segurança, de provedores de internet, de softwares, *etc.* Especialmente no mundo globalizado em que vivemos, é inevitável a formação de cadeias de fornecedores em todos os ramos da economia.

Conforme menciona Garcia *et al.*, “as redes [de empresas] nascem da consolidação sistemática entre firmas e assumem diversas formas, destacando-se a aquisição de partes de capital, alianças estratégicas, terceirização de funções de empresa, entre outras”.<sup>314</sup> Como se vê, as cadeias de fornecimento podem assumir diferentes formas, visar diferentes objetivos e serem estabelecidas em qualquer setor produtivo.

<sup>312</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 156.

<sup>313</sup> BARBOSA, Fabio Alves; SACOMANO, José Benedito; PORTO, Arthur José Vieira. Metodologia de análise para redes interorganizacionais: competitividade e tecnologia. **Revista Gestão & Produção**, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 411-423, mai./ago., 2007, p. 413.

<sup>314</sup> GARCIA, Sheila Farias Alves; LIMA, Gustavo Barbieri Lima; e Dirceu Tornavoi de Carvalho. **Revista de Gestão**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 209-224, abr./jun., 2010, p. 214.

Por fornecedor, aplicar-se-á a definição prevista no artigo 3<sup>a</sup>, *caput*, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que assim estabelece:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Portanto, em que pese o objeto do presente estudo seja a responsabilidade penal individual dos gestores de empresas, os seus fornecedores não necessariamente precisarão ser pessoas jurídicas, sendo plenamente possível que na sua cadeia haja, também, pessoas físicas e entes despersonalizados. A natureza do fornecedor não influenciará na responsabilidade individual do(s) administrador(es) da empresa que com eles se relaciona.

Dito isso, deve-se lembrar de alguns pontos relevantes para o tema: na cadeia de fornecedores será analisada a responsabilidade penal individual do administrador na relação da empresa com pessoas externas, isto é, que não integram a sua estrutura interna, mas que com ela mantêm relação econômica. Isso significa que não será avaliada a responsabilidade do gestor sobre os seus subordinados.

Diante do que foi exposto durante este trabalho, a alta diretoria possui não apenas responsabilidade civil e administrativa pelas ilicitudes praticadas no âmbito da empresa, mas também penal. Isso porque, de acordo com a teoria de agência, os administradores possuem maiores condições de deliberar sobre as questões internas e, junto com o poder de decisão, devem observar os deveres de confiança.<sup>315</sup>

Dessa forma, o titular da empresa tem a obrigação de agir com diligência nas suas relações com terceiros. Perante a cadeia de fornecedores, deve-se observar os deveres fiduciários<sup>316</sup>, haja vista que, uma vez previstos na Lei nº 6.404/76 e no Código Civil, a alta administração é colocada na posição de garante. Não se trata, como visto, de responsabilização individual automática em razão do cargo, devendo ser analisada a tipicidade da conduta.

Para tanto, a imputação objetiva se mostrou imprescindível para a solução de tais casos, especialmente no tocante às ações neutras. Em que pese não haja uma unanimidade na doutrina acerca de como analisar objetivamente tais situações, é possível que, trilhando

---

<sup>315</sup> CASTEJÓN, Elena B. Fernández. Los deberes fiduciarios: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 21-26, p. 1-35, 2019, p. 7.

<sup>316</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoría do delito e direito penal econômico**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 192.



caminhos diferentes, chegue-se a resultados semelhantes. Ao adotar a teoria dos papéis de Jakobs na cadeia de fornecedores, deve-se levar em consideração o que o administrador deveria conhecer em razão do seu papel, e não o que de fato conhece.<sup>317</sup> O seu real conhecimento dos fatos deverá ser analisado em momento posterior, na análise da tipicidade subjetiva. Dessa forma, ao se constatar que o titular da empresa cumpriu o seu papel de modo socialmente aceito, excluir-se-á a tipicidade objetiva da conduta, tornando o fato, desde já, atípico.<sup>318</sup>

Dessa forma, na hipótese de a alta administração agir com diligência, observando os deveres fiduciários nas suas relações com a cadeia de fornecedores, e, ainda assim, a empresa ser utilizada como instrumento para a prática de crime por terceiro, sob a ótica da teoria dos papéis não haverá tipicidade objetiva, sequer avançando para a análise da tipicidade subjetiva, independentemente se o agente possuía ou não algum conhecimento especial.

Todavia, não apenas a teoria supra leva a esta conclusão. Como visto anteriormente, tem ocorrido uma importante reflexão teórica nas últimas décadas, a fim de restringir o âmbito de ações desaprovadas tão somente para os casos em que se extrapola os *standards* do setor, não importando, nesse ponto, se o agente detinha conhecimentos acerca da sua contribuição para a ocorrência do delito.<sup>319</sup>

Dessa forma, percebe-se a relevância da observação dos deveres de diligência e vigilância da alta administração, pois, de acordo com a melhor doutrina, isso será determinante na avaliação da tipicidade objetiva. O administrador que respeita os seus deveres fiduciários, via de regra, não praticará qualquer conduta típica. Trata-se, portanto, de fator especialmente relevante, pois prevalecerá sobre eventuais conhecimentos específicos.

