



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPRESÁRIO POR OMISSÃO

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Marcelo Meireles Lobão

Orientador: Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

Número do candidato: 20151906

Janeiro de 2020

Lisboa

DEDICATÓRIA

A Jesus, pelo dom da vida eterna.

À minha querida esposa, Gláucia, que foi e sempre será a razão maior do meu esforço.

Aos meus filhos amados, Isabela, Mateus e Felipe, que me deram um novo propósito para viver.

E à minha querida mãe, Neiva, cujo amor e dedicação jamais esquecerei.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao corpo docente da Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões pela contribuição à formação técnica e humanística de tantos alunos ao longo de sua história e pelo meu crescimento científico.

Agradeço também aos professores da disciplina Direito Penal, Doutor Fernando Silva e Mestre Ana Paula Pinto Lourenço, cujas aulas inspiraram a escolha do tema de estudo, pelas recomendações durante a elaboração do relatório de investigação da unidade curricular, que serviu como base e esboço desta dissertação.

Em especial, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente, pela paciência, incentivo, confiança, orientação e apoio.

Agradeço também à Roberta, do IURJ, pela atenção dada aos alunos brasileiros.

EPÍGRAFE

“Por eso, porque el fundamento de los *juegos de lenguaje* es la forma de vida que compartimos, no es ni racional ni irracional [...]; sino que *está ahí y es como es, como la vida misma*. En consecuencia, no puede ser reducido a criterios materiales de orden general (en ese sentido afirma que es *imprevisible*); y, a la vez, contiene, explícita o implícitamente, valoraciones y momentos normativos”.

Vives Antón

RESUMO

A imputação de delitos perpetrados por intermédio de organizações empresariais encerra grande complexidade, sobretudo nos casos de estruturas econômicas com divisão e delegação de funções e submetidas hierarquicamente a um órgão colegiado.

O delito empresarial pode ser imputado aos dirigentes da empresa por omissão, desde que haja concreta equivalência entre esta e a causação ativa segundo o sentido do texto legal, eles tenham o dever especial de evitar o fato e seja possível impedir-se o resultado.

A divisão e a delegação de funções acarretam reconfiguração da posição de garantia, e, em consequência, em um deslocamento do eixo da responsabilidade por omissão no âmbito da delinquência empresarial. Além disso, os membros do conselho de administração vencidos no respetivo processo deliberativo eximem-se da responsabilidade penal por omissão.

Palavras-chave: crime omissivo – criminalidade empresarial – responsabilidade por facto de outrem

ABSTRACT

The imputation of crimes committed through business organizations is a very complex matter. The issue becomes even more difficult within the framework of organized structures characterized by division and delegation of functions and submitted hierarchically to a collegial body.

The corporate offense may be imputed to the company leaders by omission, if, there is a real equivalence between their omissive conduct and the active causation according to the meaning of the legal text, they have a special duty to avoid the fact and it is possible to prevent the result.

The division and delegation of duties entail a reconfiguration of the position of guarantee, and consequently a shift in the axis of responsibility for the omission in the context of corporate delinquency. Besides, members of the board of directors defeated in the respective deliberative process exempt from punishment for the omission.

Keywords: Crime of omission – corporate crime – vicarious liability

RESUMEN

La imputación de delitos cometidos a través de organizaciones empresariales es un tema muy complejo. El tema se torna aún más tormentoso dentro del marco de estructuras organizadas con división y delegación de funciones y que están sujetas jerárquicamente a un cuerpo colegiado.

Los delitos que surjan de la actividad empresarial pueden imputarse a los superiores jerárquicos de la empresa por omisión, siempre que exista una equivalencia concreta entre el comportamiento omisivo y la causa activa de acuerdo con el significado del texto legal, ellos tienen el deber especial de evitar el hecho y es posible evitar el resultado.

La división y delegación de funciones conlleva a una reconfiguración de la posición de garantía y, en consecuencia, un cambio en el eje de responsabilidad por omisión en el contexto de la delincuencia empresarial. Además, los miembros del órgano directivo derrotados en los respectivos procedimientos deliberativos están exonerados de la punición por comportamiento omisivo.

Palabras clave: delito de omisión – corrupción empresarial – responsabilidad por hecho ajeno

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....	2
AGRADECIMENTOS.....	3
EPÍGRAFE.....	4
SUMÁRIO	8
ABREVIATURAS.....	10
INTRODUÇÃO.....	11
1. FUNDAMENTO MATERIAL DA RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE DE PESSOA COLETIVA	16
1.1 HANNAH ARENDT E O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE COLETIVA.....	18
1.2 FRISCH E A CONCEPÇÃO DA SOLIDARIEDADE DA RAÇA.....	20
1.3 A TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA DE TOMÁS S. VIVES ANTÓN.....	22
1.4 CRÍTICA	24
1.5 FONTE HISTÓRICA	27
1.6 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	30
2. RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES EMPRESARIAIS.....	32
2.1 RESPONSABILIDADE INDIRETA OU SUBSIDIÁRIA	32
2.2 COMPARTICIPAÇÃO	35
2.3 AUTORIA MEDIATA POR DOMÍNIO DE ORGANIZAÇÃO	38
2.4 OMISSÃO IMPRÓPRIA.....	40
2.4.1 <i>Conceito de omissão</i>	41
2.4.2 <i>Distinção entre omissão própria e omissão imprópria</i>	47
2.4.2.1 Teoria tradicional	48
2.4.2.2 Teoria normológica	49
2.4.2.3 Critério da tipificação.....	50
2.4.2.4 Critério de Claus Roxin.....	51
3. IMPUTAÇÃO DA COMISSÃO POR OMISSÃO	52
3.1 POSIÇÃO DE GARANTIA	52
3.1.1 <i>Teoria do dever jurídico formal</i>	53
3.1.2 <i>Teoria das funções</i>	55
3.1.3 <i>Teoria sistêmico-funcionalista</i>	56
3.1.4 <i>Domínio sobre a causa do resultado</i>	57
3.1.4.1 Conciliação da teoria do domínio com a figura da ingerência.....	58
3.2 POSIÇÃO DE GARANTIA COMO RESTRIÇÃO DA COMISSÃO POR OMISSÃO	61
3.3 REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DOLO	63
4. RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPRESÁRIO POR OMISSÃO	67
4.1 APLICAÇÃO DAS PROPOSIÇÕES	67
4.2 ARRANJOS ORGANIZATIVOS	69
4.2.1 <i>Repartição de funções</i>	69
4.2.2 <i>Delegação de funções</i>	74
4.2.3 <i>Participação em órgão colegiado</i>	80
4.3 DOLO OU CULPA.....	83
4.4 <i>DE LEGE FERENDA</i>	84
CONCLUSÃO	86
FONTES DOCUMENTAIS	89
BIBLIOGRAFIA:	90

GERAL:	90
ESPECÍFICA:	92
a) <i>Livro, Monografia e Revista Científica</i>	92
b) <i>Jurisprudência</i> :	95

ABREVIATURAS

ART - ARTIGO

CEJ – CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL (BRASIL)

CP – CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

CPB – CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

CRP – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Dt - DEUTERONÔMIO

Ex - ÊXODO

LCAB – LEI BRASILEIRA DE CRIMES AMBIENTAIS

SS. – SEGUINTE

STFB – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

StGB – CÓDIGO PENAL ALEMÃO

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

STJP – SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PORTUGUÊS

TJSP – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRF – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (BRASIL)

TRL – TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

UE – UNIÃO EUROPEIA

V. - VER

INTRODUÇÃO

Três motivos explicam a escolha do tema desta dissertação e a delimitação proposta. Em primeiro lugar, a ciência do direito penal não logrou estabelecer bases conceituais sólidas sobre a omissão. A teoria do crime omissivo ainda é um campo aberto. Não é por outro motivo que Roxin afirma que “a problemática da equivalência nos delitos impróprios de omissão representa o capítulo ainda hoje mais discutido e obscuro na dogmática da parte geral”¹.

Juarez Tavares empresta adesão a esse pensamento. Para ele, o legislador tem incursionado cada vez mais sobre o tema da omissão, embora a dogmática ainda não tenha produzido respostas concludentes sobre a natureza, estrutura e punibilidade dos delitos omissivos. Questões fundamentais persistem sem resposta².

A multiplicidade de teorias que buscam descrever a omissão penal, pura e impura, muitas delas inconciliáveis entre si, é um vaticínio de que a doutrina tem muito a avançar na estruturação dogmática do instituto³. Vale lembrar que não existe outro capítulo da teoria do crime cuja concreção exija mais aprestos de conceitos abstratos, juízos de valor, interpretações normativas e exercícios epistêmicos, antes de o intérprete lançar-se a esse mar bravio em que a dogmática parece estar à deriva.

A brevidade com que a omissão imprópria é disciplinada na parte geral dos códigos, mesmo assim restringindo-se o legislador a positivar conceitos propostos pela doutrina e experimentados e aprovados pela jurisprudência⁴, é sintomática de que se está diante de um dos assuntos mais permeados de controvérsias no âmbito do direito penal.

A começar pela possível equiparação entre omissão e ação – se não no plano fenomênico, mas pelo menos no contexto jurídico-conceitual –, chegando aos intrincados aspectos que gravitam em torno da tentativa, comparticipação, causas justificantes e exculpantes, culpa e dolo no âmbito da omissão penal, estudar o tema impõe a revisitação dos significados de cada uma das colunas mestras que estruturam a teoria do crime. Lembre-se de que o ocaso do finalismo welzeliano foi decretado com apelo às incoerências que o tratamento do delito omissivo recebeu da pena do professor da Universidade de Bonn. Para não encontrar a mesma sorte e se imunizarem contra essa e outras críticas desferradas contra o finalismo, as

¹ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 845.

² TAVARES, Juarez - **Teoria dos crimes omissivos.** p. 28 e 29.

³ SCHUNEMANN, Bernd - **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** p. 163.

⁴ HASSEMER, Winfried. Prefácio. In TAVARES, Juarez - **Teoria dos crimes omissivos,** p. 9.

abordagens funcionalistas abdicaram do ideal da lógica ou coerência internas, em vez de proporem uma reformulação de conceitos ou de suas bases metodológicas.

No contexto do direito penal econômico, ficam ainda mais evidentes a inconsistências da concepção tradicional de crime omissivo. Desenhada para o controle da delinquência individual, a teoria do crime omissivo, tal qual corporificada nos códigos penais dos países da Europa continental e latino-americanos, não oferece respostas adequadas à criminalidade coletiva e estrutural. Basta lembrar que os crimes empresariais são marcados pela (i) separação entre centro decisório e execução⁵, (ii) amplificação espaço-temporal do *iter criminis* e (iii) multiplicidade de formas de materialização da conduta descrita no tipo.

Nos crimes praticados por meio de estruturas empresariais, há uma ruptura dos atos de execução, que não mais são compreendidos em sentido linear. Enquanto a criminalidade individual, que inspirou a elaboração da maioria dos estatutos penais do século passado, caracteriza-se pela completude da conduta penalmente relevante, o denominado injusto sistêmico ou estrutural é, muitas vezes, formado por um feixe de condutas convergentes e complementares. Condutas intrinsecamente neutras tornam-se relevantes para o direito penal e puníveis na medida em que integram outras dirigidas à ofensa do bem jurídico, em um processo dinâmico e sinérgico. Desse modo, a conduta total ou “coletiva” – ou, em melhor técnica, a conduta estrutural – é maior do que a soma das condutas individuais.

É como se a autoria – como referido em outra oportunidade⁶ – espraiasse-se no seio da estrutura organizativa, dificultando sobremaneira a identificação da causa do fato criminoso. Esse fenômeno – que se pode denominar “autoria difusa” – é estranho às categorias do direito penal clássico que, convém insistir, é vocacionado a reprimir e prevenir o crime individual.

Outra idiossincrasia do injusto sistêmico que desafia os fundamentos da teoria do crime e, em especial, as matrizes conceituais atinentes à omissão delitiva, reside no surgimento de um fenômeno desconhecido no direito penal tradicional: o processo regrado. À luz das regras previstas nos códigos editados ao longo do século XX, como imputar aos membros de estruturas organizativas ilícitos penais causados por processos de produção automatizados ou atividades que funcionam de forma dinâmica? E quem pode ser chamado a responder por crime omissivo

⁵ BRITO, Teresa Quintela – **Autoria e participação em organizações empresariais complexas**. p. 18.

