

GIOVANNA BAKAJ

**RESPONSABILIDADE PENAL NA EMPRESA:
a necessária individualização das condutas dos Conselheiros de
Administração**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

Brasília – DF

2018

GIOVANNA BAKAJ

**RESPONSABILIDADE PENAL NA EMPRESA:
a necessária individualização das condutas dos Conselheiros de
Administração**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa “Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação”, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira.

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

Brasília - DF

2018

GIOVANNA BAKAJ

**RESPONSABILIDADE PENAL NA EMPRESA:
a necessária individualização das condutas dos Conselheiros de Administração**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, na linha de pesquisa: Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação.

Aprovada em: 22 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora

Prof. Doutor Paulo Burnier da Silveira
Orientador - Presidente

Prof. Doutor Luciano Anderson de Souza
Membro

Profa. Doutora Ana de Oliveira Frazão
Membro

Profa. Doutora Amanda Athayde Linhares Martins
Suplente

Simple can be harder than complex: you have to work hard to get your thinking clean to make it simple. But it's worth it in the end because once you get there, you can move mountains.

STEVE JOBS

AGRADECIMENTOS

“Sonho que se sonha só, é só um sonho. Sonho que se sonha junto, é realidade.”
(Yoko Ono) Os agradecimentos assim se iniciam, pois os meus sonhos são sonhados juntos, e, a esses que sonham comigo, só tenho a agradecer por me ajudarem a concretizá-los.

A conclusão do mestrado é mais um sonho que se realiza e que só foi possível porque pude contar com o apoio, incentivo e torcida de pessoas extraordinárias ao longo do caminho. A todos que de alguma forma contribuíram, sou imensamente grata, estejam ou não aqui mencionados.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador Paulo Burnier por ter aceitado o convite para me guiar nessa construção e pelo aprendizado fruto da convivência acadêmica e profissional. O seu carinho, dedicação e paciência foram fundamentais à execução e conclusão da pesquisa.

Em seguida, agradeço àqueles que, desde o início dos meus passos, foram e são meus maiores companheiros e incentivadores: meus pais, João e Andréa, meu irmão, João Eduardo, meu marido, Fernando, e demais familiares. Amo vocês. À minha madrinha Paula Cavagnari e meu tio Geraldo Cavagnari faço uma menção especial pelo incondicional apoio, que incluiu muitas hospedagens repletas de atenção e carinho em São Paulo nas minhas peripécias para me aprofundar no tema da pesquisa.

Além dos meus familiares, é necessário agradecer outras pessoas incríveis que foram essenciais à conclusão da presente pesquisa e pelas quais nutro o mais profundo sentimento de admiração e gratidão. À Ana Frazão, que me acompanha desde a graduação, agradeço por compartilhar valiosos ensinamentos sem os quais esse trabalho não teria se concretizado. Ao Professor Luciano Anderson de Souza, agradeço pelo valioso compartilhamento do seu conhecimento e experiência. Ao Alexandre Garcia de Souza, agradeço pelo incentivo e apoio fundamentais à realização dessa pesquisa. Das nossas conversas e atuações profissionais é que surgiu o tema a ser desenvolvido. Ao Rafael Garcia de Souza, agradeço pelas inúmeras conversas para discutir os diversos questionamentos que surgiam ao longo da pesquisa. Ao Antonio Fernando de Souza, agradeço pela oportunidade única de aprender sobre o funcionamento do sistema penal do nosso país. Ao Vinícius Marques de Carvalho, agradeço pelos conhecimentos adquiridos durante a experiência no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e na disciplina de concorrência na Universidade de São Paulo. Ao Arthur Badin, agradeço pelas conversas e críticas frutíferas ao desenvolvimento do projeto.

Devo também reconhecer a extrema relevância dos conhecimentos adquiridos no Curso Internacional de Extensão de Direito Penal Econômico do Instituto dos Advogados de São Paulo para a pesquisa. Agradeço ao Professor Renato de Mello Jorge Silveira pela organização do curso e aos demais professores e colegas por compartilharem as suas experiências. Faço um especial agradecimento à Adriana D’urso e Leonela Soares, amigas que muito admiro, pela relevante contribuição bibliográfica.

Agradeço, ainda, ao Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) pela bolsa concedida para participar do módulo sobre o papel do Conselho de Administração e dos seus Conselheiros do “Curso para Conselheiros de Administração”.

