

A ATUAÇÃO INFORMADA DE DIRIGENTES DE EMPRESA: CRITÉRIOS PARA O RECONHECIMENTO DA DÚVIDA COMO ERRO

THE INFORMED BEHAVIOUR OF COMPANY DIRECTORS:
CONDITIONS FOR RECOGNIZING DOUBT AS ERROR

Victor Américo Alves de Freitas

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UERJ. Pós-graduado em Direito pela FEMPERJ. Graduado em Direito pela UFRRJ. Associado ao IBCCrim. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3398510906833501>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1436-4369>

vtrfrts@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.8357202>

Resumo: O artigo pretende primeiro verificar se nos âmbitos especialmente regulados, quando há dúvida sobre a ilicitude de uma conduta, ela se resolve como uma proibição categórica ou como uma proibição dilatória. Estabelecidas as premissas de cada proposta, encaminha a resolução para a compatibilidade entre dúvida e erro, instituindo uma proibição dilatória cuja substância é o dever de informação. Em seguida, estabelece critérios a serem observados para que se afirme a inevitabilidade do erro anteriormente admitido.

Palavras-chave: Dúvida; Erro de proibição; Ilicitude; Direito Penal Empresarial; Dever de informação.

Abstract: The article intends first to verify whether in the regulated areas, when there is doubt about the unlawfulness of a conduct, it is resolved as a categorical prohibition or as a dilatory prohibition. Once the premises of each proposal have been established, the resolution is directed towards the compatibility between doubt and error, establishing a dilatory prohibition whose substance is the obligation to inform. Then, it sets criteria to be fulfilled in order to affirm the inevitability of the error.

Keywords: Doubt; Mistake about unlawfulness; Illegality; Corporate Criminal Law; Obligation to inform.

1. Introdução

A realidade operativa de uma empresa coloca obstáculos que a prática de delitos por indivíduos fora desse âmbito não apresenta (SCHÜNEMANN, 2002, p. 16-17). Na organização empresarial há uma elevada quantidade de pessoas praticando condutas comissivas e omissivas, bem como dividindo ou não informações relevantes para a tomada de decisão em um ou outro sentido. O cenário se torna ainda mais caótico com o rápido avanço tecnológico e as cada vez mais complexas operações empresariais. Para dar conta de pelo menos organizar a questão, há cada vez mais âmbitos regulados de atuação (CARUSO, 2020, p. 28). Exemplo disso é a intensa assessoriedade do Direito Penal Econômico (ESTELLITA, 2017, p. 34).

Quanto mais intenso for esse movimento, mais difícil é a obtenção do conhecimento para determinar medidas ajustadas no comando de uma empresa. Cada vez mais se tem, como afirma **Raúl Cervini** (2012, p. 80 *et seq.*), uma dependência técnica invertida, onde a *expertise* sobre a informação não está sob controle de quem comanda a organização empresarial, mas sim sob controle de outros agentes, diversas vezes com inferior hierarquia dentro da empresa. É desse horizonte que surge a necessidade de contar com especialistas sobre determinados temas, cuja orientação auxiliará aquele que detém o poder de mando a conduzir a empresa a um interessante nível de performance. A mais ajustada forma de oferecer a um dirigente uma opinião técnica embasada é através de um parecer não fraudulento — técnico ou jurídico — sobre determinado tema ou questão que o dirigente não tem conhecimento ou tem o dever de se informar.

A questão que se põe, portanto, é: quais são os critérios que o dirigente deve observar para ter cumprido o seu dever de se informar adequadamente? Para responder essa pergunta será preciso passar por dois elementos centrais na dogmática penal: o conhecimento sobre o fato e o conhecimento eventual sobre a proibição. Só a partir disso,

é possível verificar quais os critérios necessários para a satisfação do dever de se informar.