⁶ LOBÃO, Marcelo Meireles - **Responsabilidade penal por omissão nos crimes empresariais**. p. 6 [Relatório da Unidade Curricular de Direito Penal do curso de mestrado em Direito, da Universidade Autónoma de Lisboa, cujo conteúdo serviu de base a esta dissertação, sofrendo as devidas alterações e ajustes necessários].

nessa hipótese, quando a estrutura coletiva é organizada de forma hierarquizada e com múltiplas divisões de funções, nos níveis vertical e horizontal?

Eis aqui um primeiro problema, que assinala um ponto de inflexão na doutrina tradicional e convoca uma nova perspectiva sobre a teoria do crime omissivo. Por isso, não é exagero afirmar que se avizinha o delineamento de um verdadeiro microssistema jurídico-penal preordenado à prevenção do injusto sistêmico-econômico, como um capítulo à parte do direito penal geral.

O tema também evoca relevantes reflexões jurídico-filosóficas e científico-sociais, porquanto o debate sobre a punibilidade da omissão arrosta de modo inevitável questões afetas à legitimidade da pena, à problemática da causalidade, ao fundamento da norma mandamental, à extensão do dever de atuação e evitação e aos pressupostos da punibilidade da omissão. Tentativas de responder à pergunta sobre o que legitima a punição do *non facere* com privação da liberdade e outras sanções consumiram um bom volume de tinta das penas de pensadores modernos que se aventuraram a escrever sobre esse intrincado assunto. Sem ao menos uma breve incursão nas contribuições da política, filosofia e sociologia, aspectos relevantes da responsabilidade penal por omissão permaneceriam na sombra da compreensão da ciência penal.

Não há dúvida de que a teoria da ação comunicativa de Habermas, que dialoga com a obra de Wittgenstein, abriu um novo horizonte que pode levar a dogmática penal a territórios inexplorados e ao mesmo tempo alvissareiros. É cedo dizer que a vereda inaugurada pela teoria da linguagem produzirá respostas à maioria das perguntas que tornam tormentosas as vidas do juiz criminal e do legislador quando têm que se pronunciar, cada qual ao seu modo, sobre a omissão penal. De todo modo, há aqui um novo alento à ciência e um contributo à prolação de decisões mais seguras.

Essa última linha leva ao terceiro motivo que anima a eleição do tema de investigação. Nos átrios dos tribunais, a punibilidade da omissão ganha maior relevância, dadas as implicações imediatas que impõe aos direitos à liberdade e à paz social. Nunca é demasiado recordar que, para assegurar a convivência social, ao direito penal é deferido uso da mais severa das intromissões na esfera individual: a privação da liberdade. Basta isso para concluir que o profissional do direito comprometido com a justiça deve ser incansável na busca de critérios proporcionais, equânimes e justos que se prestem como proteção àquele que se vê acusado de ter cometido crime por conduta omissiva, reduzindo as rotas de fuga a soluções casuísticas.

Não há capítulo do direito penal que tenha colocado doutrina e jurisprudência em campos opostos com mais intensidade. Por exemplo, contra a opinião da doutrina majoritária,

a jurisprudência do *BGH* orienta-se por punir por tentativa aquele que omite de forma intencional uma ação salvadora, quando não houver prova suficiente de que a ação exigida teria evitado o resultado⁷.

Se de um lado a construção de uma dogmática da omissão bem fundamentada minimiza os riscos de erros judiciais, de outro, mune-se a sociedade de critérios compreensíveis que permitam tornar as decisões judiciais mais previsíveis, facilitando o escrutínio público dos julgamentos penais e das razões de convencimento do julgador. Só assim, será possível alcançar a paz social e a realização do Estado de Direito em sentido material.

Como o tema dessa dissertação é a omissão penal do empresário, é fundamental estabelecer, como premissa, o que se compreende como delinquência empresarial. Para os objetivos do trabalho, são crimes empresariais aqueles perpetrados por administradores, funcionários ou prepostos de organizações empresariais legítimas, em nome ou no interesse presumível destas.

O conceito instrumental ora adotado assemelha-se ao formulado por Bernd Schünemann, que reconhece inexistir consenso em torno dos aspectos essenciais do direito penal econômico. De todo modo, para ele, são crimes empresariais os cometidos por meio de uma empresa ou em seu benefício⁸.

Por isso, é necessário fugir de soluções dogmáticas que resultem na mera criminalização de funções ou papéis sociais. Como elucida Manuel Monteiro Guedes Valente, assiste-se a uma expansão desmesurada do direito penal, orientada pela avidez da sociedade moderna por segurança. No afã de proteger certos bens jurídicos concebidos, o legislador amplia o catálogo de tipos penais e introduz novos sujeitos passíveis da imputação penal, os quais se tornam alvos de censura não por um fato determinado, mas em razão da violação de um papel normativo, isto é, aquilo que o “sistema” espera deles⁹.

A técnica legal de descrição do fato típico confere ênfase a ações e omissões que, no contexto da criminalidade empresarial, são levadas a cabo por indivíduos situados nas instâncias inferiores¹⁰. E são escassos os tipos de infração de dever, mesmo nos códigos mais modernos.

⁷ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 770-771.

⁸ SCHÜNEMANN, Bernd - **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa.** p. 529-530.

⁹ Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Os direitos humanos e o direito penal: uma (re)humanização emergente.** p. 288-289.

¹⁰ Em sentido semelhante, v. SCHÜNEMANN, Bernd - **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa.** p. 533.

A doutrina e a jurisprudência afirmam que os dirigentes são responsáveis não só por resultados ilícitos decorrentes de objetos perigosos da empresa, mas também por factos praticados por subordinados. Mas ainda gravita *quaestio* sobre o alcance dessa responsabilidade¹¹.

O método escolhido para a condução da investigação foi o hipotético-dedutivo (Karl Popper). As etapas da investigação foram¹²:

- (i) adoção da teoria do domínio sobre a causa do resultado como referencial teórico;
- (ii) submissão à prova das conclusões por meio da confrontação das premissas com as correntes doutrinárias e postulados fundamentais do direito penal; e,
- (iii) confirmação de cada hipótese de investigação por meio da referência a casos concretos julgados pelos Tribunais.

A confrontação é o ponto alto da investigação, pois oferece a oportunidade para a correção de conceitos¹³⁻¹⁴.

Adotaram-se também a linha de investigação exploratória e os métodos histórico e comparativo. Em uma perspectiva crítica, foram examinadas as noções de responsabilidade oferecidas pelo direito, filosofia e teologia, e os principais aspectos da evolução legislativa acerca da relevância penal da omissão.

O objetivo do estudo foi descortinar os fundamentos e limites da responsabilidade penal por omissão do dirigente de pessoa coletiva ou entidade equiparada, no horizonte de um direito penal constitucional e democrático, de modo a contribuir para que haja maior segurança e previsibilidade nos julgamentos pelos Tribunais.

¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd - **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. p. 536.

¹² PELUSO, Luis Alberto - **A filosofia de Karl Popper**. p. 70.

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos - **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. p. 16; ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando - **O método nas ciências naturais e sociais**. p. 139.

¹⁴ Conforme bem lembrado por Antonio Carlos Wolkmer, “A noção de crítica, para Popper, significa ‘a falsificação de uma hipótese dada, através de dados empíricos que demonstram o contrário ou devido à descoberta de erros lógicos no processo dedutivo’ [...]. [E] ‘crítica significa, para Adorno e os teóricos da Escola de Frankfurt, a aceitação da contradição e o trabalho permanente da negatividade, presente em qualquer processo de conhecimento.’” *Idem* - **Op. cit.** p. 130.

1. FUNDAMENTO MATERIAL DA RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE DE PESSOA COLETIVA¹⁵

Dissertar sobre o fundamento material da responsabilidade penal por crime omissivo impróprio é, em última análise, discorrer acerca da imputação individual por fato de outrem ou, como preferem alguns autores, responsabilidade penal compartilhada¹⁶.

Há um traço comum – estranho aos chamados delitos de ação própria – no delito omissivo impróprio, coautoria, associação ou organização criminosa, crimes agravados pelo pertencimento a estruturas de poder, crimes de concurso necessário e, nos sistemas que a admitem, responsabilidade da pessoa coletiva. Em todos esses casos, a resposta penal compreende a imputação individual de um fenómeno coletivo ou de outrem. Dito de outro modo, há aqui a imputação de resultados típicos de um indivíduo, muitas vezes autorresponsável, a outro indivíduo. A contribuição do imputado ao facto delituoso, no sentido causal, não é suficiente para explicar e justificar a reprimenda cominada no preceito penal, ainda que, no discurso jurídico, a punição louve-se no que ele fez ou deixou de fazer.

É indubitável que a realização de objetivos comuns no marco de estruturas sociais avulta a ocorrência de resultados lesivos a terceiros. Por isso, o delito, enquanto facto social, não pode ser compreendido apenas sob a ótica individual. O elemento organizativo está na raiz de muitos dos ilícitos praticados no contexto de organizações coletivas. Essa é, por exemplo, a opinião de Cigüela Sola, para quem as relações entre indivíduos no ambiente de organizações sociais complexas reduzem ou suprimem o poder de os indivíduos controlarem os seus comportamentos, multiplicando os riscos de práticas criminosas. Tem ele razão ao afirmar que, sem descurar as concausas históricas, o “componente organizativo” foi o agente propulsor da criminalidade político-totalitária e da criminalidade financeira e das mais variadas formas de corrupção que marcaram o século XX e as duas primeiras décadas do século XXI¹⁷.

Portanto, ele acrescenta, determinados tipos delitivos só podem ser compreendidos – ainda que do ponto de vista criminológico – em uma perspectiva *estrutural* ou *sistêmica*.

¹⁵ Kaufmann prefere a expressão “fundamento axiológico”. Cf. KAUFMANN, Armin - **Dogmática de los delitos de omisión**. p. 23 e ss.

¹⁶ Para uma crítica acerca da ideia de responsabilidade solidária ou subsidiária, cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – Os direitos humanos e o direito penal: uma (re)humanização emergente. p. 288, e VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho portugués: breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal**. p.14.

¹⁷ CIGÜELA SOLA, Javier - **El injusto estructural de la organización**. p. 2-3.

Ernst-Joachim Lampe reúne as figuras delitivas que apresentam o germe do fenômeno organizativo em uma categoria por ele denominada “injusto sistêmico” (*Systemunrecht*), a fim de extremá-las do injusto individual ou pessoal¹⁸. Argumentando que a lei penal alemã prevê alguns tipos de injustos sistêmicos, Lampe explica que nos crimes praticados no marco de estruturas organizadas de poder o desvalor da conduta de cada integrante não pode ser aferido de maneira estanque, mas no contexto do propósito coletivo e da atuação dos demais membros do grupo. Ele parte da premissa de que o ser humano é relacional, de modo que o indivíduo assume uma conduta peculiar de interação com o grupo e com a sociedade.

Ao esboçar o conceito de sistemas de injusto, Lampe tinha em mente os *vínculos organizados* de indivíduos. Estes são classificados em sistema simples de injusto, quando o vínculo é eventual e efêmero (*e.g.*, coautoria), e sistema constituído de injusto. Este último se dá quando o vínculo é duradouro e estável, e está alicerçado em uma estrutura hierarquizada e complexa, podendo ou não ser estabelecida em caráter formal. Seguindo esse raciocínio, o autor alemão afirma que uma empresa predisposta à prática de resultados lesivos ou ancorada em uma “filosofia criminógena” é exemplo de sistema constituído de injusto.

Lampe encontra a justificação da responsabilidade por injusto sistêmico ora no princípio ético-jurídico, ora na necessidade pragmática de desenvolver uma resposta penal mais efetiva contra um tipo de criminalidade que desafia o modelo tradicional de controle social, vocacionado para a proteção de bens jurídicos contra factos individuais.

Como se vê, o autor desenvolve a teoria apenas no horizonte da dogmática jurídico-penal. Mas a responsabilidade compartilhada ou coletiva, em seu sentido material, não consiste em uma categoria da teoria do delito. Segundo Nietzsche a história é testemunha de que a responsabilidade firmou-se como meio para tornar o homem confiável¹⁹.