Por fim, mas não menos importantes, agradeço pelas conversas, ensinamentos e contribuições para a pesquisa realizadas por André Macedo, Fábio Garcia de Souza, Leonardo Lacerda, Ana Luísa Carvalho, Victor Gomes, Magda Montenegro, Bernardo Becker Fontana, Amanda Athayde Linhares Martins, Tereza Braga, Júlia Pauro, Maria Carolina Feitosa, Bárbara Abreu, Larissa Mori, Raphael Marcelino, Maria Augusta Rost, Giselle Borges, Natalia Lacerda, Alexandre Cordeiro Macedo, Francisco de Godoy Bueno, Izabella Patriota, Victor Fernandes e membros do Grupo de Estudos em Constituição, Empresa e Mercado (GECEM/UnB). Aos professores ao longo da minha vida acadêmica, agradeço pela imensa contribuição à minha formação acadêmica e pessoal, e aos amigos, agradeço pelo companheirismo e incentivo.

RESUMO

Há um cenário de insegurança jurídica no âmbito do Direito Penal Empresarial, tendo em vista diversas imputações de condutas fundadas na mera ocupação de uma posição societária, o que viola frontalmente os princípios constitucionais conformadores do nosso sistema penal, devido à não individualização das condutas. Especialmente em relação aos Conselheiros de Administração, a situação se agrava, pois há um limitado número de estudos sobre a imputação penal a membros desse órgão colegiado no Brasil. Diante dessa problemática e dos inúmeros desafios advindos da individualização da conduta na empresa é que se propõe a presente pesquisa com o objetivo de sugerir um caminho para os órgãos de persecução penal imputarem condutas delitivas a Conselheiros de Administração, bem como medidas para que os membros do Conselho de Administração possam mitigar os riscos de responsabilização penal. Para isso, inicia-se o trabalho tratando-se das formas de estruturas organizacionais e gestão fundamentais à definição das competências atreladas a cada função da empresa nos diversos níveis hierárquicos. Em seguida, passa-se a tratar dos princípios empresariais caracterizadores do funcionamento da empresa e da interação dos indivíduos, dentre os quais o princípio da hierarquia, da divisão de trabalho, da delegação de funções e da confiança. A partir dessa análise, será possível definir os deveres atrelados a cada competência e função. Dá-se prosseguimento ao estudo, analisando-se dois desafios fundamentais à imputação penal na empresa, dentre os quais a tipicidade objetiva na omissão imprópria e a distinção entre autoria e participação a partir da teoria do domínio do fato. Por fim, analisa-se a imputação penal aos membros do Conselho de Administração e sugere-se um caminho a ser seguido pelos órgãos de persecução penal e medidas de prevenção a serem adotadas pelos membros do órgão colegiado.

Palavras-Chave: Direito Penal Econômico. Direito Penal Empresarial. Individualização da conduta na empresa. Responsabilidade penal de Conselheiros de Administração. Conselheiros de Administração.

ABSTRACT

The criminal liability for simply acting as members of the Board of a corporation may lead to an overall scenario of legal uncertainty. This type of liability requires individualization of the illegal conducts investigated since individuals have special constitutional protection. In Brazil, there are few researches that address this issue when applied to the members of the Boards. With this in mind, this dissertation aims to analyze the challenges for enforcement of criminal laws to members of the Board, and to propose better criteria for its application. It hopes therefore to shed light for both prosecution institutions and corporate businessmen in the risks exposure for key corporate behaviors. To achieve these objectives, the research starts by approaching the theme of organizational structures and the management of an enterprise, due to its significance to the definition of the roles within the enterprise. Then, there is the analysis of core enterprise principles related to its members interactions, among which hierarchy, work division, functions delegation and trust. From these principles it is possible to understand duties related to each role in the enterprise. Then we approach the main challenges concerning definition of individual criminal liability, which are mainly related to omissions and conduct individualization. In the end we approach the core subject of the research, which is criminal liability of Board Members and propose a path to be followed by institutions responsible for criminal prosecution, and preventive measures to be adopted by Board Members to avoid criminal liability.

Keywords: Economic criminal law. Enterprise Criminal Law. Individual criminal liability. Criminal liability of Board Members. Members of the Board.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1. ESTRUTURA DA ADMINISTRAÇÃO NA EMPRESA	14
1.1. Considerações iniciais.....	14
1.2. Estrutura organizacional: modelos.....	20
1.2.1. Estrutura primária.....	21
1.2.2. Estrutura operacional.....	24
1.2.3. Considerações sobre estruturas organizacionais.....	25
1.3. Estrutura da gestão.....	27
1.3.1. Delimitações conceituais de direito societário.....	28
1.3.2. Modelos de gestão empresarial.....	31
1.3.2.1. Modelo de gestão centralizada.....	32
1.3.2.2. Modelo de gestão descentralizada.....	33
1.3.2.2.1. Grupo de sociedades.....	35
1.3.2.2.2. Externalização: <i>Outsourcing</i> e Terceirização.....	37
1.4. Conclusão do Capítulo 1.....	38
CAPÍTULO 2. PRINCÍPIOS EMPRESARIAIS COMO CRITÉRIOS DELIMITADORES DA RESPONSABILIDADE NA EMPRESA	41
2.1. Considerações iniciais.....	41
2.2. Princípio da hierarquia.....	42
2.3. Princípio da divisão do trabalho.....	50
2.4. Princípio da delegação de funções.....	51
2.4.1. Dever de controle e vigilância.....	59
2.5. Princípio da Confiança.....	65
2.6. Conclusão do Capítulo 2.....	69
CAPÍTULO 3. DESAFIOS À IMPUTAÇÃO PENAL A DIRIGENTES EMPRESARIAIS	71
3.1. Considerações iniciais.....	71