Há, aqui, uma clara relação com a *business judgment rule*. Da mesma forma que, de acordo com este instituto, a decisão da alta administração não poderá ser revista, haja vista ter agido conforme os seus deveres e regras negociais, afastando-se, assim, qualquer responsabilidade civil ou administrativa; na imputação objetiva a observância dos deveres fiduciários terá o condão de afastar a responsabilidade penal. Nesse sentido, ao analisar a conduta de algum integrante na cadeia de fornecedores que contribuiu para a prática criminosa de outro, deve-se constatar “se um homem prudente, dotado de conhecimentos

---

<sup>317</sup> NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 381.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>319</sup> PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 224.

especiais, em um momento anterior à ação, a consideraria perigosa, identificando a possibilidade de uma lesão ao bem jurídico”.<sup>320</sup>

Uma importante questão, que pode ser assunto para uma futura pesquisa, é se a responsabilidade penal prescinde da responsabilização civil e administrativa. Como já mencionado, o direito penal é subsidiário, sendo a *ultima ratio* do controle estatal. Deve-se fazer o seguinte questionamento: para a configuração do delito, é necessário o reconhecimento do ilícito na seara extrapenal? Em apertada síntese, Toledo sustenta, por meio do que denominou de “teoria dos círculos concêntricos”, que todo injusto penal pressupõe um injusto nos outros ramos jurídicos, ao passo que a recíproca não é verdadeira, isto é, nem todo injusto extrapenal configurará um injusto penal.<sup>321</sup> Poder-se-ia, por exemplo, questionar se, no caso de inobservância dos deveres fiduciários por parte de administradores de S.A., a condenação criminal exigiria prévio reconhecimento do ilícito pela Comissão de Valores Mobiliários. Isto é, se aplicação da *business judgment rule* perante o órgão fiscalizador cria obstáculo para a configuração do injusto penal. De acordo com o entendimento de Toledo, cujo teor é consectário lógico do princípio da subsidiariedade, deve haver, primeiramente, o reconhecimento do ilícito pela CVM.

Outro ponto que repercute na responsabilização penal pela cadeia de fornecedores é a teoria da idoneidade, a qual figura como critério positivo do risco proibido. Dessa forma, ao analisar a conduta do administrador, deve-se verificar se, caso não houvesse tal conduta, haveria uma melhora relevante na tutela do bem jurídico concreto.<sup>322</sup> A *business judgment rule* pode ser inserida também no critério da idoneidade. A não observância dos deveres fiduciários aumenta consideravelmente o risco, tornando-o proibido e, com isso, a proibição deixa de ser inócua, haja vista que melhora a situação do bem jurídico tutelado.

Outrossim, aplicando-se o princípio da autorresponsabilidade, tem-se que cada integrante da cadeia de fornecimento é autorresponsável pela sua conduta.<sup>323</sup> Ou seja, o fato de um elo da cadeia praticar um crime que repercute sobre os demais membros não significa que todos serão responsáveis por toda a cadeia, mas tão somente pelo desvalor da sua própria conduta. Caso não tenha cometido nenhum injusto penal, ainda que não tenha evitado o resultado, não deverá ser responsabilizado penalmente. A título de exemplo, caso um

---

<sup>320</sup> BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 145.

<sup>321</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165.

<sup>322</sup> BRENER, Paula. *op. cit.*, p. 142-143.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 137.

fornecedor de óleo mineral esteja despejando poluentes nas margens de um rio e, com isso, consiga vender a um preço mais atrativo, a empresa que adquiri-los poderá ou não estar praticando uma ação neutra, a depender do caso concreto. Por meio da imputação objetiva, verificar-se-á, além da causalidade, se a proibição dessa compra é idônea – isto é, se o fornecedor teria alguma dificuldade em vender para outra empresa – e se foram observados os deveres de diligência e vigilância.

Nesse sentido, Feijoo Sánchez sustenta que uma empresa não é garante de outra com quem mantém relações comerciais, não devendo ser responsabilizada por ilicitudes por esta cometidas. Assim, ainda que tenha conhecimento que o parceiro comercial pratique crimes contra a Fazenda Pública ou crimes ambientais, por exemplo, não deverá ser responsabilizado penalmente. Ainda assim, o referido autor faz ressalvas, dentre as quais se inclui a hipótese de o produto produzido por uma empresa depender da qualidade dos componentes fornecidos por outra. Como exemplo, cita-se o caso de uma fábrica de carros que precisa dos pneus fornecidos por outra.<sup>324</sup>

Além disso, a configuração da tipicidade objetiva da conduta do administrador (na posição de garantidor) que negligenciou os deveres fiduciários e, com isso, auxiliou o crime de terceiro, prescinde de conhecimentos específicos. Sendo assim, como visto, tem-se entendido que, ainda que o administrador não soubesse da intenção delitativa do terceiro, ele poderá ser responsabilizado penalmente, haja vista possuir o dever de garante. Na análise do tipo objetivo, deve-se considerar o que o profissional deveria saber para exercer a sua função, e não o que efetivamente sabe. Com isso, ainda que o aporte ocorra sem a unidade de vontades com o autor, pode-se configurar o injusto penal. Da mesma forma, caso o administrador aja com observância aos seus deveres e *standards*, ainda que possua conhecimentos específicos acerca da intencionalidade delitativa do autor, a conduta será alcançada pela neutralidade e, conseqüentemente, pela atipicidade.<sup>325 326</sup>