2. Existe um conhecimento eventual da antijuridicidade?

Ter consciência ou não da antijuridicidade da conduta importa em afirmar ou não a culpabilidade de determinado sujeito, já que com o conceito analítico do delito é essa categoria que encerra o crime (SANTOS, 2012, p. 75). Dito de outra maneira: quem tem consciência da antijuridicidade não está em erro de proibição; o reverso também é verdadeiro: quem não tem consciência da antijuridicidade, encontra-se em erro sobre a proibição da conduta. Essa forma binária de responder aos problemas é bastante didática, mas não encontra sempre amparo na própria realidade. Isso porque há uma zona cinzenta, com alta complexidade regulatória, onde o sujeito tem dúvidas sobre a proibição ou a permissão da conduta.

Majoritariamente se compreende essa dúvida como uma proibição categórica de atuar. Mas é isso dogmaticamente adequado? A parcela da literatura penal que trata a dúvida como proibição categórica compreende que ela seria um conhecimento eventual da antijuridicidade e que isso seria equiparável ao conhecimento genuíno sobre a proibição da conduta. O que se faz é igualar a resposta dogmática da dúvida à resposta dogmática do conhecimento. O fundamento vem do estudo da antijuridicidade a partir da lente da tipicidade subjetiva (SILVA SÁNCHEZ, 1987, p. 649).

Isso significa que o sujeito que, ao projetar sua conduta, admite com seriedade a probabilidade de que sua atuação seja antijurídica e se conforma com a produção desse resultado, teria então o conhecimento eventual da antijuridicidade (SILVA SÁNCHEZ, 1987, p. 649) e, da mesma forma que é feita na tipicidade subjetiva — com o dolo eventual em relação à conformação com o resultado —, impede-se a incidência do erro de proibição. A única forma de escapar da punição nesse cenário é entender o conhecimento eventual como uma proibição categoria e

abster-se de atuar (ROXIN, 1997, p. 875). Essa atitude, crítica com razão **Alaor Leite** (2013, p. 125), é também abster-se de materializar uma atuação possivelmente jurídica.

Silva Sánchez (1987, p. 651-652) enxerga um problema no arranjo majoritário, que é: como o erro de proibição é uma questão de conhecimento, sequer faria sentido transpor também o elemento volitivo do dolo eventual para essa análise, já que, em sua perspectiva, a vontade opera efeitos apenas em relação ao tipo objetivo, não incidindo para o restante dos elementos típicos, a respeito dos quais só haveria sentido estabelecer uma relação de conhecimento. A crítica é correta. De fato, a relação do erro de proibição se dá exclusivamente com o conhecimento da proibição da conduta. É irrelevante que o sujeito queira ou não a antijuridicidade da conduta. Mas, ainda que correta a crítica, a equiparação de tratamento entre consciência eventual e consciência segura a partir da tipicidade subjetiva é um equívoco.

Em resumo, esse modelo institui que: verificada a probabilidade de que o projeto de conduta seja antijurídico, há uma proibição categórica de atuação e, caso haja atuação, não há incidência do erro de proibição, pois entende-se que há conhecimento eventual da antijuridicidade. Verificada a probabilidade de que o projeto de conduta seja antijurídico, mas que o sujeito acrescentou à sua consideração outros elementos que o fazem acreditar, ao fim e ao cabo, que o resultado não será produzido, é possível falar em erro de proibição vencível (SILVA SÁNCHEZ, 1987, p. 652-653).

Com razão, Alaor Leite investigou que a dúvida sobre a proibição tem aumentado em razão do que aqui já se falou: intensa produção legislativa e complexidade das matérias. É bastante comum que esses tipos penais, dado o caráter genérico, não observem o princípio da taxatividade penal — o que tem o mesmo valor que não propor nada (BATISTA, 2015, p. 75) —, prejudicando a compreensão. A crescente regulação dos setores vai exigir daquele que atua maior atenção sobre o projeto de conduta que quer adotar. Nesse aspecto, admitir uma proibição categórica de atuação é admitir que condutas possivelmente lícitas estão vedadas (LEITE, 2013, p. 21). Não parece ser esse caminho o mais ajustado. O raciocínio deve ser reverso e é preciso admitir previamente que as condutas são lícitas, o que somente poderia ser afastado com uma lei escrita, prévia e certa (ZAFFARONI *et al.*, 2018a, p. 24).