É preciso, pois, ir além do enclave dogmático. A política, a filosofia, a teologia, a psicologia e a criminologia têm se ocupado cada vez mais da temática da interferência de fatores organizativos no cometimento de crimes e das condições de imputação do resultado lesivo aos integrantes da estrutura social, com ênfase àqueles que detêm poder de comando.

Passar em revista o que ensaiaram alguns filósofos e pensadores culturais sobre os conceitos de responsabilidade e culpa, quer sob a perspectiva jurídica, moral ou política, pode

¹⁸ LAMPE, Ernst-Joachim. Apud FARALDO CABANA, Patricia - **Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español**. p. 382-394.

¹⁹ NIETZSCHE, Friedrich - **Genealogia da moral: uma polêmica**. p. 48.

dar pistas do fundamento material da responsabilidade penal por fato de outrem, inclusive quando em jogo uma *omissão*, no sentido comum da linguagem.

Reconhecido que, no seio de uma estrutura organizativa, determinados comportamentos delitivos transcendem as contribuições individuais, no sentido metafísico, é de se indagar se os membros desse corpo coletivo são responsáveis por atos de outros integrantes do grupo, ou de seu conjunto, e sob quais condições e limites; e se uma responsabilidade assim estabelecida é conciliável com os sentimentos de justiça, individualismo, liberdade e responsabilidade individual erigidos como conquistas históricas da sociedade contemporânea²⁰.

Talvez as ciências humanas ainda não tenham logrado encontrar uma resposta unívoca a esses questionamentos, a qual é fulcral para o desenvolvimento de soluções normativas e metodológicas seguras para os problemas da responsabilidade penal dos dirigentes por resultados lesivos no contexto das estruturas organizativas por eles comandadas.

Seja como for, as reflexões teóricas enunciadas na sequência, algumas delas de matriz metafísica, prestam-se como um ensaio ou experimentação, no melhor sentido da perspectiva *popperiana*, do que pode ser um fundamento material da responsabilidade compartilhada no marco da criminalidade empresarial. Decerto a razão de ordem dessa responsabilidade descansa em aspectos mais profundos da cultura e da vida em sociedade e estão por ser descortinadas. Cientistas sociais e políticos, filósofos e pensadores do direito devem lançar-se a essa missão, tal qual o ambicioso arqueólogo em busca de um tesouro valioso que se sabe existente.

1.1 Hannah Arendt e o conceito de responsabilidade coletiva²¹

A autora, na esteira dos escritos de Feinberg, advoga que existe distinção entre responsabilidade e culpa. Daí sua tendência de fazer um recorte entre essas duas realidades e situá-las em campos conceituais diferentes.

²⁰ Smiley procurou responder a questões semelhantes em seu artigo “Responsabilidade coletiva”. Cf. SMILEY, Marion. Collective Responsibility - **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** [Em linha]. Palo Alto: Edward N. Zalta [Consult. 3 Fev. 2019]. Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/collective-responsibility/>>

²¹ ARENDT, Hannah - **Responsabilidade e julgamento**. p. 213-225.

Responsabilidade coletiva é vicária, ao passo que culpa é individual. Em outros termos, ela defende que haja responsabilidade por fato de outrem, mas não culpa, no sentido psicológico (*mens rea*, no direito anglo-saxão).

A assunção de culpa por um crime cometido por outro é, no dizer da filósofa, uma forma de exculpar o autor. Por isso, a culpa seria pessoal. Contudo, Arendt escreve que a relevância do conceito de responsabilidade coletiva diz respeito a questões políticas.

Dois seriam os requisitos para a responsabilidade coletiva: ser a pessoa responsabilizada por um ato que não cometeu e fundamentar-se tal responsabilidade no fato de a pessoa pertencer a um grupo. Portanto, o pertencimento é a fonte da responsabilidade coletiva. Daí a conclusão de que a responsabilidade coletiva é vicária, eis que independente de a pessoa concorrer para a prática do crime.

Segue a autora o seu raciocínio ao afirmar que o único modo de exonerar-se dessa responsabilidade política é renunciar ao vínculo com o grupo.

Arendt não deixa de reconhecer, em uma digressão que objetiva examinar os múltiplos sentidos de moralidade e ética, que a compreensão contemporânea de padrão moral é legado do cristianismo e que se trata de um padrão mais elevado do que o legal e o de usos e costumes. E enquanto esse padrão cristão de moralidade está centrado no 'eu', "no centro das considerações políticas da conduta está o mundo". Se assim é, constitui dever de todos os membros da comunidade política evitar o mal quer aos outros, quer a si mesmo, pois tanto aqueles como o 'eu' vivem juntos.

Ao discorrer sobre a fundamentação das regras morais, a autora desafia a existência de padrões morais universais não religiosos e não políticos. Depois de desconstruir a proposição socrática da não-contradição, Arendt assevera que a validade do Imperativo Categórico de Kant – única versão secular e não política de padrão moral, além da tese socrática – nunca foi demonstrada.

Enfim, ser a pessoa responsabilizada por um ato que não praticou (vicária) só encontra fundamento material na moralidade religiosa – por ser universal, transcendente e independer de aspectos de autoconsciência – e em considerações políticas. Sob este último viés, a responsabilidade coletiva é nada mais do que o "preço" que o indivíduo paga por ser incapaz de viver isolado dos demais. Trata-se de uma consequência inexorável da natureza relacional da raça humana.

A distinção entre culpabilidade e responsabilidade é o que mais interessa ao direito penal e ao esforço do presente estudo em apontar o fundamento material da responsabilidade por fato de outrem. Como salienta Cigüela Sola, os delineamentos feitos por Arendt, embora

não sejam inéditos, tendo sido ensaiados nos escritos de Feinberg e Jaspers, reserva à culpabilidade um juízo de censura “personalíssimo e intransferível”. A culpa é, pois, pessoal. A responsabilidade, por sua vez, é mais abrangente e “se abre a um conteúdo mais relacional”, a significar que um indivíduo pode ser responsabilizado pelo fato praticado por outros, como sucede nas posições de garantia da teoria da omissão²².

É um erro imaginar que a responsabilidade a que se refere Arendt é exclusiva da política. Suas reflexões têm em mira também a situação jurídica dos militares alemães de alta patente, como Eichmann, diante dos crimes perpetrados pelo nazismo e pela indústria da morte criada pelo regime.

Todos os que integravam a estrutura organizativa comandada por Hitler, ainda que não movidos em seu íntimo pelo mesmo sentimento atroz e facínora de seu *führer*, estavam sobremaneira enredados no aparato burocrático que sustentava e estimulava o assassinio em massa de inocentes. Eram como “engrenagens do sistema”, nas palavras de Arendt, de modo que a sua condição de membros da estrutura coletiva se mostra suficiente para a sua responsabilização penal. Daí afirmar-se que as organizações coletivas, quer se trate de partidos, estruturas de governo e empresas²³, imersas em um contexto criminógeno, acarreta a responsabilidade de seus membros, sobretudo os que ocupam as posições de comando, mesmo que o caso comporte censura individual (moral ou jurídica).

1.2 Frisch e a concepção da solidariedade da raça²⁴

A solidariedade desponta em alguns estudos como fundamento da responsabilidade por fato delituoso para cuja realização inexista contribuição ativa do imputado. Wolfgang Frisch examinou a questão sob esse ângulo em seu recente trabalho intitulado “Direito penal e solidariedade”.

Segundo Frisch, a maioria dos tipos não tem relação com a noção de solidariedade. São, ao revés, expressão da necessidade de equilíbrio entre liberdade e bens.

Porém, existem deveres específicos que não encontram outra explicação senão o da solidariedade. É o caso dos deveres de ação em relação ao crime de omissão de socorro, e dos

²² CIGÜELA SOLA, Javier - **La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta e una responsabilidad estructural de la empresa**. p. 44-45.

²³ *Idem*. **Op. cit.** p. 27 e 45-46.

²⁴ FRISCH, Wolfgang - **Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro** [Em linha]. Barcelona: InDret. N.º 4 (Out. 2016) [Acesso em 4 Fev. 2019]. Disponível em www.indret.com/pdf/1255.pdf

deveres de tolerância, no estado de necessidade. Como o autor busca enfrentar a questão de fundo referente ao emprego da solidariedade como limite e fundamento de determinados institutos penais (delimitação-legitimação), suas conclusões abarcam a teoria do crime omissivo impróprio.

Para o autor, solidariedade não encerra apenas conteúdo ético-social e político, isto é, pré-jurídico, e sintetizado na ideia de união, pertencimento, vínculo e dependência recíproca, da qual resulta a exigência de auxílio mútuo.

A par da solidariedade de conotação moral, há os deveres jurídicos de solidariedade, cuja realização, pelo menos em suas “consequências externas”, guarda sintonia com aquele sentido pré-jurídico. Mas nem tudo que envolve o conceito ético de solidariedade interessa ao direito penal. Sentimentos altruístas, cogitações, motivações e gestos de irmandade estão fora do âmbito penal, o qual comporta apenas condutas externas.

Mas o que torna uma conduta externa solidária no sentido ético em um dever jurídico cujo descumprimento acarreta a imposição de uma sanção? No caso dos tipos invocados pelo autor para ilustrar o seu raciocínio, o direito impõe uma extraordinária ingerência na esfera jurídica e na liberdade do indivíduo. Sendo assim, é necessária uma especial fundamentação, a qual também funcionará como limite dessa ingerência.

A tese do autor é a de que a finalidade do Estado, consistente em garantir a segurança dos cidadãos, na esteira das teorias contratualistas, tem como consequência a exigência de deveres de solidariedade. Ou seja, somente uma comunidade solidária torna viável a consecução do fim do Estado, pois as instituições estatais são incapazes de cumprir essa tarefa sozinhas.

Portanto, os deveres jurídicos de solidariedade encontram legitimação, na esteira da teoria do Estado, na decisão comum de proteção de bens. Esse objetivo é atendido em primeiro plano pelos órgãos do Estado, mantidos com a arrecadação de tributos, e também, em um segundo momento, por meio da exigência de certas condutas ou da tolerância de determinadas situações consideradas necessárias para a conservação da vida em comunidade.

Há, assim, harmonia entre a vontade e a autonomia individuais e os deveres de solidariedade impostos pelo direito penal. Em outras palavras, liberdade e segurança são justapostas em uma relação de concordância prática. Os deveres são o preço suportado para a redução dos agravos a bens considerados essenciais para a vida. Então, uma comunidade solidária é uma comunidade de regras de proibições e de determinações.

A proposta é melhor do que a apresentada pelo autor alemão em oportunidade anterior, em que buscava identificar o fundamento da responsabilidade penal de quem exerce

poder hierárquico no seio de uma organização. Na ocasião, Frisch pontuou que o dever de impedir resultados lesivos derivados de estruturas organizativas é consequência natural do exercício de liberdade na configuração da própria conduta no estabelecimento da organização. A responsabilidade seria o resultado de uma “ponderação de interesses”, isto é, um equilíbrio entre liberdades e ônus.

Como bem sintetizou Demetrio Crespo, essa “ponderação de interesses” esboçada por Frisch em sua primeira abordagem pode ser traduzida por uma ideia mais ampla de justiça material: quem explora uma atividade que provoca riscos a terceiros, e dela extrai vantagens, tem o dever de suportar a consequência de sua atividade²⁵.

Mas é impossível não concordar, no ponto, com Demetrio Crespo, para quem a ideia de que responsabilidade penal seria uma mera contrapartida à liberdade, que também aparece em escritos de Bottke e Lascuráin, afigura-se redundante e contraditória²⁶. Na verdade, não é exagero afirmar que essa suposta proposta normativa nada mais é do que uma noção extraída do senso-comum.

1.3 A teoria da ação significativa de Tomás S. Vives Antón²⁷

Em uma perspectiva oposta à concepção tradicional, Vives Antón não enxerga uma distinção ontológica entre ação e omissão. Ele refuta a ideia de que omissão ostentaria natureza negativa, ou seja, que seria um nada e, assim, não teria aptidão para “causar” o fato previsto na norma proibitiva.

Para o autor – que acrescenta uma página à filosofia de Wittgenstein e Habermas – , aquilo que faz com que uma ação seja tal, e não um mero fato, é o modo de interpretá-la. Ação e omissão em si mesmos considerados não são nada. Ao revés, assumem significado “em função de razões, crenças, desejos e fins”. A esse rol, pode-se acrescentar o elemento cognitivo, questão que será retomada mais adiante.