Para a verificação do risco proibido na cadeia de fornecedores, também deve ser aplicado o princípio da confiança. É bastante comum que empresas contratem outras para prestarem serviços que irão repercutir por toda a cadeia de fornecedores. Por exemplo: Uma empresa de roupas contrata uma fábrica terceirizada para fabricar as camisetas, ao passo que

<sup>324</sup>FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Prevención general positiva: una reflexión em torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*. Revista *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIX, 111-134, 2006, p. 183-184.

<sup>325</sup>BRENER, Paula. *Ações neutras e limites da intervenção punível: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 185.

<sup>326</sup>NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018, p. 382.

àquela, detentora da marca, cabe apenas realizar as estampas, etiquetas e embalagens. Diante disso, nas palavras de Feijoo Sánchez:

*No creo que en este ámbito haya que hacer grandes excepciones a los criterios generales para delimitar el ámbito de la confianza permitida. Lo que cabe destacar es que los deberes con relevancia jurídico-penal se ven modificados cuando se recurre a una empresa externa: se intensifican los deberes de selección y, correlativamente, se mitigan los deberes de control, supervisión y vigilancia de la actuación de la empresa subcontratada.*<sup>327</sup>

O referido autor esclarece, todavia, que nem sempre a situação de confiança será permitida, como no caso de haver dados específicos para se desconfiar que as competências delegadas externamente não estão sendo exercidas corretamente. Como exemplo, o autor cita a hipótese de “*absoluta dejadez por parte del servicio ajeno de prevención de riesgos laborales que durante meses no elabora um plan*”.<sup>328</sup>

Por fim, em que pese a complexidade do assunto, encontrou-se na imputação objetiva, especialmente nas ações neutras, meios legítimos para se verificar a responsabilidade penal individual pela cadeia de fornecedores. Tendo sido consolidado o conteúdo no presente tópico, resta, agora, solucionar os casos propostos no início desta pesquisa.

---

<sup>327</sup>FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Prevención general positiva: una reflexión em torno a la teria de la pena de Günther Jakobs*. *Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIX, 111-134, 2006, p. 199.

<sup>328</sup>*Ibid.*, p. 199.

## 4 SOLUÇÃO DE CASOS

### 4.1 Caso 1

*“A” é proprietário da empresa “A.1 Ltda”. “B” é proprietário da empresa “B.1 Ltda”. “C” é proprietário da empresa “C.1 Ltda”. Os três, em conluio, frustraram o caráter competitivo de várias licitações para a construção de obras públicas, tais como praças e ginásios. Para tanto, utilizaram-se de “D”, Secretário Municipal de Infraestrutura, o qual recebia uma parte das verbas. “E”, que é amigo dos empresários, é proprietário da ferragista “E.1 Ltda”. Por meio desta, “E” sempre vendeu seus produtos para as empresas “A.1”, “B.1” e “C.1”. Mesmo sabendo do esquema criminoso de seus amigos, “E” continuava vendendo suas mercadorias para que as utilizassem em tais obras públicas. “E” poderá responder por fraude à licitação e corrupção, juntamente com “A”, “B”, “C” e “D”?*

Os empresários “A”, “B” e “C” responderão como coautores dos crimes de frustração do caráter competitivo de licitação e corrupção ativa. Igualmente, “D” responderá como coautor dos crimes de frustração do caráter competitivo de licitação e como autor do crime de corrupção passiva. Todos eles praticaram os verbos do tipo e estão presentes os requisitos da imputação objetiva, uma vez que foram criados riscos não permitidos e o bem jurídico foi evidentemente lesado. Não há maiores esclarecimentos a se fazer acerca de tais agentes.

O problema, então, situa-se na imputação de “E”. Primeiramente, percebe-se que o referido empresário tem se beneficiado do crime de seus amigos, haja vista que lucra com a venda de mercadorias – ainda que não estejam superfaturadas. Observa-se, ainda, que as mercadorias vendidas permitem que eles continuem com a construção das obras públicas e, conseqüentemente, lucrando com a licitação fraudada.

No tocante ao crime de frustração do caráter competitivo da licitação, “E” não poderá responder por autoria, visto que não praticou o verbo do tipo e tampouco possuía o domínio do fato; e nem por coautoria, em razão de não o ter planejado em conjunto com os demais. Para verificar a possibilidade de ter sido partícipe, deve-se verificar se as vendas configuram auxílio material ao referido crime. Pode-se compreender, por sempre vender mercadorias para seus amigos, mesmo antes de fraudarem a licitação, que exerceu certo auxílio material, tendo em vista que, sem fornecedores de materiais, as empresas fraudadoras não conseguiriam cumprir o objeto do contrato administrativo. Além disso, o fato de continuar fornecendo as

mercadorias permite que continuem a executar as obras. Todavia, tem-se, ainda, que verificar se a conduta foi neutra.