A proposta majoritária, levada a sério, traria as seguintes consequências dogmáticas: a) não aplicação do art. 21 do Código Penal nos casos de dúvidas e b) a evitabilidade do erro precisaria ser deslocada da possibilidade de atingir a consciência da antijuridicidade após reflexão para a possibilidade de atingir a consciência eventual da antijuridicidade após reflexão (LEITE, 2013, p. 25-26), já que ao nível da dúvida o Estado já impor a necessidade de abstenção. Traria também as seguintes consequências político-criminais: i) não haveria erro de proibição inevitável, uma vez que um sujeito dotado de culpabilidade é capaz de refletir e atingir a dúvida e ii) a proibição de condutas possivelmente lícitas (LEITE, 2013, p. 26-27). Dois são os movimentos necessários para corrigir o equívoco da tese majoritária: admitir que há um problema conceitual, revertendo-o para admitir que a dúvida é compatível com o erro e que o importante está na evitabilidade do erro (LEITE, 2013, p. 35-36).

Além de demonstrar os equívocos da tese da incompatibilidade, a obra de **Alaor Leite** (2013, p. 122) revela dois fundamentos que a tese majoritária pretendia deixar escondido: a de que quando o sujeito tem dúvida sobre a proibição, há em sua psique tanto o horizonte da proibição quanto o horizonte da licitude. Outra interpretação pode ser dada: a de que, após confirmada a proibição, o cidadão não teria condições de afirmar que ela não estava em sua perspectiva. Em termos político-criminais, o argumento de que a ampliação do erro de proibição à partir da compatibilidade entre dúvida e erro levaria à sua ampliação, aumentando o número indesejado de absolvições.

Quando o sujeito tem em sua mente duas possibilidades sobre a proibição significa que ele não tem certeza sobre ela (GARCIA CONLLEDO, 2008, p. 175). Em outras palavras, ele não conhece a proibição, pois, se

a conhecesse, teria certeza sobre seu conteúdo. Ainda, e para viabilizar a punição, a tese majoritária exerce carga no fato de que o sujeito tinha em sua mente a proibição. De fato, tinha, mas também tinha em sua psique a liberdade. Por qual razão o foco é apenas na proibição que o sujeito tinha, também, em mente? Sequer havia a certeza exigida para o conhecimento. Sobre a ideia de que após confirmada a proibição o sujeito não teria condições de afirmar que a vedação não estava em seu horizonte, ela parte simplesmente de uma presunção, sem capacidade de verificação *ex ante*. A tese majoritária parece se impressionar muito com a possibilidade de alguém se aproximar do limite da proibição; impressão essa que remete a um simples argumento moral descartável (LEITE, 2013, p. 123-124). Afirmar que a ampliação do erro implicará em inúmeras absolvições é distorcido, no mínimo. Somente a inevitabilidade do erro de proibição conduziria à absolvição em razão da exculpação. Qualquer outro cenário não implica em absolvições. Há, também, um inescandível medo da diminuição da punição.

Resumidamente, com a adoção da tese majoritária, o ser humano só poderia atuar em âmbitos permitidos, instituindo quase que a máxima “o que não está permitido, está proibido”, típico de Estados autoritários. Entretanto a perspectiva é reversa: há liberdade de atuação em todo e qualquer espaço que não seja claramente proibido. É, assim, uma tese que pune inclusive aquele que busca informação sobre a proibição, já que essa atitude demonstraria sua dúvida sobre a licitude da conduta e, portanto, afastaria o erro. Trazendo para as hipóteses de atuação informada a partir de pareceres, a tese se mostra altamente restritiva, já que, na hipótese de dois pareceres, um afirmando a viabilidade da conduta e outro afirmando a inviabilidade da conduta, o cidadão precisará se pautar pela abstenção de atuação, o que pode impedir a tomada de decisões por parte do dirigente (LEITE, 2013, p. 125-126).

Respondendo, então, à questão do item: primeiro, não há consciência eventual da antijuridicidade, mas verdadeira dúvida sobre a proibição e seus limites; segundo, a dúvida sobre a proibição é uma dúvida que instaura um dever dilatatório, que exige que o cidadão se informe.