Portanto, a estrutura material da conduta não impõe sentido unívoco. Antes, as regras sociais conferem a substratos distintos – *facere* e *non facere* – significado idêntico.

Com isso, quer ele dizer que ação positiva e a omissão não remetem à existência ou inexistência de algo. Não são elementos dados ou extraídos da natureza pelo direito. Por isso, é de somenos importância se se trata de comportamento ativo ou comportamento passivo.

²⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo - **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. p. 152-153 e 156.

²⁶ *Idem. Op. cit.* p. 157.

²⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. - **Acción significativa y derechos constitucionales**. p. 603 e ss.

Interessa saber a atitude do sujeito, segundo os fins a que se dirige e suas intenções²⁸. E o que define e dá significado a essa atitude é a interpretação de acordo com a linguagem ordinária. Não se cuida, pois, de um produto dos quatro sentidos ou de qualquer elemento sensível, mas da “gramática”. Assim examinada a questão, ação e omissão ocupam o mesmo plano de conceitos como justiça e verdade.

Nessa perspectiva, a conduta, quer comissiva, quer omissiva, não indica existência, senão significado. Não é incorreto, pois, dizer que a omissão pode *causar* um resultado danoso. A causalidade, na linguagem comum, possui sentido mais amplo e é ditada pelos fins que o agente ou omitente persegue no mundo real. Em suma, causalidade não é um conceito físico, e sim, humano e teleológico.

A leitura feita por Vives Antón remete à concepção de Habermas sobre ação instrumental²⁹, caracterizada por não adotar o sujeito uma “relação comunicativa” diante do objeto, mas uma atitude unilateral ou monológica (não orientada ao entendimento com outros, como ocorre na prática delitiva).

O filósofo alemão explica que o sujeito pode praticar a ação instrumental (orientada a um fim), quer intervindo no mundo ou não. Quando deixa ocorrer o fato que se realizaria sem a sua intervenção, o sujeito, de qualquer forma, toma uma decisão equivalente à decisão de prover as condições sob as quais, segundo uma crença fundada nos sentidos, determinado objetivo seria realizado.

Deixar que determinado fato ocorra “só é fenomenologicamente uma não-ação”. Ainda nas palavras de Habermas, “omissão intencional de uma ação possível” equivale a uma ação, se o omitente crer que o resultado que não evitou cumpre as condições para a consecução do fim por ele almejado ou proposto³⁰.

Em um olhar mais acurado sobre essa passagem da obra de Habermas, percebe-se que há três momentos subjetivos e um momento objetivo na omissão. Os subjetivos são: (i) não evitar intencionalmente o curso causal; (ii) crença em que o curso causal produzirá determinado resultado; e, (iii) desejar ou aceitar esse resultado. O momento objetivo, a seu turno, consiste no resultado em si.

Nessa ordem de ideias, é possível falar-se que tanto a ação como a omissão causam, se uma e outra forem instrumentalizadas por fins, desejos, intenções, desprezo ou outras

²⁸ Neste estudo, critica-se a concepção de que o componente volitivo é essencial à caracterização do dolo.

²⁹ HABERMAS, Jürgen - **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. p. 235-237.

³⁰ *Idem*. **Op. cit.** p. 237.

motivações tomadas em consideração pela norma. O aspecto teleológico é determinante no processo de outorga de sentido, e essa função é cumprida pela linguagem comum.

Em síntese, ação e omissão não podem ser descritas, mas interpretadas à luz da gramática.

Sendo assim, o que Vive Antón propõe, na esteira da teoria da ação comunicativa, é uma “racionalidade imanente à linguagem” (Habermas)³¹. Como afirma o filósofo alemão, esse tipo de racionalidade é mais eficiente, pois os atos comunicativos controlam as interações sociais e exercem tarefas de reprodução social e de manutenção dos “mundos sociais de vida”³². Ou seja, a linguagem desempenha papéis de coordenação de ações e socialização de sujeitos.

1.4 Crítica

À luz da teoria significativa da ação o fundamento do delito omissivo e o fundamento do delito de ação seriam em princípio coincidentes. Ao transpor-se essa concepção para o tema em exame, poder-se-ia cogitar que a responsabilidade penal do dirigente de pessoa coletiva por resultados lesivos cometidos no contexto do funcionamento da empresa não possuiria um fundamento peculiar, diferente do que justifica a punição dos crimes de ação própria. Haveria uma equivalência, necessária no plano da causalidade, no fundamento da responsabilidade penal por crime comissivo por ação e omissão.

Examinando-se a teoria mais a fundo, todavia, verifica-se que ela não se contrapõe à teoria da solidariedade da raça enquanto fundamento material da responsabilidade penal por fato de outrem. É que a doutrina de Vives Antón não se ocupa dos motivos que levam a ciência penal a outorgar relevância à omissão – e nem é seu objetivo fazê-lo.

A teoria da ação significativa incide em um segundo momento, quando o fenômeno omissivo já fora tomado em consideração pelo direito e se expressa, no texto positivado, por meio da linguagem ordinária. Veja-se que Vives Antón reconhece que existe uma “estrutura natural da conduta”, a significar que o comportamento é ativo ou omissivo em sua origem³³. Habermas de modo similar afirma que a omissão distingue-se da ação enquanto substrato fenomênico³⁴.

³¹ HABERMAS, Jürgen - **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. p. 237.

³² *Ibidem*.

³³ VIVES ANTÓN, Tomás S. - **Acción significativa y derechos constitucionales**. p. 604, nota.

³⁴ HABERMAS, Jürgen - **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. p. 237. Segundo Tavares, “tanto em sua manifestação doutrinária quanto legislativa, os delitos omissivos se desenvolveram, primeiramente, sobre a base de uma equiparação entre ação e omissão e não, imediatamente, sobre a delimitação

Não se nega que ação e omissão possam ser reconduzidas a uma categoria unívoca no sentido empregado pela linguagem. Sendo assim, não constitui *contradictio in adjecto* falar-se em causalidade da omissão. Porém, se no plano fenomênico, ação e omissão são comportamentos humanos diferentes há que existir fundamento específico a justificar a equivalência entre elas no marco das consequências.

Consoante a doutrina de Kalfmann, no crime de ação o resultado lesivo é suficiente; no delito comissivo por omissão, exigem-se o resultado e a posição de garantia, contrapeso inexistente no primeiro e necessário para que a equivalência com a ação tenha repercussão penal. Por isso, a ciência jurídica propôs a introdução, na parte geral dos códigos, da figura da posição de garante, a qual funciona como um redutor do campo de imputação.

Sem embargo, apelar-se à previsão legal do garante não responde à questão proposta neste capítulo. Cuidando-se de uma reflexão, ainda que breve, sobre os aspectos fundantes de um modelo punitivo acolhido em diversos sistemas jurídicos, é necessário determinar o que há em comum entre o sujeito que assume o dever de proteção por ato de vontade e aquele que suporta o encargo por disposição legal ou pela secular figura da ingerência, hipóteses tão discrepantes.

Então, qual é o fundamento material da omissão delitiva, de que depende o intérprete durante a atividade de concretização da norma? Um retorno a Kant pode lançar luz a essa questão. A punição do delito de ação própria, na linha da filosofia kantiana³⁵, funda-se na liberdade (do outro). Ou seja, a determinação do fundamento é ditada pelo *corretivo* que se afigura necessário para o substrato fenomênico ou *modo de ser* do comportamento humano ativo. *Mutatis mutandis*, a punição do delito de omissão – ou, em geral, a punição por fato de outrem –, encontrará a sua fonte axiológica também no que se apresenta como antítese do *non facere* qualificado.

O direito penal moderno, fundado por Feuerbach e desenvolvido desde então segundo uma visão liberal³⁶, é refratário à ideia de punição da omissão³⁷. O liberalismo reinante nos séculos XVIII e XIX, muito bem condensada na lei universal de Kant e que se impôs ao

do dever de impedir o resultado. A questão jurídica, portanto, que está na base do panorama de crise se situa em determinar como se procede, primeiramente, à unificação e, depois, à diferenciação entre *ação e omissão*” (TAVARES, Juarez - **Teoria dos crimes omissivos**. p. 30).

³⁵ “O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal da liberdade [...]” O princípio universal do direito – qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (KANT, Immanuel - **A metafísica dos costumes**. p. 76-77).

³⁶ ROJAS, Luis - **Delitos de omisión entre libertad y solidaridad**. p. 683.

³⁷ Em sentido semelhante, v. ROJAS, Luis - **Delitos de omisión entre libertad y solidaridad**. p. 683-684.

direito penal, só legitima a pena enquanto forma de cerceamento da liberdade individual³⁸, na medida em que se mostrar necessária para assegurar a liberdade do outro. Sendo assim, não há aqui espaço para a punição da omissão, pois, do ponto de vista fenomênico, a “libertad no puede verse afectada mediante omisión”³⁹.

Nesse sentido, como afirma Rojas⁴⁰, há que se buscar outro fundamento jurídico para a punição da omissão, que, entretanto, torne justa a imposição ao sujeito do dever de realizar uma atividade – contrariando a sua liberdade original – e que seja apta a impedir o resultado (jurídico) descrito na norma penal. E o fundamento jurídico que ostenta essa virtude é, sem dúvida, a solidariedade, por ser definida como a obrigação de proteção recíproca e mútua assistência – a antítese da omissão segundo uma concepção racional. Trata-se, pois, de um fundamento dotado de causalidade.

Outras três razões alicerçam a conclusão de que a punibilidade da omissão tem na solidariedade da raça humana o seu fundamento último. Em primeiro lugar, nenhum outro postulado ostenta tal rendimento, se se considerar que o dever de evitação, sintetizado na figura do garante, implica em uma conformação limitadora dos perímetros da liberdade individual já definidos e assegurados pelo direito. Se a norma proibitiva define *ex ante* o âmbito de liberdade garantida pelo direito a cada membro da comunidade jurídica, a norma penal mandamental opera *ex post*, instituindo sínopes nessa esfera reservada ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Por isso (i) ambas não podem ter a mesma justificação e (ii) o fundamento desta é superior ao daquele.

A solidariedade é a *ratio essendi* da natureza relacional da humanidade. Sem a mútua proteção e o sentido de corresponsabilidade a guiar os comportamentos humanos, a convivência em comunidade seria inviável.

A história é testemunha de que a expansão dos delitos de omissão e das várias formas de punição por fatos de outrem se intensificam em épocas de retração dos valores fragmentários do individualismo. Como bem resume Alcácer⁴¹, solidariedade é o antônimo de autonomia. Foi assim no período que sucedeu à Segunda Guerra. Depois de permanecer durante a primeira metade do século XX como uma doutrina marginal, a dogmática dos delitos de omissão ressurgiu com força à sombra dos escombros do conflito⁴². Por isso, Jaspers e Hannah

³⁸ KANT, Immanuel - **A metafísica dos costumes**. p. 205-206.

³⁹ ROJAS, Luis - *Op. cit.*, p. 684.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Apud ROJAS, Luis. *Op. cit.*, p. 685, nota 10.

⁴² ROJAS, Luis - **Delitos de omisión entre libertad y solidaridad**. p. 685.

Arendt trazem à lume nesse período a ênfase na *responsabilidade pelas consequências*, em contraposição à *responsabilidade pela ação*.

De resto, a concepção jurídica de solidariedade não padece das fragilidades da teoria da justiça material, invocada por Frisch como fundamento da punição da omissão em seus primeiros escritos. Antes, tem por pressuposto indeclinável o fato de que os seres humanos reunidos em sociedade são relacionais e interdependentes. O indivíduo só é considerado como tal em função de sua relação com outros indivíduos e com a sociedade em que está inserido. Sendo assim, o individualismo é um conceito relacional.

1.5 Fonte histórica

Insta apontar a fonte histórica onde o direito penal abebera-se da ideia de solidariedade.

Essa influência não pode ser tributada aos jurisconsultos romanos. É consenso que o direito romano punia a omissão em situações muito restritas, reforçando um modelo de justiça estratificado. Escravos e soldados eram punidos se não protegessem seus senhores e superiores⁴³. Jakobs escrevera que o primeiro delito omissivo no direito romano foi o de abandono de cargo público⁴⁴. Posteriormente, o Império Romano passou a reprimir o abandono do filho recém-nascido (*expositio*) com a mesma pena cominada ao crime de homicídio, mas apenas em algumas hipóteses⁴⁵.