Para verificar a neutralidade da conduta de “E”, deve-se identificar se houve a criação de um risco permitido ou não permitido. Caso este não vendesse as mercadorias para os seus amigos, não há dúvidas de que eles conseguiriam facilmente adquirir de outra ferragista. Sob a ótica do princípio da idoneidade, a proibição de realizar tais vendas seria, então, inidônea. Caso “E” se recusasse a vender, não haveria uma melhora relevante na proteção do bem jurídico.

Sob o prisma da autorresponsabilidade, “E” responderá somente pela sua conduta, e não pela conduta dos seus amigos. É dizer, o desvalor da conduta deve ser verificado tão somente pela venda, levando em consideração o contexto em que foi realizada, bem como sob uma ótica sistemática.

Além disso, para fins de tipicidade objetiva, deve-se levar em consideração o que o profissional deveria saber para exercer o seu papel, e não o que efetivamente sabe. Isto é, em que pese o fato de conhecer os crimes cometidos pelos seus amigos e clientes, “E” não figura como garantidor de nenhum deles, não tendo, assim, o dever de evitar a prática de qualquer crime que cometam.

Acrescenta-se que o caso não menciona se foram observados os *standards* e normas técnicas durante a venda. Considera-se, assim, que “E” agiu da mesma forma que um homem prudente agiria, uma vez que as vendas eram realizadas conforme as práticas do mercado, sendo a conduta socialmente aceita.

Portanto, “A”, “B” e “C” responderão como coautores pelos crimes de frustração do caráter competitivo de licitação e corrupção passiva, ao passo que “D” responderá como coautor pelo crime de frustração do caráter competitivo de licitação e como autor pelo crime de corrupção ativa. O caso não oferece elementos suficientes para uma possível configuração de organização criminosa. Por outro lado, “E” agiu de forma neutra, não devendo responder pelos referidos crimes.

#### 4.2 Caso 2

*“X” e “Y” são sócios administradores da construtora “XY S.A.”. Para suas construções, sempre compram madeira mais barata da empresa “Z EIRELI”, que tem como proprietário “Z”. Ocorre que, numa grande operação deflagrada pela Polícia Federal, este foi preso e*

*teve toda a sua madeira apreendida, tendo em vista que era extraída de floresta de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente. “X” e “Y”, embora não soubessem da origem ilícita da madeira, nunca se preocuparam em verificar o DOF (Documento de Origem Florestal) do produto. “X”, “Y” e “XY S.A.” poderão responder por crime contra a flora, juntamente com “Z” e “Z EIRELI”?*

O empresário “Z” e a pessoa jurídica de sua titularidade, “Z EIRELI”, responderão por crime contra a flora, tendo em vista que praticaram o verbo do tipo penal, bem como estão presentes os requisitos da imputação objetiva, uma vez que foi criado um risco não permitido e o bem jurídico foi evidentemente lesado. Não há maiores esclarecimentos a se fazer acerca de tais agentes.

O problema, então, situa-se na imputação de “X”, “Y” e da empresa “XY S.A.”. Os dados importantes a serem tratados no presente caso são: a) a aquisição de madeira mais barata; b) a ausência da documentação necessária; e c) a ausência de conhecimentos específicos.

Primeiramente, o fato de comprar madeira mais barata do que o valor praticado no mercado chamaria a atenção de um administrador de normal diligência, não sendo o caso de aplicação do princípio da confiança. Outrossim, os profissionais que lidam com mercadorias reguladas pelo IBAMA devem ter o conhecimento da necessidade de documentação do referido órgão. O Documento de Origem Florestal (DOF) constitui licença obrigatória e, caso procedesse com a devida diligência, verificar-se-ia a sua irregularidade.

Como visto anteriormente, o profissional precisa conhecer as normas técnicas e *standards* da sua atividade econômica. Sendo assim, deve-se considerar, para verificação do risco não permitido, o que ele deveria saber, e não o que efetivamente sabe. Em que pese não sejam garantes de “Z” e de “Z EIRELI”, “X” e “Y” são garantes da empresa “XY S.A.”, devendo, portanto, agir com diligência no âmbito empresarial. Com isso, ao não observar os seus deveres fiduciários, os administradores em epígrafe criaram um risco proibido.

Além disso, aplicando-se o princípio da idoneidade, não há dúvidas de que, caso tivesse agido com a devida diligência, haveria uma melhora relevante da proteção do bem jurídico concreto. Isso porque, ainda que “Z” pudesse conseguir outro comprador, não são todos que estão dispostos a adquirir madeira ilícita. Sendo assim, não se pode considerar que haveria facilidade de vendê-la para outra empresa. Como visto, não se exige que o bem

jurídico seja salvo com a não-prática da conduta, bastando que tenha ocorrido uma melhora na sua proteção.