3. Os critérios de uma atuação informada: a satisfação do dever de informação

Havendo um posicionamento favorável à compatibilidade entre dúvida e erro, é chegado o momento de estabelecer os critérios necessários para verificar a evitabilidade do erro e, assim, cumprir com o dever de se informar. Essa verificação é feita em cada caso a partir da seguinte pergunta: era possível àquele cidadão específico, naquela situação, após reflexão, chegar à consciência do injusto? Se a resposta for negativa, trata-se de erro de proibição inevitável (LEITE, 2013, p. 144), com a consequente exculpação (ZAFFARONI *et al.*, 2018b, p. 370). Como a dúvida apresenta uma proibição dilatatória — ou seja, que inaugura o dever de se informar —, é preciso investigar se houve justamente esse dever.

A responsabilidade não decorre da violação do dever de se informar, como eventualmente possa parecer. Isso porque o dever é um instrumento para que se atinja a consciência — sempre segura — da proibição. A responsabilidade decorre do que a teoria do delito já está habituada: a conduta humana injusta e culpável nos casos em que era possível atingir a consciência sobre a proibição (LEITE, 2013, p. 145-146).

É preciso, a partir deste artigo, observar os seguintes critérios para que o erro de proibição inevitável incida em casos de dúvida sobre a proibição: plausibilidade jurídica da dúvida, atuação nos limites da dúvida e o cumprimento possível do dever de informação eficaz. Pouco é preciso explicar sobre cada um deles, já que são bastante autoexplicativos. De toda forma, quando a dúvida para o dirigente surge, inaugura também o dever de se informar, em obediência à proibição dilatatória, para verificar se sua conduta é jurídica ou antijurídica. A dúvida, entretanto, precisa ter plausibilidade jurídica. Uma dúvida absolutamente infundada, como a licitude sobre o oferecimento de dinheiro a funcionário público para vantagens em licitações, não constitui dúvidas plausíveis do ponto de vista jurídico. As dúvidas implausíveis podem atrair, inclusive, a não diminuição facultativa do erro de proibição (LEITE, 2013, p. 153).

O parecer, nesse cenário, é uma das formas mais eficazes de sanar a dúvida juridicamente plausível. Tendo havido a solicitação de um parecer de um *expert* que afirma que o projeto de conduta é lícito, aquele que o solicitou deve agir dentro dos limites da dúvida, dentro daquilo que foi pelo profissional sanado. Tudo isso, é claro, deve ser possível ao dirigente antes da atuação — ficam excluídos, assim, casos de decisão instantânea, por exemplo. Ainda, é preciso verificar no caso de descumprimento do dever de informar se, ainda que o sujeito o tivesse cumprido, se essa informação seria eficaz para que ele pudesse atingir o conhecimento da antijuridicidade.

É claro que, como já se disse, não é qualquer parecer que será válido a orientar o dirigente ou um cidadão. Uma atitude dessas, por exemplo, impediria considerar o dever de informação preenchido. A resolução se encontra na confiabilidade da fonte, cuja aferição é feita a partir de sua especialização e objetividade (LEITE, 2013, p. 108-109). A especialização exigida do *expert* é tanto maior quanto mais complexo for o âmbito do que se tem dúvida (CARUSO, 2020, p. 99). O que não significa exigir que quanto maior seja a instrução do sujeito, maior deve ser a exigência de escolha do *expert* para que o dever seja considerado cumprido — em sentido contrário ao que se acabou de afirmar (CARUSO, 2020, p. 100-101).

A objeção parece sensata pelo seguinte motivo: é bastante normal que a sociedade não esteja familiarizada com as diversas especialidades do Direito e os assuntos que aborda. Exigir que um consultante com maior grau de instrução seja submetido a maior rigor em relação ao cumprimento do dever de seleção do *expert* é impor ao consultante mais instruído um ônus arbitrário. O consultante que tem mais especializações, tem maior conhecimento técnico sobre a sua própria atuação profissional, sobre aqueles elementos técnicos que lhe são úteis à resolução do seu próprio trabalho. Entretanto, em relação à capacidade de avaliar competência externa de profissionais de áreas diversas, é tão instruído quando qualquer cidadão. Ou seja, impor uma tal exigência significaria sobrecarregar o consultante que buscou se especializar para exercer melhor o seu trabalho, sem que haja para isso uma explicação plausível. Parece fazer mais sentido a exigência do binômio complexidade/*expertise*: quanto maior uma, maior a necessidade da outra. Com isso, se eliminam questões subjetivas em favor de uma aferição objetiva da questão.