Nelson Hungria e Heleno Fragoso advogam que o dever genérico de solidariedade humana foi afirmado pelo direito canônico. De fato, o Decreto do monge glosador Graciano (séc. XII), a primeira obra a integrar o *Corpus Juris Canonici*, enunciava: *qui socii non repellit injuriam, similis est ei, qui facit* (C. XII).

O verbo empregado pelos juristas – “afirmar” – é apropriado, pois a codificação do direito canônico do século XII resultou da glosa de normas anteriores baseadas na interpretação das Escrituras e em compilações, decisões de concílios, tradições da igreja católica e outros

⁴³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio - **Comentários ao código penal**. p. 439. Segundo os autores, prevalecia a regra “*nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest* (Dig., 50, 17, 109)” (*Ibidem*).

⁴⁴ JAKOBS, Günther – **A imputação penal da ação e da omissão**. p. 3.

⁴⁵ LEITE, André Lamas – **As “posições de garantia” na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal**. p. 22-23. A norma não era inspirada por valores morais. Isso porque, conforme lembra Lamas Leite, o ato de abandono da criança só era punido se o *pater* houvesse previamente aceitado a paternidade, à qual poderia renunciar (v. nota).

escritos eclesiásticos, todos fundados na Bíblia (*ratio scripta*)⁴⁶. Note-se que a declaração de Graciano é inspirada em Tiago 4:17: “Aquele, pois, que sabe fazer o bem e não o faz, comete pecado”.

Dito isso, é de se concluir que a Bíblia – a base do direito israelita – é a fonte mais antiga do princípio da solidariedade humana. A Torá começou a ser escrita por Moisés no ano de 1462 a.C.⁴⁷.

No Livro de Levítico, está escrito que “se alguém pecar porque, sendo testemunha de um fato que viu ou ficou sabendo, não o quis revelar, mesmo sob ameaça de maldição, essa pessoa levará a sua iniquidade” (5:1). Em Êxodo, cap. 21, Moisés escreveu que “Se o boi já antes costumava chifrar, e o seu dono sabia disso e não o prendeu, e o boi matar um homem ou uma mulher, o boi será apedrejado, e também será morto o seu dono”. Se a vítima de lesão corporal fosse escravo, a Torá previa uma alternativa à pena de prisão para o proprietário do animal que não adotara as medidas de proteção da fonte de perigo: “Se o boi chifrar um escravo ou uma escrava, o senhor deles receberá um pagamento trezentos e sessenta gramas de prata, e o boi será apedrejado”.

Vejam-se outras normas dispensadas por Moisés ao povo hebreu que estabeleciam punições de comportamentos omissivos:

“Se alguém deixar aberta uma cova ou se alguém cavar uma cova e não a tapar, e nela cair um boi ou um jumento, o dono da cova pagará o valor do animal; pagará dinheiro ao seu dono, mas o animal morto será seu” (Ex. 21:33).

“Quando você construir uma casa nova, faça um parapeito no terraço, para que você não traga culpa de sangue sobre a casa, se alguém de algum modo cair do terraço” (Dt. 22:8).

“A pessoa que se mostrar orgulhosa e não der ouvidos ao sacerdote, que está ali a serviço do Senhor, seu Deus, nem ao juiz, essa será morta. E assim vocês eliminarão o mal de Israel” (Dt. 17:12).

Não por acaso esses mandatos de auxílio baseiam-se na concepção de solidariedade da raça. A sociedade hebraica retratada nas Escrituras é marcada pela unidade e coletivismo. Tal era a interdependência dos hebreus em torno do patriarca ou líderes tribais, que os estudiosos da cultura semita empregam as expressões personalidade coletiva, solidariedade da

⁴⁶ ROESLER, Claudia Rosane - A estabilização do direito canônico e o decreto de Graciano. Florianópolis: UFSC, 2004. N. 49 (Dez. 2004). p. 12-20. ISSN 2177-7055.

⁴⁷ REESE, Edward; KLASSEN, Frank – **A Bíblia em ordem cronológica**. p. 122. Segundo E. Otto, “o berço da democracia moderna não se encontra somente em Atenas, mas também em Jerusalém” (Apud SKA, Jean-Louis. **O direito de Israel no Antigo Testamento**. p. 18). Para Jean-Louis Ska, o direito bíblico, de modo indireto, exerceu influência decisiva na evolução do direito ocidental (*Op. cit.*, p. 20).

raça e aliança como resumo da constituição do regime jurídico vigente naquela sociedade antiga⁴⁸.

Segundo Wright⁴⁹, os escritores da história bíblica descrevem uma sociedade responsável no sentido coletivo. E essa noção de responsabilidade coletiva se propaga horizontalmente, na comunidade, e verticalmente, entre diferentes gerações.

Ilustra esse raciocínio a passagem de Êxodo 32. As noções de coletivismo ou responsabilidade vicária refletiam no ritual da expiação, em que o sumo sacerdote assumia a culpa de toda a congregação no momento em que imolava o animal, como um sacrifício pelos pecados do povo⁵⁰. A autoridade eclesiástica máxima da nação assumia a culpa da nação antes de imolar o animal, antevendo, assim, o sacrifício vicário do Messias na cruz.

Por conseguinte, o tema da punição da omissão não surge com a doutrina moderna do contratualismo. É muito mais antiga. Os valores judaico-cristãos da solidariedade humana e responsabilidade vicária, por meio do direito canônico, influenciaram a formação do direito penal europeu e, por meio deste, os sistemas penais dos países latino-americanos⁵¹. Por isso, não é coincidência que Hannah Arendt, filósofa política alemã de origem judaica, tenha empregado a expressão responsabilidade vicária para descrever a responsabilidade do indivíduo e da nação pelos crimes praticados por meio da instrumentalização de estruturas organizadas.

Outros três fatores comprovam a influência da cosmovisão judaico-cristã na formação do direito penal moderno: primeiro, há múltiplos exemplos de tipos de causalidade transcendente nos códigos penais. Segundo, esse modelo punitivo, centrado não apenas no injusto individual, difundiu-se em diversos sistemas penais e permaneceu incólume nas legislações nacionais durante o movimento reformista deflagrado no último quartel do século XX, tendo sido até ampliado em alguns casos, denotando o caráter universalista da ideia de solidariedade. Terceiro, o direito canônico, ao contrário do direito romano, previa regras gerais de punição da omissão, aplicáveis a qualquer um⁵². A igualdade perante a lei, que vinculava

⁴⁸ Em sentido semelhante, v. SKA, Jean-Louis - **O direito de Israel no Antigo Testamento**. p. 43-44.

⁴⁹ WRIGTH, Christopher J. H. - **A missão de Deus: desvendando a grande narrativa da Bíblia**. p. 450.

⁵⁰ SHEDD, Russel P. - **O homem em comunidade: a solidariedade da raça na teologia de Paulo**. p. 103-104.

⁵¹ Segundo Berman, a formação dos sistemas jurídicos ocidentais foi fortemente influenciada, nos séculos XII e XIII, pela revolução papal, a qual “liberated the hierarchy of the Roman Catholic Church from control by emperors, kings, and feudal lords, and resulted in the creation of the first modern Western legal system, the Roman Catholic canon law. Partly in response, secular systems of royal law, feudal law, urban law, and mercantile law were gradually created throughout Europe. The dualism of spiritual and secular jurisdictions and the pluralism of secular jurisdictions within the same polity were at the heart of the formation of the Western legal tradition”. Harold J. Berman - **Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition**. [Livro electrónico]. [Não paginado] [pos. 19-22].

⁵² Escreve Tavares que no direito canônico “respondia pelo crime quem não houvesse impedido o ataque a seu companheiro: *qui enim non repellit a sócio injuriam, si potest, tam est in vitio, quam ille, qui facit* (C. 7 C 23. 9. 3). Na mesma passagem, o autor cita fontes posteriores dos delitos omissivos, como as Ordenações Filipinas de

inclusive os reis hebreus e suas famílias, foi uma das mais importantes heranças do direito bíblico para a teoria da democracia e evolução do direito penal⁵³.

1.6 Evolução legislativa

Como mencionado, o direito romano possuía regramento muito restrito acerca da omissão delitiva. E tanto no direito romano, como no direito comum, não se desenvolvera uma equiparação geral entre a ação e a omissão⁵⁴. Durante a vigência deste último, a punição da conduta omissiva era excepcional⁵⁵.

O direito canônico punia a *expositio* (abandono ou infanticídio), cominando ao autor a pena do homicídio⁵⁶, e a injúria, além de outros tipos de crime omissivo. Mas como mencionado, o principal legado do direito canônico para a configuração do instituto da omissão delitiva no direito penal moderno foi a natureza universalista de suas regras.

Em relação à Alemanha, que possuía o maior número de leis penais na época⁵⁷, Schünemann lembra que o legislador do século XIX não estava “em condições” de dar corpo à teoria do dever jurídico formal de Feuerbach, então prevalecente e que fundava o dever especial de impedir o resultado típico na lei e no contrato. Assim, os códigos da época se limitaram a estabelecer a punição da omissão em termos gerais, transferindo à jurisprudência a tarefa de formular os pressupostos de aplicação da teoria. Isso se repetiu nas edições dos vários códigos penais regionais da Alemanha dos séculos XVIII e XIX⁵⁸, a começar pelo *Codex Juris Bavaciri Criminalis* de 1751⁵⁹.

O direito português conheceu primeiramente a figura da omissão própria. Tratava-se do crime de *bannum* ou desobediência a ordens judiciais. Mas outros delitos omissivos foram

1603, os trabalhos doutrinários dos juristas alemães Winkler e Westphal, além dos códigos penais de alguns estados do antigo Sacro Império Romano-Germânico, todos do século XVIII, (TAVARES, Juarez - **Teoria dos crimes omissivos**. p. 31).

⁵³ “A teologia que se extrai desses textos fundamentais do Pentateuco estabelece, do ponto de vista que nos interessa, três axiomas fundamentais da constituição jurídica do povo de Israel: a igualdade perante a lei, a evolução do direito e consentimento como base do direito” (SKA, Jean-Louis - **O direito de Israel no Antigo Testamento**. p. 36).

⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd - **Fundamentos y limites de los delitos de omisión impropia**. p. 79.

⁵⁵ LEITE, André Lamas – **As “posições de garantia” na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal**. p. 23.

⁵⁶ LEITE, André Lamas – *Op. cit.*, p. 22-23.

⁵⁷ “No séc. XIX, mais propriamente até 1871, 38 Códigos Penais haviam entrado em vigor no espaço geográfico hoje correspondente à Alemanha, merecendo especial destaque a codificação prussiana (1843) que considerava habitual afirmar-se que qualquer delito podia ser cometido através de um *omittere* [...]” (LEITE, André Lamas – **As “posições de garantia” na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal**. p. 25.

⁵⁸ SCHÜNEMANN, Bernd - **Fundamentos y limites de los delitos de omisión impropia**. p. 79-81.

⁵⁹ TAVARES, Juarez - **Teoria dos crimes omissivos**. p. 32.

estabelecidos, tanto no Código Criminal de 1886 como nas Ordenações, como os crimes de não pagar tributos, delitos omissivos funcionais e delitos e não obedecer às ordens do poder régio⁶⁰.

Em texto anterior, escrevemos o seguinte:

O Código Criminal de 1886 conferiu relevância penal à omissão em sua parte introdutória. Dizia o art. 5º daquele diploma que “Nenhum facto, ou consista em acção ou em omissão, pode julgar-se criminoso, sem que uma lei anterior o qualifique como tal”. Além disso, o Livro Segundo, que dispunha sobre “os crimes em especial”, previa delitos omissivos, como os do art. 135.º (não professar a fé católica), 139.º (omitir-se o clérigo a administrar os Sacramentos), 157.º (deixar o empregado diplomático de prestar proteção a português em país estrangeiro), 188.º (deixar de prestar serviço de interesse público ou desobedecer à ordem de autoridade), 275.º (monopólio), entre outras figuras. Sem embargo, em geral, nos séculos XIX e XX, as codificações dos países europeus concederam pouco espaço ao desenvolvimento da dogmática da omissão penal⁶¹.