Feita a exposição acima, para fins meramente didáticos, cumpre esclarecer que, no presente caso, todavia, “X”, “Y” e “XY S.A.” responderão por tipo penal diverso. A Lei nº 9.605/98 prevê como crime, em seu artigo 46, *caput*, a conduta de “receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento”.<sup>329</sup>

Portanto, visto que há norma incriminadora específica para a conduta praticada pelos agentes “X”, “Y” e “XY S.A.”, conclui-se que deverão responder como coautores por crime diverso daquele praticado por “Z” e “Z EIRELI”.

#### 4.3 Caso 3

*“J” contrata “testas de ferro” para desmatarem terras públicas federais localizadas no Pará, a fim de que possam criar gado. Para “driblar” o embargo e vender o gado criado nas áreas desmatadas, “J” repassava os animais para uma fazenda interposta onde ficavam temporariamente, até a sua comercialização (emissão das guias de transporte de animais – GTA). “K”, dono do frigorífico “K.1 EIRELI”, sabe do esquema criminoso e, mesmo assim, adquire o gado com a devida GTA. “K” e “k.1 EIRELI” poderão responder pelo crime de desmatamento ilegal, juntamente com “J”?*

O empresário “J” responderá pela autoria de crime contra a flora, tendo em vista que praticou o verbo do tipo penal, bem como estão presentes os requisitos da imputação objetiva, uma vez que foi criado um risco não permitido e o bem jurídico foi evidentemente lesado. Não há maiores esclarecimentos a se fazer acerca de tal agente.

O problema, então, situa-se na imputação de “K” e “K.1 EIRELI”. Como se vê, “J” utiliza-se de meio ilícito para “regularizar” o gado criado em área pública desmatada ilegalmente. Uma vez regularizado, é realizada a venda dos animais e emitida a respectiva GTA como se lícito fosse.

---

<sup>329</sup> BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1998. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm#:~:text=Causar%20polui%C3%A7%C3%A3o%20de%20qualquer%20natureza,a%20um%20ano%2C%20e%20multa.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm#:~:text=Causar%20polui%C3%A7%C3%A3o%20de%20qualquer%20natureza,a%20um%20ano%2C%20e%20multa.)>. Acesso em: 18 jan. 2023.



No tocante ao princípio da idoneidade, não se pode falar que houve uma melhora relevante na proteção do bem jurídico. Como o gado possui a documentação necessária, presume-se que “J” não encontraria dificuldades para vendê-lo para outros frigoríficos caso “K” se recusasse a comprar.

Por não ser garante de “J”, “K” também não possui o dever de evitar o crime por ele cometido. Não se pode, ainda, dizer que “K” não agiu conforme as normas técnicas da profissão, haja vista que, como já dito, o gado possui a devida documentação. Com base no princípio da confiança, uma vez apresentados os documentos para o comprador, estando eles corretos, não cabe a este investigar se foram emitidos de forma fraudulenta, de modo que poderá confiar no vendedor sem a criação de um risco não permitido. Portanto, “K” e “K.1” não poderão ser responsabilizados por crime contra a flora, pois, de acordo com o princípio da idoneidade, não houve a criação de um risco não permitido, haja vista a ausência de melhora na proteção do bem jurídico concreto.

## CONCLUSÃO

As transformações científico-tecnológicas geraram – e continuam gerando – notáveis transformações sociais. Em consequência disso, o direito penal tem passado por reformulações significativas, tanto na dogmática quanto na política criminal. O presente trabalho discorreu sobre um tema que é fruto dessa evolução. Como visto, a modernização e o estreitamento dos vínculos sociais criaram diversos novos riscos para a sociedade, de forma que tem-se dito que vivemos numa "sociedade de risco".

Os riscos sociais são imprescindíveis para a aplicação da teoria da imputação objetiva. É por meio da verificação dos riscos permitidos e não permitidos que se pode analisar a neutralidade – ou não – da conduta. Tendo em vista que as ações neutras possuem uma aparência de legalidade, uma vez que divergem do verbo do tipo, deve-se verificar se a configuração do crime se deu por meio de um risco proibido. Trata-se, portanto, de uma questão de política criminal, a qual devem ser avaliados os limites entre a liberdade do indivíduo e a intervenção punitiva do Estado.

Nesse contexto, tem-se crescido ao redor do mundo a regulamentação dos setores econômicos, a fim de se atingir as metas da Agenda 2030 da ONU, mais especificamente os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Além disso, assuntos como corrupção, lavagem de dinheiro e terrorismo se tornaram cada vez mais evidentes, fazendo com que as nações estabelecessem políticas de prevenção. Todas essas medidas têm sido tomadas com a finalidade de mitigar os riscos gerados pela modernidade.

Diante da “fonte de perigo” (empresa), os administradores, no Brasil, atuam como seus garantidores por força de lei em sentido estrito, especificamente o Código Civil e a Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.). Sendo assim, possuem dever de garante perante a organização e, com isso, são responsáveis penalmente pelos riscos não permitidos que forem criados nessa posição.

A referida posição de garantidor advém dos deveres fiduciários (dever de diligência, vigilância, boa-fé, informação, *etc.*). As leis que estabelecem tais deveres preveem a responsabilização civil e administrativa. Nada obstante, a inobservância de tais deveres também possibilitará a responsabilização penal, em razão do inciso I do §2º do artigo 13 do Código Penal (omissão imprópria), bem como em razão dos artigos 29 e 31 (concurso de pessoas) do mesmo dispositivo legal.