3.2. Omissão imprópria.....	79
3.2.1. Posição de garante.....	81
3.2.2. Tipicidade objetiva na omissão imprópria: demais aspectos relevantes.....	89
3.3. Autoria e Participação no Código Penal Brasileiro: teoria do domínio do fato.....	94
3.4. Conclusão do Capítulo 3.....	101
CAPÍTULO 4. PECULIARIDADES DA IMPUTAÇÃO PENAL AOS CONSELHEIROS DE ADMINISTRAÇÃO.....	103
4.1. Considerações iniciais.....	103
4.2. Legislação societária.....	103
4.3. Decisão ilícita do Conselho de Administração e omissão de deveres.....	108
4.4. Responsabilidade penal dos Conselheiros de Administração por omissão imprópria.....	110
4.4.1. Posição de garante dos Conselheiros de Administração.....	110
4.4.2. Causalidade na omissão imprópria dos Conselheiros de Administração.....	120
4.4.3. Tipicidade subjetiva da omissão imprópria.....	129
4.5. Conclusão do Capítulo 4.....	132
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	135
BIBLIOGRAFIA.....	138

INTRODUÇÃO

O Direito Penal Empresarial tem atraído olhares curiosos nos últimos anos, não só de juristas, mas da sociedade em geral, especialmente em função dos diversos casos relacionados ao tema que vem sendo diariamente expostos na mídia. Muito, portanto, especula-se acerca do assunto, mas, para a sua aplicação, é necessário levar-se em consideração a dogmática penal. Para isso, sugere-se uma abordagem do tema à luz do nosso ordenamento jurídico em uma tentativa de estruturar e racionalizar a imputação de responsabilidade nesses casos. Busca-se propor um caminho a ser seguido pelos órgãos de persecução penal e pelos Conselheiros de Administração que esteja de acordo com as regras a que estão submetidos.

A imputação de crimes em estruturas empresariais requer a adaptação dos institutos do direito penal, pois os crimes não seguem a lógica dos crimes comissivos dolosos, que são os tipos de crimes a partir dos quais a parte geral de nosso Código Penal foi estruturada. Para que se possa solucionar os novos desafios da criminalidade de empresa, utilizando-se das estruturas do vigente Código Penal, é fundamental conhecer o contexto em que se desenvolve a atuação delitiva. Saber como funcionam as empresas é importante para decidir se e como deve intervir o Direito Penal nos casos em que, a partir da atividade econômica, lesionem-se bens jurídicos suscetíveis de proteção penal.

A realidade empresarial é caracterizada pela reunião de pessoas para o exercício de uma atividade econômica. Para exercer essa atividade de forma a diminuir os custos de transação, há a tendência à criação de estruturas de divisão de trabalho e hierarquia que gerem eficiências. A individualização de uma conduta penal nesse tipo de estrutura costuma, todavia, ser desafiadora, pois aquele que pratica a conduta criminosa com as próprias mãos não necessariamente é o que decide pela prática do crime, além disso, muitas condenações não se dão em função do conhecimento direto dos fatos penalmente relevantes, mas sim devido à violação de um dever de vigilância e controle decorrentes de uma posição de garantia.

Em contextos empresariais complexos, com um grande número de níveis funcionais e várias divisões horizontais para se coordenar, a identificação dos sujeitos e de suas aportações à conduta é uma tarefa difícil, pois nem sempre a realidade fática corresponde à estrutura organizacional estabelecida no estatuto ou contrato social. Para a individualização da conduta deve-se determinar qual é o âmbito de competência de cada participante na atividade da

empresa em relação aos direitos e obrigações formalmente designados, bem como daqueles materialmente adquiridos.