No Brasil, o Código Criminal do Império também disciplinou a omissão em sua parte geral, na linha dos códigos regionais da Alemanha. No art. 2º, o estatuto estabelecia: “Julgar-se-á crime, ou delito: [...] Toda a acção, ou omissão voluntária contrária às Leis penais”. Os art. 125, 129, 153, 154, 156 e 183 previam tipos específicos de omissão.

⁶⁰ LEITE, André Lamas – **As “posições de garantia” na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal.** p. 27-30.

⁶¹ LOBÃO, Marcelo Meireles - **Responsabilidade penal por omissão nos crimes empresariais.** p. 10 [Cf. *supra* nota 6].

2. RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES EMPRESARIAIS

Como observa com descortino Silva Sánchez, na delinquência empresarial, o mais comum é que o executor direto, situado nos estamentos inferiores da estrutura hierárquica, não ostenta a qualidade de protagonista do fato criminoso⁶².

Convém, pois, passar em revista as formas de imputação dos delitos que apresentam semelhante configuração para, ao final, realçar a relevância da omissão imprópria como forma de atribuição de responsabilidade penal no campo da criminalidade empresarial.

2.1 Responsabilidade indireta ou subsidiária

Em um época em que a sociedade ocidental assiste ao recrudescimento de leis preordenadas a punir pessoas coletivas⁶³, vem à tona o questionamento se essa seria uma forma de responsabilização penal indireta ou subsidiária por crimes praticados pelas pessoas naturais que ocupam os postos diretivos da empresa.

De fato, esse tema é lembrado sempre que o tema da responsabilidade penal de pessoa coletiva é posto em debate. Afinal, quem atua ou se omite, beneficiando-se de sua conduta, são as pessoas naturais. Por isso, a punição da pessoa coletiva opera como uma forma vicariante de responsabilização penal por fatos delituosos de seus integrantes.

A redação do art. 31**bis** do Código Penal espanhol realça essa perspectiva. O dispositivo, inserido pela Lei orgânica n. 5/2010, de 22 de junho, e que marcou a introdução no direito penal espanhol da responsabilidade penal da pessoa coletiva, pune esta última por delitos cometidos, em seu nome e benefício, por seus representantes legais ou aqueles que, atuando sozinhos ou como integrantes de um órgão diretivo, estão autorizados a tomar decisões em nome da pessoa coletiva ou possuam faculdades de organização e controle dentro dela.

A segunda parte do preceito estabelece que a pessoa coletiva pode ser punida por delitos praticados por subordinados. Porém, nesse caso, além de os delitos terem sido cometidos em nome ou por conta da pessoa coletiva e em seu proveito, é mister que os

⁶² SILVA SANCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 98-99.

⁶³ Muitos países europeus, como a Bélgica, Dinamarca, França, Reino Unido, Holanda, Portugal e Espanha, introduziram em seus sistemas jurídicos a responsabilidade penal de pessoas coletivas. Cf. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de - *Societas delinquere potest? Desafios e perspectivas da recente reforma do Código Penal Espanhol*. p. 499.

ocupantes de funções de organização e controle tenham incumprido os deveres de “supervisão, vigilância e controle” sobre o executor do fato.

Enfim, o direito positivo espanhol corrobora a assertiva de que a responsabilidade penal de pessoa coletiva apresenta-se como uma forma de repressão a ações e omissões imputáveis aos gestores da entidade, por ação ou omissão.

O direito português orienta-se à sombra de uma política criminal semelhante. De acordo com o art. 11.º do Código Penal, a punição da pessoa coletiva, a pressupor que o delito tenha sido cometido em seu nome e no interesse coletivo, depende ainda de que o fato tenha sido perpetrado por pessoas que ocupem uma “posição de liderança” ou que estas tenham violado os deveres de vigilância ou controle sobre subordinados.

O n. 9 do art. 11.º não deixa dúvida quanto à opção do legislador português pelo modelo de responsabilidade penal vicariante. O preceito estabelece que as pessoas que ocupem uma posição de liderança são, em determinadas situações descritas pelo legislador, “subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas e indenizações” a que pessoa coletiva for condenada. Por isso, a reforma do Código Penal português mereceu, no ponto, a crítica de Manuel Monteiro Guedes Valente, para quem a responsabilidade penal subsidiária consagrada no n.º 11 do art. 11.º contrasta com os princípios da personalidade e intransmissibilidade da responsabilidade penal, previstos no art. 30º da Constituição da República⁶⁴.

O direito brasileiro ainda não possui regra geral de responsabilidade penal da pessoa coletiva. Esta última só é punida por crimes ambientais e econômicos. De todo modo, o modelo brasileiro de responsabilidade penal da pessoa coletiva experimentou mudança significativa por obra da jurisprudência. Por muitos anos, prevaleceu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a leitura de que a punição da pessoa coletiva estava condicionada à responsabilização simultânea da pessoa natural. Tratava-se do princípio da dupla imputação (coautoria necessária), concebido pelo Tribunal sob o fundamento de que “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física [natural], que age com elemento subjetivo próprio”⁶⁵.

⁶⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal portugués: breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal**. p. 14-15.

⁶⁵ DIPP, Gilson relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número Resp nº 564960/SC (5ª Turma), de 2 de Junho de 2005** [Em linha]. [Consult. 23 Jul. 2019]. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=564960&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=trua>

Todavia, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2013 superou o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Entendeu aquele tribunal que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, não permite a interpretação de que a responsabilidade penal da pessoa coletiva depende da simultânea persecução penal da pessoa natural⁶⁶. Como isso, a teoria da dupla imputação foi abandonada.

De todo modo, o delito imputado à pessoa coletiva ainda é compreendido, no direito penal do ambiente brasileiro, como uma ação ou omissão de pessoas investidas de funções de direção ou supervisão. Perlustrando essa linha de pensamento, o Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, em recente julgado, afirmou que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, impede a responsabilização penal da pessoa coletiva por condutas de pessoas que não ocupem postos de comando⁶⁷.

A doutrina reflete o texto do art. 3º da Lei 9.605/98, de 12 de Fevereiro, que estatui que as pessoas coletivas serão responsabilizadas quando o delito for perpetrado “por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício” da entidade.

Se a ameaça de punição, prevista no tipo penal, constitui uma forma de prevenção geral e especial da prática delitiva – ou retribuição comunicativa, segundo a perspectiva funcionalista –, a responsabilização penal da pessoa coletiva consiste, em última instância, em uma forma de prevenir condutas ilícitas realizadas por pessoas investidas de poderes decisórios no âmbito de organizações empresárias (teoria da representação).

Contudo, essa modalidade de resposta penal se mostra insuficiente. As penas possíveis às pessoas coletivas, se impostas isoladamente, podem não resultar na cessação ou inibição da prática delitiva. Basta lembrar que os sócios ficariam livres para constituir outras empresas e continuar desenvolvendo uma atividade contrária ao direito e danosa à sociedade.

⁶⁶ WEBER, Rosa relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com o número RE 548181 (Primeira Turma), de 6 de Agosto de 2013** [Em linha]. [Consult. 23 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+E+%28548181%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxcwgbwz>. Em 2011, o Tribunal, em acórdão conduzido pelo voto do Ministro Dias Toffoli, já havia sinalizado, a título de *obiter dictum* e com esteio nas doutrinas de Uadi Lammêgo Bulos e Roberto Delmanto, que “a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural”. TOFFOLI, Dias relat. Acórdão do Supremo Tribunal Federal de número AgR no RE 628582 (Primeira Turma), de 6 de Setembro de 2011. [Em linha]. [Consult. 23 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000170958&base=baseAcordaos>.

⁶⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum relat. - **Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região com o número 0010064-78.2005.4.04.7200 de 11 de Setembro de 2012** (ACR - Apelação criminal) (8.^a Turma). [Em linha]. [Consult. 31 Jul. 2019]. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5079569

Além disso, no Brasil, apenas crimes ambientais e econômicos são suscetíveis de serem imputados às pessoas coletivas. Em Portugal, somente os tipos dos art. 152.º-A e 152.º-B, 159.º e 160.º, 163.º a 166.º (sendo a vítima menor), 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, além de outros previstos em leis extravagantes⁶⁸, podem ser cometidos por pessoas coletivas⁶⁹. Assim, se inexistissem formas mais alargadas de repressão aos crimes empresariais, o espectro protetivo do direito penal econômico seria algo limitado, esvaziando-se a sua razão de ser.

Acresce-se que muitos doutrinadores e tribunais são refratários a uma ampla responsabilidade penal da pessoa coletiva. Por exemplo, Carlos Gómez-Jara Díez, baseado no construtivismo operativo de Lumahn, sustenta que nem todas as pessoas coletivas são passíveis de responsabilização penal. Apenas as que atingiram maior grau de complexidade e autorreferência (ideia concebida a partir da noção de sistema autopoietico) seriam capazes de culpabilidade.

Além do mais, segundo o autor, a pessoa coletiva só responde por infrações que, a par de pertencerem ao seu âmbito organizativo, tenham sido praticadas pelo *alter ego* da entidade e sejam decorrentes de uma “organização defeituosa” (cultura empresarial contrária ao direito)⁷⁰.

Diante disso, se o direito penal econômico estiver estruturado com maior ênfase sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, muitas normas penais, proibitivas e mandamentais, perderão a sua eficácia no contexto dos delitos empresariais.

2.2 Comparticipação

Recorrer à comparticipação criminosa como única forma de imputação ao gestor da empresa de delitos perpetrados por seus subordinados, como aventado por alguns autores⁷¹, revela-se insatisfatória.

⁶⁸ SILVA, Germano Marque da – **Direito penal português: teoria do crime**. p. 345.

⁶⁹ V. art. 11.º do Código Penal português.

⁷⁰ Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos – **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. p. 17-42.

⁷¹ “[...] Algunos autores defienden la solución de la ‘coautoría’, pese a que el directivo no lleva a cabo actos de ejecución en sentido estricto, em virtud del dominio del hecho material como dominio de la decisión. Con este fundamento se ha defendido incluso la posibilidad de la coautoría imprudente, si bien su ámbito de aplicación se ciñe em general al círculo de personas situadas en una misma esfera”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo – **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. p. 38.

A participação (*concurso delinquentium*) é uma forma compartilhada de realização do delito, em que dois ou mais sujeitos executam o injusto típico, implicando na reponsabilidade de cada um deles pelo todo, na medida de sua culpabilidade. O agente não responde apenas pelo que executou, mas pela totalidade do injusto típico, ao que a doutrina denomina “imputação objetiva recíproca”⁷².

Não há dúvida de que o administrador da organização empresária pode concorrer para o delito executado por um subordinado na condição de coautor, material ou moral, ou cúmplice. Quanto a isso, não há objeção. Será coautor se realizar a conduta típica, ou parte dela, em comunhão de desígnios com seu subordinado (domínio da própria ação); prestar-lhe uma contribuição essencial à realização do fato, ainda que não seja típica, em conformidade com o plano global e mediante divisão de tarefas (domínio funcional); ou, determiná-lo a praticar o fato (instigação)⁷³⁻⁷⁴. Veja-se que em todas essas situações o gestor terá o poder de determinar o *ser* e o *como* da realização típica. Daí afirmar-se que o administrador da empresa responderá, nessas hipóteses, na condição de autor.

De outro lado, ele será cúmplice se prestar outro tipo de auxílio moral ou material ao executor.

Entretanto, a moderna criminalidade econômica parece não se amoldar a esses critérios tradicionais de imputação. Organizações empresárias, máxime as de grande porte, podem ostentar uma estrutura orgânica predisposta a produzir processos causais ilícitos, como que uma engrenagem em movimento, sem que seja possível determinar a autoria em sua acepção tradicional. A existência de múltiplas instâncias decisórias e o distanciamento entre a resolução e a sua execução tornam difícil, senão quase impossível a aplicação das normas sobre participação criminosa, embora seja certo que a pessoa coletiva não age por si.