O estudo das ações neutras permite compreender se, no caso concreto, a conduta do administrador possui tipicidade objetiva. Para tanto, deve-se aplicar alguns princípios para que se possa verificar se foi criado um risco não permitido, bem como se o bem jurídico tutelado foi lesionado.

O princípio da confiança identifica o risco proibido quando o terceiro apresenta elementos suficientes para despertar a desconfiança do agente. O princípio da idoneidade, por sua vez, identifica se a não-prática da conduta traria alguma melhora relevante na proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal. A autorresponsabilidade estabelece que cada indivíduo responderá apenas pela sua própria conduta, isto é, o autor e o partícipe não respondem pela mesma conduta, ambos respondem pelo próprio injusto penal praticado.

O problema proposto no início da pesquisa foi satisfatoriamente respondido. Em que pese a complexidade do tema, bem como as variadas correntes divergentes, foi possível verificar no direito comparado soluções que se enquadram nos limites da Constituição Federal de 1988, bem como no direito penal pátrio. A doutrina nacional já debateu em outras oportunidades as bases teóricas da imputação objetiva e das ações neutras, razão pela qual puderam contribuir grandemente com esta pesquisa. Vale ressaltar, todavia, que apesar das bases teóricas do assunto aqui tratado já terem sido repetidamente debatidas pela doutrina, a relevância do presente trabalho pode ser justificada na abordagem interdisciplinar da responsabilidade dos administradores pela cadeia de fornecedores.

A presente pesquisa confirmou parcialmente a hipótese. Isso porque, ao aplicar cada um dos critérios para a verificação da tipicidade objetiva, pôde-se verificar que é possível que o administrador seja responsabilizado por crimes praticados por terceiros na cadeia de fornecedores, seja como autor ou como partícipe, por conduta comissiva ou omissiva. Somente a análise do caso concreto permitirá identificar se determinada ação é neutra ou não, tendo em vista que uma mesma ação em contextos diferentes pode ser tanto típica quanto atípica.

Com isso, os conhecimentos específicos, que possuem especial relevância na doutrina de Roxin, nem sempre serão determinantes nos casos aqui analisados. Em razão do dever de garante do administrador, tem-se entendido doutrinariamente que a responsabilidade penal pela inobservância dos deveres fiduciários independe de qualquer conhecimento que o agente tenha sobre a conduta do terceiro.

Além disso, com fundamento na teoria dos papéis de Jakobs, o administrador não é garante dos demais integrantes da cadeia de fornecedores. É dizer, ainda que tenha conhecimento de que o terceiro tem a intenção de praticar uma conduta criminosa, caso o administrador cumpra o seu papel conforme o *standard* e normas técnicas da sua profissão, a conduta será alcançada pela neutralidade.

Assim, poderá configurar o injusto penal ainda que o administrador não tenha qualquer conhecimento específico, ao passo que a conduta poderá ser considerada neutra ainda que se tenha tal conhecimento. Reforça-se, uma vez mais, a necessidade de se ater ao caso concreto para verificar se foram cumpridos todos os elementos da tipicidade objetiva.

O tema, por certo, possui diversos desdobramentos que não puderam ser tratados neste trabalho, mas que merecem ser melhor estudados. A própria possibilidade de criação de um tipo penal omissivo próprio no Brasil pela inobservância dos deveres fiduciários demandaria uma profunda análise, não só do ponto de vista criminal, mas também sob o âmbito constitucional. Do mesmo modo, merece maior atenção a (des)necessidade de prévio reconhecimento da responsabilidade civil e administrativa para que a inobservância dos deveres fiduciários possam configurar o injusto penal. Outro tema que precisa ser melhor abordado são as fraudes dos programas de *compliance* (*compliance washing*), isto é, a implantação de programas de integridade que, na verdade, são utilizados para mascarar as reais práticas da empresa. Sendo assim, há o risco de uma empresa aparentar ser diligente – afastando a tipicidade objetiva dos administradores –, porém não passar de uma “maquiagem”.

Diante disso, o presente tema demonstra não só a sua atualidade, complexidade e relevância, mas também a sua constante evolução e necessidade de atualização. Nada obstante, a imputação objetiva, especialmente no tocante às ações neutras, por serem o fundamento teórico da responsabilidade penal individual do administrador pela cadeia de fornecedores, garantem o suporte necessário para que a matéria possua, cada vez mais, legitimidade normativa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Luiz Eduardo de; VENTURINI, Otávio; GERCWOLF, Susana. ***Due diligence e compliance nos negócios com terceiros***. Coleção Compliance, vol. IX. NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luiz Eduardo de (coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; SANTOS, Luccas Farias. A administração de sociedades e a *business judgment rule* sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 5, nº 5, 695-716, 2019.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. ***Model Business Corporation Act***. 3ª ed., 2003. Disponível em: < [http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347\\_large.pdf](http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347_large.pdf)>. Acesso em: 31 out 2022.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BARBOSA, Fabio Alves; SACOMANO, José Benedito; PORTO, Arthur José Vieira. Metodologia de análise para redes interorganizacionais: competitividade e tecnologia. **Revista Gestão & Produção**, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 411-423, mai./ago., 2007.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de riscos**: rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BLACK, Bernard S. *The core fiduciary duties of outside directors*. **Asia Business Law Review**, 2001.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de omissão imprópria**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BRAINBRIDGEM Stephen M. *The business judgment rule as abstention doctrine*. **Vanderbilt Law Review**, 57, 2004.
- BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador n.º RJ2005/1443**. Sessão de julgamento do dia 10 de maio de 2006.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2022.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Planalto, 1940. Disponível em: <