Também é necessário que o parecerista esteja habilitado profissionalmente para exercer a função, estando regularmente inscrito no conselho de classe; bem como deve não ostentar má reputação em seu âmbito profissional. É preciso ainda que o parecerista não tenha inte-

resse subjetivo (LEITE, 2013, p. 111), não interessando a ele um ou outro resultado advindo da atuação do dirigente.

Para este artigo, a exigência de análise objetiva do conteúdo da informação (CARUSO, 2020, p. 110) antes de atuar não parece razoável: exigir que o dirigente, por exemplo, que tinha dúvida sobre a proibição de sua atuação, tenha que novamente refletir sobre a informação que foi prestar reduz a possibilidade de incidência do erro de proibição sem que haja uma justificativa bastante plausível para tanto. Se a fonte é confiável, a averiguação do conteúdo é exigência desnecessária (LEITE, 2013, p. 111) e desproporcional. Parece ser mais produtivo concentrar esforços para verificar quais elementos formam uma fonte confiável do que impor ao consultante o dever de avaliar objetivamente a informação. As preocupações são compreensíveis. Mas aqueles pareceristas que não possuem fundamentação teórica, metodológica, que não possuem formalidades mínimas, não observam regras técnicas e as legislações de regência demonstram muito mais a falta de confiabilidade do parecerista. Uma fonte é confiável justamente porque ela mantém esses padrões de qualidade do trabalho oferecido. Com a opinião técnica em mãos, deve atuar nos limites da dúvida plausível. Se, ainda assim, não foi possível chegar ao conhecimento, o erro é invencível. Se não houve o satisfatório cumprimento do dever de informação, é de se negar a inevitabilidade do erro.

4. Conclusão

O artigo busca debater, inicialmente, se há um tal conhecimento eventual da antijuridicidade e se existe uma proibição categórica de atuação. O objetivo é demonstrar que, embora a tese majoritária seja nesse sentido, há boas razões para o seu completo abandono: seja por equívocos dogmáticos, seja por problemas político-criminais. O posicionamento adotado é no sentido de admitir a compatibilidade entre a dúvida e o erro de proibição para, no momento seguinte, investigar sobre a evitabilidade ou não do erro anteriormente admitido.

Com isso, projetam-se algumas conclusões sobre a necessidade de cumprimento de alguns critérios para se considerar satisfeito o dever de informação. Fica, assim, estabelecido que: a dúvida deve ser plausível, o consultante deve atuar no limite da dúvida e sua busca pela informação deve ser possível e eficaz. Com relação à fonte, ficou ajustado que ela precisa ser confiável e que essa confiança é extraída da especialização na matéria, inscrição no conselho de classe e ausência de má reputação. O objetivo, além de responder às questões postas, é de somar esforços à compreensão da dúvida como erro.

Referências

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. Revan: Rio de Janeiro, 2015.

CARUSO, Tiago. *Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

CERVINI, Raúl. Aspectos de la imputación de responsabilidad penal en el marco de la gestión organizacional flexible (FOM). GRECO, Luís; MARTINS, Antônio. (Orgs.). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 75-92.

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

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição*. São Paulo: Atlas, 2013.

GARCIA CONLLEDO, Miguel Díaz Y. *El error sobre elementos normativos del tipo*

penal. Madri: La Ley, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general* (tomo I). Editorial Civitas: Madri, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Responsabilidade penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. LV, p. 9-38, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 40, Fasc./Mes. 3, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: v. 2, t. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018a.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: v. 2, t. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018b.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

FREITAS, M. V. A atuação informada de dirigentes de empresa: critérios para o reconhecimento da dúvida como erro. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 371, [s.d.].

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.8357202>. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/625. Acesso em: 22 set. 2023.

Recebido em: 24.06.2023 - Aprovado em: 17.07.2023 - Versão final: 08.08.2023