Os crimes ambientais são exemplos arquetípicos dessa nova realidade que desafia as categorias clássicas do direito penal. Há pouco tempo, a sociedade brasileira assistiu a mais um rompimento de barragem de rejeitos de mineração, desta vez com um rastro ainda maior de prejuízos materiais, danos ao patrimônio ambiental e aos ecossistemas naturais e grande perda de vidas humanas, com 270 mortos e desaparecidos⁷⁵. A causa mais provável do desastre em

⁷² KINDHÄUSER, Urs – **Cuestiones fundamentales de la coautoría**. p. 53-70; SILVA, Germano Marque da – **Direito penal português: teoria do crime**. p. 345.

⁷³ Parte-se do pressuposto de que, nos delitos empresariais, o subordinado é penalmente responsável, e não um mero instrumento, cuja vontade é dominada por seu superior hierárquico. Daí o emprego da expressão “coautor”.

⁷⁴ Vale lembrar que, no direito português, o gestor pode responder pelo delito autônomo previsto no art. 297º do Código Penal, em caso de provocação ou incitação de seus empregados à prática de um crime determinado.

⁷⁵ PAES, Cíntia - **Brumadinho: bebês de grávidas mortas em desastre não estão em listas oficiais de vítimas** [Em linha]. Belo Horizonte: G1 Minas, 2019. [Consult. 2 Ago 2019]. Disponível em

Brumadinho, MG, foi o processo utilizado para a construção e ampliação da barragem: alteamento “a montante”, o método construtivo de menor custo, porém, o mais suscetível à liquefação e desmoronamento⁷⁶.

Essa também foi uma das causas determinantes do rompimento, três anos antes, de outro reservatório mantido pela mesma empresa: a Barragem Fundão, situado no Município de Mariana, MG. As causas do desastre estão descritas em laudos periciais que instruem a ação penal em curso na Justiça Federal brasileira⁷⁷.

A questão que se coloca é que não parece ser idôneo perquirir sobre autoria ou cumplicidade – no sentido tradicional – nesses contextos fáticos. A problemática invade outros domínios, caracterizados pela fluidez do processo decisório, e pela existência de um hiato espaço-temporal entre a decisão e a execução. Danos ilícitos provocados por produtos perigosos no mercado de consumo, fraudes financeiras, sonegação fiscal, crimes contra a saúde pública e, em geral, delitos que afetam bens jurídicos transindividuais apresentam tal tessitura na sociedade contemporânea, em que imperam não apenas atividades de risco, mas *processos* produtivos de risco.

A criminalidade empresarial assoma outro fenômeno a esse ambiente já complexo: a fragmentação do *iter criminis*. O delito, não raro, resulta de uma convergência de processos causais sinérgicos favorecidos pela estrutura organizativa, como parece ter ocorrido nos casos dos rompimentos das duas barragens em Minas Gerais. A parafrasear Kai Ambos, a organização funcionou como “parte e motor do injusto do sistema” e “ponto de referência da imputação” dos inúmeros crimes ambientais e dos quase 300 homicídios contabilizados nos desastres⁷⁸.

O injusto estrutural é ainda marcado pela existência de múltiplas divisões de competências, nos planos horizontal e vertical, e de um órgão colegiado no extremo da cadeia decisória. Tudo isso adiciona um novo elemento a um tema já bastante intrincado⁷⁹.

<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/25/brumadinho-bebes-de-gravidas-mortas-em-desastre-nao-estao-em-listas-oficiais-de-vitimas.ghtml>

⁷⁶ NOSSA opinião: especialistas da Escola Politécnica comentam tragédia em Brumadinho. **Universidade de São Paulo** [Em linha]. São Paulo. (2019). [Consult. 2 Ago. 2019]. Disponível em <https://www.poli.usp.br/noticias/9789-nossa-opinioao-especialistas-da-escola-politecnica-comentam-tragedia-em-brumadinho.html>; SÁ, Gabriel de - **Brazil's deadly dam disaster may have been preventable** [Em linha]. Washington: National Geographic, 2019 [Consult. 2 Ago. 2019]. Disponível em <https://www.nationalgeographic.com/environment/2019/01/brazil-brumadinho-mine-tailings-dam-disaster-could-have-been-avoided-say-environmentalists/>

⁷⁷ MINISTÉRIO Público Federal – **Denúncia** [Em linha]. Ponte Nova: Força Tarefa Rio Doce, 2016. [Consult. 2 Ago 2019]. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>

⁷⁸ AMBOS, Kai. **Ensaio de direito penal e processual penal**. p. 50.

⁷⁹ MOURA, Bruno - **Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual**. p. 62-63.

Essa peculiaridade do delito praticado por meio de estruturas empresariais (injusto sistêmico) confere uma nova arquitetura ao evento criminoso e põe em xeque os conceitos clássicos da teoria do crime, concebidos à vista da criminalidade individual.

A insistência dos profissionais do direito na utilização de instrumentos tradicionais para a persecução desses tipos de delitos, como os conceitos comuns de participação, tem corroído garantias fundamentais e gerado síncope ao direito de defesa. Exemplo expressivo é a admissão, pelo Poder Judiciário brasileiro, de denúncias genéricas e da chamada imputação coletiva⁸⁰.

Portanto, os títulos de imputação catalogados no capítulo da participação não possuem rendimento suficiente para munir a justiça penal de arsenal técnico adequado para lidar com a criminalidade empresarial.

2.3 Autoria mediata por domínio de organização

A despeito das críticas de Claus Roxin, a jurisprudência alemã tem reafirmado a aplicabilidade da teoria da autoria mediata (domínio da vontade por meio de aparatos

⁸⁰ *Idem* – **Op. cit.** p. 63. O autor aponta outra importante problemática que gravita em torno do emprego dos conceitos comuns de autoria e participação nos crimes empresariais: “É neste campo que aparecem algumas grandes dificuldades de imputação objetiva e de prova: [...] distinção entre ‘centros de decisão’, ‘centros intermediários’ e ‘centros de execução’ e o reconhecimento da preponderância fático-normativa dos primeiros impedem que a autoria seja definida exclusivamente pela ‘execução de mão própria pelo último a atuar’, pois seria um absurdo considerar os sujeitos ocupantes de cargos de decisão como meros partícipes quando na verdade são os protagonistas do acontecimento” (*Ibidem*). O TJSP firmou o seguinte precedente sobre a questão das denúncias genéricas: “A respeito da individualização da atuação de cada acusado, vem entendendo esta Colenda Câmara, na esteira de iterada jurisprudência, que, tratando-se de crime societário ou multitudinário, cabível é a imputação genérica, sendo dispensável a especificação das condutas” (FREITAS, Passos de relat. – **Acórdão com o número 0044774-24.2000.8.26.0000 [s.d.]**. [Em linha]. [Consult. 5 Ago. 2019]. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2007212&cdForo=0> . Em acórdãos mais recentes, o STJ tem rechaçado denúncias genéricas, distinguindo-as das denúncias gerais. Todavia, o esforço é insuficiente para assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que em ambos os tipos não há descrição individualizada das condutas comissivas imputadas a cada membro da sociedade empresária. Cf. “Pontue-se a necessária distinção conceitual entre denúncia geral e genérica, essencial para aferir a regularidade da peça acusatória no âmbito das infrações de autoria coletiva, em especial nos crimes societários (ou de gabinete), que são aqueles cometidos por representantes (administradores, diretores ou quaisquer outros membros integrantes de órgão diretivo, sejam sócios ou não) da pessoa jurídica, em concurso de pessoas. A denúncia genérica caracteriza-se pela imputação de vários fatos típicos, genericamente, a integrantes da pessoa jurídica, sem delimitar, minimamente, qual dos denunciados teria agido de tal ou qual maneira. [...] Hipótese em que a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve as condutas atribuídas ao ora recorrente - receptação e uso de documento falso, por 582 vezes, e associação criminosa -, tendo havido a explicitação do liame entre os fatos descritos e o seu proceder, permitindo-lhe rechaçar os fundamentos acusatórios (DANTAS, Ribeiro relat. - **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número RHC 59.561/MG, de 23 de Julho de 2017**. [Em linha]. [Consult. 5 Ago. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501137206&dt_publicacao=29/11/2017).

organizados de poder) para a delinquência empresarial. O traço relevante, para quem empresta solidariedade a esse entendimento, reside na existência de uma estrutura hierárquica.

A doutrina majoritária aponta quatro pressupostos fáticos para que o homem de trás seja reputado autor (mediato): aproveitamento das condições hierárquicas, segundo uma vontade dirigida ao resultado “enquanto consequência do próprio atuar”; posição de ascendência sobre o executor (poder de mando); desvinculação da organização frente ao direito; e, fungibilidade do autor direto⁸¹. Alguns autores acrescentam um quinto requisito: a predisposição do autor direto à realização do fato⁸².

Assinale-se que a doutrina alemã não adiciona a “ordem expressa” no repertório de elementos da autoria mediata. É que a ordem pode ser tácita, velada ou presumida. E é possível que nem haja uma determinação em seu sentido comum. O vínculo entre o superior e a conduta do subordinado se dá muitas vezes na forma de aceitação, fomento, condicionamento, coação.

É inegável que militam nesse campo controvérsias ainda não solucionadas pela doutrina. Como dito, para Claus Roxin, sistematizador da doutrina, a teoria do domínio por organização não é, a partida, aplicável a crimes praticados por meio de estruturas empresariais.

No caso dos crimes praticados por meio de organizações estatais, a invocação da teoria do domínio por organização tem sido fecunda. Basta lembrar os julgamentos que se tornaram célebres: Fujimore (2009), Eichmann (1961), Mauerschütz (1994). E a despeito das ressalvas feitas por Kai Ambos⁸³, a maioria dos doutrinadores entende que líderes de organizações criminosas podem responder, a título de autores mediatos, por delitos executados por seus subordinados.

Contudo, em contraposição ao que prevalece na jurisprudência alemã e encontra ressonância em muitas obras doutrinárias, a tese de autoria mediata não pode se aplicar à delinquência empresarial. Faltam aqui dois requisitos fáticos para a aplicação da teoria: a desvinculação em relação ao direito e a fungibilidade do autor direto.

Fora as estruturas constituídas para práticas ilícitas, cujo funcionamento é baseado em um código de regras estabelecido à margem do direito, é inapropriado asseverar que os prepostos da empresa integrem uma engrenagem vocacionada e predisposta ao cometimento de crimes.

O vínculo entre o executor e o dirigente de empresa – disciplinado, balizado e limitado pelo direito –, não pode ser equiparado ao vínculo entre membros de organizações

⁸¹ AMBOS, Kai - **Ensaios de direito penal e processual penal**. p. 49-50 e 54.

⁸² Claus Roxin adverte que esse requisito decorre dos demais. Apud AMBOS, Kai – *Op. cit.*, p. 64-65.

⁸³ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 66-68.

criminosas ou agrupamentos burocráticos ditatoriais, em que as relações de ascendência e sujeição são determinadas por fatores ideológicos, políticos ou econômicos, mas sempre marcados pela violência, atual ou potencial. Ainda que a necessidade da preservação do posto de trabalho e remuneração possa ser um motivador para que o empregado se alinhe a eventuais condutas criminosas em curso no interior da empresa, não há similitude entre empresas e grupos criminosos.

O tema convoca um princípio secular do direito, lido a *contrario sensu*: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Ou seja, não é lícito invocar-se a mesma regra de direito para hipóteses diversas e cujas razões fundamentais não são coincidentes.

É certo que aspectos sociopsicológicos – como os vieses cognitivos – influenciam aquele que se encontra em posição de cometer a infração penal. A participação em uma organização coletiva acarreta pressões – reais ou presumidas – que modificam o ânimo do sujeito. E isso pode variar a depender do tamanho, tipo, composição e objetivos da organização. Todavia, como afirma Roxin, a compreensão da autoria mediata não pode centrar-se na pessoa do executor⁸⁴.

A fungibilidade não é fruto do conceitualismo vazio e sem fundamento, difundido pelos ventos do normativismo exarcebado. Antes, trata-se de uma decorrência lógica da dinâmica do evento criminoso e que assinala a distinção entre autor e partícipe. Se a execução do delito depender da decisão do autor direto, o homem de trás não terá domínio do fato e, pois, não poderá ser considerado autor.

Assim, na linha do ensinamento de Kai Ambos, na delinquência empresarial “não concorrem os pressupostos materiais do domínio por organização”⁸⁵. Mesmo nas estruturas empresariais fundadas em uma hierarquia impositiva e de intenso controle, a inexistência de executores fungíveis fragiliza o domínio da vontade pelo dirigente.