Após a identificação dos âmbitos de competência existe, contudo, um longo caminho até a imputação penal e o que se tem visto em vários casos são denúncias genéricas que imputam responsabilidade penal em função de uma posição societária, ou pelo descumprimento de um dever de controle e vigilância, e não pela prática de conduta típica, antijurídica e culpável. Essa prática tem sido corriqueira, pois se quer evitar a irresponsabilidade organizada, que se concretiza quando a administração da empresa é exercida de forma desorganizada com o propósito de evitar que seja encontrado um culpado para se imputar a responsabilidade penal.

A resposta penal, todavia, tem que ser dada em conformidade com as garantias penais, afinal há que se privilegiar a segurança jurídica. Partindo-se dessa premissa, busca-se com a presente pesquisa tratar sobre os principais desafios jurídicos à imputação da conduta penal na empresa à luz da estrutura de imputação penal individual prevista na teoria geral do vigente Código Penal. Tratar-se-á, especificamente, da imputação penal individual aos membros dos Conselhos de Administração, pois se identificou que a maior parte dos trabalhos trata da imputação de responsabilidade penal aos administradores em sentido *lato* ou à diretoria, e a imputação aos membros do órgão responsável pela gestão estratégica possui certas especificidades, devido à natureza colegiada do órgão.

É importante delinear que na presente pesquisa considera-se que a organização empresarial da qual deriva o resultado delitivo constituiu-se para desempenhar uma atividade de caráter lícito. Nesse modelo de empresa, o delito não é, pois, a essência ou a razão de ser do seu funcionamento, mas uma consequência excepcional.

Para alcançar os objetivos aqui propostos, serão abordados no Capítulo 1 os aspectos referentes às diferentes formas de estruturas organizacionais das empresas, que impactam na divisão de competências, na titularização de deveres e, conseqüentemente, na gestão do empreendimento econômico. A compreensão dessa estrutura de organização das funções e da gestão é ponto de partida essencial para a imputação da responsabilidade penal individual, pois ela sofre variações a depender da empresa, e deve ser considerada pelos órgãos de persecução penal como passo inicial no caminho para a imputação de responsabilidade penal na empresa. Aos que ocupam cargos na empresa, é importante para compreenderem os papéis que assumiram e, portanto, as responsabilidades atreladas às competências que titularizam. É um passo fundamental à compreensão das posições de garantia, por exemplo, conforme se demonstrará.

No Capítulo 2 serão abordados os princípios empresariais que regem a interação dos indivíduos na estrutura empresarial, e como impactam na imputação da responsabilidade penal na empresa. Com essa finalidade serão analisados os princípios da hierarquia, da divisão do trabalho, da delegação de funções, da confiança e o dever de controle e vigilância. É a partir do funcionamento da empresa e da interação dos indivíduos que surge a possibilidade de haver danos a bens jurídicos de terceiros e, portanto, é necessário que os *players* do mercado compreendam como essas interações se dão e quais cautelas devem adotar na convivência no âmbito empresarial. A compreensão do funcionamento da empresa também é fundamental aos órgãos de persecução penal, pois a partir dessas interações é que será possível identificar o responsável pela conduta penalmente relevante.

Após a compreensão da estrutura empresarial estática e em funcionamento, passa-se, no Capítulo 3, à análise dos desafios penais à imputação das condutas aos membros da empresa. Para isso, analisa-se a figura da omissão imprópria, fundamental para que as imputações sejam feitas de acordo com as garantias penais, e deixem de ser feitas com base apenas em função da ocupação de uma determinada posição societária. Busca-se deixar claro quais pressupostos da tipicidade objetiva na omissão imprópria tem de ser cumpridos para que a imputação penal individual cumpra o que está previsto no Código Penal. Em seguida, trata-se da teoria do domínio do fato com o objetivo de esclarecer a sua real utilidade de distinção entre autores e partícipes.

No Capítulo 4, após a construção dessa fundação, passa-se à análise específica de imputação penal aos Conselheiros de Administração. Por se tratar de órgão de natureza colegiada, a imputação penal a seus membros encontra algumas peculiaridades. Analisa-se a imputação individual de decisão delitiva por parte do Conselho, bem como a omissão de deveres pelos Conselheiros de Administração. Em seguida, a imputação da conduta a título de omissão e, para isso, verifica-se a posição de garantia, causalidade e tipicidade subjetiva.

A presente pesquisa busca, portanto, suscitar discussões relevantes para se criar maior segurança jurídica no âmbito do Direito Penal Empresarial. Busca-se apresentar os principais passos para que os órgãos de persecução penal construam denúncias robustas e traduzir aos Conselheiros de Administração formas de mitigar os riscos de imputação penal a partir da compreensão de como esta poderia ser feita.

Não se busca, contudo, dar uma resposta definitiva, mas indicar um caminho que suscite o debate e que possa auxiliar na melhoria da realidade que se configura hoje.