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.404/76, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Planalto, 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404compilada.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei 9613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1998. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1998. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm#:~:text=Causar%20polui%C3%A7%C3%A3o%20de%20qualquer%20natureza,a%20um%20ano%2C%20e%20multa.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm#:~:text=Causar%20polui%C3%A7%C3%A3o%20de%20qualquer%20natureza,a%20um%20ano%2C%20e%20multa.)>. Acesso em: 18 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 8 dez. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. **Exposição de motivos n.º 196** de 24 de junho de 1976. Disponível em: <[https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/aceso\\_informacao/institucional/sobre/an\\_exos/EM196-Lei6404.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/aceso_informacao/institucional/sobre/an_exos/EM196-Lei6404.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Ação Penal 898/SC.** Revisor: Min. Celso de Mello, 12 de abril de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10947311>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5942/DF.** Relator: Min. Marco Aurélio, 13 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754987820>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1337265/SP.** Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 27 de novembro de 2018. Disponível em: <

[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201201616593&dt\\_publicacao=23/05/2019](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201616593&dt_publicacao=23/05/2019) >. Acesso em: 16 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 169.212/PE**. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 24 de junho de 1999. Disponível em: <  
[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199800226338&dt\\_publicacao=23/08/1999](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800226338&dt_publicacao=23/08/1999)>. Acesso em: 29 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Prestação de Contas Simplificada (PCSP) 012.046/2003-7**. Relator: Min. Vital do Rêgo, 11 de outubro de 2022. Disponível em: <  
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/TC%2520012.046%252F2003-7/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria (RA) 004.920/2015-5**. Relator: Min. José Múcio Monteiro, 04 de novembro de 2015. Disponível em: <  
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/004.920%252F2015-5/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/24/%2520>>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRENER, Paula. **Ações neutras e limites da intervenção punível**: sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A administração de Companhias e a business judgment rule**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CASTEJÓN, Elena B. Fernández. *Los deberes fiduciaries: alcance y limitaciones para la determinación de la responsabilidad penal de los altos directivos*. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 21-26, p. 1-35, 2019.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARNEY, William J. **Section 4.01 of the American Law Institute's Corporate Governance Project: restatement or misstatement?** **Washington University Law Quarterly**, vol. 66:239, 1988.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental**: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98. Tradução: Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

EISENBERG, Melvin A. *The duty of care of corporate directors and officers*. **University of Pittsburgh Review**, vol. 51, n. 4, 945-972, 1990.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ESPANHA. *Ministerio de la Presidencia*. Real Decreto Legislativo 1/2010. *Ley de Sociedades de Capital*. **Boletín Oficial del Estado**, n. 161, 3 jul. 2010, p. 58472-58594.

Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-10544>>. Acesso em: 28 out. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte de Delaware. ***Bodell v. Gen. Gas. & Elec. Corp. (Bodell II)***, 15 Del. Ch. 420, 426, 140 A. 264, 267 (Del. 1927).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte de Delaware. ***Smith v. Van Gorkom***, 488 A.2d 858, 873 (Del. 1985).

\_\_\_\_\_. Suprema Corte de Delaware. ***In re The Walt Disney Co. Derivate Litigation***, 906 A.2d 27 (Del. 2006).

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**. 1ª ed. São Paulo: Martial Pons, 2017.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. ***Derecho penal de la empresa e imputación objetiva***. *Colección de Derecho Penal*. Madri: Editorial Reus, 2007.

\_\_\_\_\_. ***Prevención general positiva: una reflexión em torno a la teria de la pena de Günther Jakobs***. Revista ***Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales***, vol. LIX, 111-134, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflito de interesses nas assembleias de S.A.** São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

GARCIA, Sheila Farias Alves; LIMA, Gustavo Barbieri Lima; e Dirceu Tornavoi de Carvalho. **Revista de Gestão**, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 209-224, abr./jun., 2010.

GRECO, Luís et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. 1ª ed. Coleção Estudos MP, vol. 7. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9.

JAKOBS, Günther *apud* RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLES, Carlos Suárez; Manuel Cancio Meliá. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs**. 2ª ed. rev. Tradução/Organização: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JAKOBS, Günther. ***La imputación objetiva em derecho penal***. 1ª ed. Cizur Menor: Civitas, 1996, p. 119-120 (Kindle).



\_\_\_\_\_. **Teoria e prática da intervenção**. Coleção Estudos de Direito Penal, vol. 8. Tradução de Maurício Antonio Rirbeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 37ª ed. Atualização de André Estefam. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, vol. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**: parte geral. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1983, vol. 1

LAMY, Anna Carolina Faraco; LAMY, Eduardo de Avelar. **Compliance empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LEMOS, Marcelo Augusto Rodrigues de. **Ações neutras em direito penal: a perspectiva do cúmplice em crimes de lavagem de dinheiro**: a perspectiva do cúmplice em crimes de lavagem de dinheiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

LISZT, Franz von. **A teoria finalista do Direito Penal**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN Editora, 2007.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Condutas neutras**: uma análise do risco da advocacia frente à criminalidade econômica. *In* Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal. BOSSA, Gisele Barra (org.), 339-355. Coimbra: Almedina, 2019.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A expansão do direito penal na pós-moderna sociedade do risco: o controle penal e suas impossibilidades. **Revista (RE) Pensando Direito**, ano 1, n. 2, jul/dez, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; Renato N. Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1986, vol. 1.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Agenda 230 para o desenvolvimento sustentável**, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 06 dez. 2022.

NIETO MARTÍN, Adan (Coord), *et al.* **Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas**. Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 20ª ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREGRIN, María del Carmen López. **La complicidad en el delito**. Valência: Tiran Monografias, 1997.

PISTOR, Katharina; MILHAUPT, Curtis J. **Law and Capitalism**: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world. Chicago: The University of Chicago, 2008.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal**: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

\_\_\_\_\_. *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)*. **Revista para el análisis del derecho – Indret**, Barcelona, 2/2012. Disponível em: < <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/886.pdf>>. Acesso em: 04 jun 2022.

PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 953, p. 51-74, mar., 2015, p. 5.

Disponível em: <

[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63941167/5.\\_PARGENDLER\\_-\\_Responsabilidade\\_Civil\\_dos\\_Administradores\\_e\\_Business\\_Judgment\\_Rule\\_201520200716-121979-12huech-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667371770&Signature=QmtJ-BGWaNwMKO1CQW7RyvQbsRpGPgvr3ynX2c96M-SIomqm4d1Ar9RmhUxehuj-QhjPsNI7gVfpR0Cb543VQ8nTbqzNuuq75pyD0guR0vXE22VKFzSAYM5oCAqQ61eIm1LCirMU6u0pkO-1m1hg-nHYHx8KKRcIbD4ZM4l1xbyLVdhgNWHCGytJcpnR-2Ca5yVLWBv2EuLUkzRuB17DpwY2wtMUvyLsdgfQK3~EmJ5xtSrKiZJiuCBCrcyatXqInmud6a67ZdAR5hm8SHXrfl5sjA8Corzv-fS8VCrV2y5aJbclzxs1IK9Ec6bFrnuj0sD0xxZZpVz88cd3JeDbnQ\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63941167/5._PARGENDLER_-_Responsabilidade_Civil_dos_Administradores_e_Business_Judgment_Rule_201520200716-121979-12huech-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667371770&Signature=QmtJ-BGWaNwMKO1CQW7RyvQbsRpGPgvr3ynX2c96M-SIomqm4d1Ar9RmhUxehuj-QhjPsNI7gVfpR0Cb543VQ8nTbqzNuuq75pyD0guR0vXE22VKFzSAYM5oCAqQ61eIm1LCirMU6u0pkO-1m1hg-nHYHx8KKRcIbD4ZM4l1xbyLVdhgNWHCGytJcpnR-2Ca5yVLWBv2EuLUkzRuB17DpwY2wtMUvyLsdgfQK3~EmJ5xtSrKiZJiuCBCrcyatXqInmud6a67ZdAR5hm8SHXrfl5sjA8Corzv-fS8VCrV2y5aJbclzxs1IK9Ec6bFrnuj0sD0xxZZpVz88cd3JeDbnQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA)>. Acesso em: 1 nov 2022.

RAMOS, Maria Elisabete. D&O Insurance: um estrangeirado entre a tipicidade social e a atipicidade legal. **Revista de Direito Comercial**, *liber amicorum*, p. 1491-1556, 20 jul 2020.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro**. São Paulo: LiberArs, 2014.

RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução de André Luís Gallegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito penal**. 2ª ed. rev. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SALE, Hillary A. *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation Rewritten*. In: WILLIAMS, Kelli Alves; CHOIKE, Anne; RODRIGUES, Usha R. (ed.). **Feminist Judgements: Rewritten Corporate Law**, Cambridge Univ. Press, 2022, Georgetown McDonough School of Business Research Paper n° 4219922.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos Administradores de S.A.: Business Judgment Rule**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Reflexiones sobre las bases de la política criminal*. **Revista de derecho (Coquimbo. En línea)**, n. 8, 2001, p. 189-197, 11.

\_\_\_\_\_. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal em las sociedades potindustriales. 2ª ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SHARFMAN, Bernard S. *The importance of the business judgment rule*. **New York University Journal of Law & Business**, vol. 14, 2017, nº 1.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRIAM, Fred W. *Judicial Schizophrenia in Corporate Law: confusing the standard of care with the business judgment rule*. *Alaska Law Review*, vol. 24, n.1, 23-44, 2007.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1ª ed. Campinas: Editora Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.