2.4 Omissão imprópria

A imputação do dirigente da empresa por omissão imprópria, em especial nos eventos configurados pela estrutura organizativa e que desencadeiem “processos regrados”⁸⁶,

⁸⁴ AMBOS, Kai. **Ensaio de direito penal e processual penal**. p. 64-65.

⁸⁵ *Idem*. **Op. cit.** p. 69.

⁸⁶ AMBOS, Kai. **Op. cit.**, p. 49.

não sofre os mesmos reveses das soluções habituais⁸⁷. Mais importante do que isso, o recurso à técnica do delito comissivo por omissão desempenha uma tríplice função garantista: enuncia a conduta ativa (*facere*) necessária para que o bem jurídico não permaneça em situação de desproteção (função de eficácia⁸⁸); descreve *ex ante* a conduta alvo da reprovação da norma (função de imputação)⁸⁹; e, limita a esfera de responsabilidade penal à esfera de competência da pessoa (função de garantia *strictu sensu*).

Sem dúvida, essa tríplice função garantista é decisiva para a primazia da imputação por omissão imprópria no marco dos crimes econômicos. Como acentua Bernd Schünemann, a investigação jurídica está presa a resultados práticos⁹⁰. Porém, a sua relevância não se esgota na solução de problemas concretos de imputação. Os três postulados da formação teórico-sistemática de conceitos – ausência de contradições, adequação ao substrato normativo e economia conceitual⁹¹ – apontam para a solução pela via da responsabilidade penal por omissão imprópria, como será demonstrado ao longo do texto.

2.4.1 Conceito de omissão

De acordo com Schünemann, omissão conceitua-se como a “não realização de uma ação individualmente possível”⁹². Ao aludir à culpabilidade (possibilidade individual de ação) como elemento essencial da omissão, esse conceito afasta-se da noção referida apenas à ilicitude (possibilidade objetiva ou capacidade humana de agir).

Em outras palavras, a tônica da omissão não repousa apenas sobre a antijuridicidade, mas também sobre a reprovabilidade da conduta individual, levando-se em

⁸⁷ Segundo Silva Sánchez, a imputação de delito omissivo impróprio aos administradores de estruturas empresariais é a forma mais apta de responsabilização: “Pese a que la autoría mediata sea una de las estructuras que (cuando menos teóricamente) permite hacer frente a la responsabilidad de los administradores y altos directivos de la empresa, en la realidad no constituye la figura más recorrida por los tribunales. De este modo, mucho más apta que la responsabilidad por comisión activa parece la vía de la comisión por omisión (obviamente, en los delitos que admitan dicha forma de imputación)”. De todo modo, não se pode deixar de assinalar que o autor confunde a dificuldade em provar o fato e a autoria com a capacidade de rendimento da teoria, como se a comissão por omissão pudesse ser invocada para facilitar a responsabilização penal quando a prova da participação do dirigente for especialmente difícil. (SILVA SANCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 115-117).

⁸⁸ Sobre o princípio da eficácia como vetor da política criminal, cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito penal: fundamentos político-criminais**. p. 175 e ss.

⁸⁹ A função de imputação também é cumprida pelos tipos penais. V. KINDHÄUSER, Urs – **Cuestiones fundamentales de la coautoría**. p. 57.

⁹⁰ SCHUNEMANN, Bernd – **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. p. 66.

⁹¹ SCHUNEMANN, Bernd - *Op. cit.*, p. 57.

⁹² SCHUNEMANN, Bernd - *Op. cit.*, p. 73.

conta as condições físicas e intelectuais do omitente. Com isso, transfere-se para o conceito um dado ôntico, isto é, lógico-objetivo, tendo em vista que a capacidade individual de agir é extraída da realidade.

Não obstante algo reducionista, essa definição é mais elucidativa – função primordial dos conceitos nas ciências humanas – do que o supraconceito apresentado por Roxin, para quem a omissão, inclusive a omissão inconsciente, é uma manifestação da personalidade do sujeito tal qual a ação⁹³.

A proposta de Schünemann também é mais abrangente do que os conceitos de conduta humana propostos pelas metodologias causalista e finalista, os quais não contemplam elementos de culpabilidade. Para a corrente causalista, ação (em sentido amplo) é apenas o fato determinado pela vontade, ou seja, a alteração do mundo físico por um movimento corporal, em sentido naturalístico, referível à vontade humana⁹⁴.

Para Hans Welzel e sua teoria finalista da ação, a “ação humana é exercício de atividade final”, o comportamento dirigido a um fim, orientado pelo conhecimento prévio do sujeito acerca do processo causal e das condições necessárias para realizar aquela finalidade⁹⁵. O conceito de ação ou conduta construído pela teoria finalista da ação não comporta referência à possibilidade individual de evitar a conduta proibida ou de praticar a conduta prescrita pela norma penal.

O conceito proposto por Juarez Tavares também não incorpora referência à possibilidade individual de atuar e, a par disso, é pouco elucidativo. Para o jurista brasileiro, a

⁹³ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 754-755.

⁹⁴ “Ação é, pois, o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível à vontade do homem. Sem ato de vontade não há ação, não há injusto, não há crime: *cogitationis pœnam nemo patitur*. Mas também não há ação, não há injusto, não há crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um resultado. Destarte são dados os dois elementos de que se compõe a ideia de ação e, portanto, a de crime: ato de vontade e resultado. A estes dois elementos deve acrescer a relação necessária, para que eles formem um todo, a referência do resultado ao ato. Em dois casos referimos a mudança do mundo exterior à vontade humana: 1.º quando a mudança foi causada voluntariamente; 2.º quando voluntariamente não foi impedida. A comissão e a omissão são as duas formas fundamentais da ação e consequentemente do crime” (LISZT, Franz von - **Tratado de direito penal alemão. Vol. I.** p. 193-194).

⁹⁵ “La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer ‘final’ y no solamente ‘causal’. La ‘finalidad’, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existente en cada momento. La finalidad es, por ello - dicho en forma gráfica - ‘vidente’, la causalidad, ‘ciega’” (WELZEL, Hans - **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista.** p. 41).

omissão é uma conduta vinculada a um dever jurídico de atuar por “cuja violação se responsabiliza o sujeito conforme os pressupostos de legitimidade do processo de imputação”⁹⁶.

De outro lado, Vives Antón vai além da proposta de Schünemann, que, como se nota, foi influenciada no ponto pelo neokantismo e seu método normativista, referido a valores⁹⁷. Vives Antón advoga que a omissão assume sentido apenas quando se leva em conta os fins ou intenções daquele que se omite. Por isso, segundo ele, a omissão pode “resultar causalmente equivalente a qualquer ação positiva” e violar uma norma proibitiva⁹⁸.

A junção dos conceitos de Vives Antón e Schünemann torna mais apreensível ao espírito o exato significado do termo⁹⁹: omissão é a não realização de uma ação individualmente possível, em que a abstenção e o seu significado são cognoscíveis pelo sujeito, segundo um processo de interpretação à luz das regras. Abdicar da perspectiva interna deturparia o sentido atribuído pela linguagem comum ao signo *omissão*¹⁰⁰ e, ao mesmo tempo, tornaria a definição tão ampla a ponto de abarcar situações irrelevantes para a relação sujeito-mundo exterior, em especial a regulada pelo direito penal.

Vale ressaltar que a descrição conceitual aqui sugerida abre mão, de forma proposital, da “expectativa de ação”, ainda em voga entre os tratadistas. Para alguns autores, a omissão está a depender de que o *non facere* contrarie uma expectativa social ou individual. É evidente que a omissão, enquanto categoria jurídico-penal, assume relevância na medida em que ela frustra os justos anseios da comunidade. Se não fosse assim, o legislador não a teria tomado em consideração e convertido-a em uma forma de acontecimento do injusto.

Todavia, a expectativa de ação é um dado pré-jurídico e, no máximo, expressa-se de forma geral, a qual pode ser sintetizada no axioma epicurista *neminem laedere*. Uma vez concretizada, por meio da edição da norma penal primária, a sua importância em si mesma considerada se dissipa. Além do mais, olvida-se que a expectativa – como há muito a filosofia de David Hume pôs em relevo – está atrelada ao hábito, de modo que a sua causa são as experiências. Mas o direito penal, enquanto ciência do dever-ser, pode inovar e trazer para o campo do proibido situações ainda não experimentadas na vida cotidiana. Por exemplo, no

⁹⁶ TAVARES, Juárez - **Teoria dos crimes omissivos**. p. 255.

⁹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd - **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. p. 50-53.

⁹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás S. - **Acción significativa y derechos constitucionales**. p. 603 e 605.

⁹⁹ Se bem que Vives Antón não conceitua ação e omissão, preferindo fundamentá-las. V. VIVES ANTÓN, Tomás S. - **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. p. 211.

¹⁰⁰ “Usamos el lenguaje para comunicarnos, y distorsionamos el uso del lenguaje cuando intentamos extraer de las palabras entidades ideales (‘conceptos’ o ‘supraconceptos’) que no hacen sino oscurecer lo que queremos decir”. (VIVES ANTÓN, Tomás S. - **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. p. 147.

Brasil, inexistente expectativa de que o sócio de sociedade empresária recolha imposto de renda sobre distribuição de lucros ou dividendos, pois esses rendimentos são isentos do tributo. Sendo assim, não se pode afirmar *a priori* que a expectativa de ação é condição do crime omissivo, pois, em muitos casos, ela é inerente ao dever previsto na norma mandamental. Portanto, se há expectativa social ou individual na omissão delitiva, ela se limita ao próprio cumprimento do dever estabelecido no direito, o que esvazia a sua relevância como requisito autônomo.

De certa forma, o próprio Roxin, que faz coro com os tratadistas que catalogam a expectativa de ação como *conditio* da omissão, reconhece a sua dispensabilidade pelo menos em alguns casos. Ele afirma que se trata de um conceito pretípico e que existem situações em que não se cogita de expectativa de ação antes da introdução, no ordenamento jurídico-penal, de um dever de agir. Roxin também exemplifica seu pensamento citando o dever do contribuinte de informar aos órgãos fiscais o não pagamento de um imposto. Nesse caso, no entender do jurista alemão, até a edição da norma inexistente expectativa de ação¹⁰¹.

Schünemann também é crítico da transposição do conceito de “ação esperada” e de outros conteúdos sociológicos para o direito penal, em vista do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*) e do caráter fragmentário do direito penal. Ele acrescenta, na linha do que fora exposto, que a invocação da expectativa de ação incide em um “círculo vicioso”: se não se leva em consideração o que espera determinado indivíduo, mas a expectativa transcendente e já concretizada na norma, tal elemento já está contido na antijuridicidade. A omissão que constrata com uma expectativa “é por definição antijurídica [...]”¹⁰².

De todo modo, é bom que se diga que a *punibilidade* da omissão depende da presença de todos os elementos do facto punível (tipicidade formal e material, ilicitude e culpabilidade)¹⁰³. Sem esses elementos ou pressupostos, a omissão não é suscetível de juízo de censura e imposição de reprimenda pelo direito penal.

A doutrina aponta três critérios para concluir que a ação omitida é penalmente relevante: probabilidade próxima da certeza; total certeza ou segurança (Mezger); diminuição do risco (Stratenwert)¹⁰⁴. Gimbenart defende critério diverso, haurida da controversa teoria da

¹⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 755.

¹⁰² SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal.** p. 47-52.

¹⁰³ MUNÓZ CONDE, Francisco – **Teoria geral do delito.** p. 31.

¹⁰⁴ VIVES ANTÓN, Tomás; CUERDA ARNAU, Maria Luisa; GÓRRYZ ROYO, Elena – **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal.** p. 172.

imputação objetiva: a omissão só será penalmente relevante se tornou a fonte de perigo em ilícita ou o omitente “não reconduziu os níveis de risco” ao patamar tolerado pelo direito¹⁰⁵.

A doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que basta a prova de que a ação omitida teria diminuído significativamente o risco de produção do resultado para que seja punível (teoria do incremento do risco). Com isso, renuncia-se à demonstração da relação de causalidade entre a omissão e o resultado, da equiparação e da função de garantia que elas cumprem¹⁰⁶.

Tal critério é um convite a decisões arbitrárias e com excessivo subjetivismo. É indubitável que a teoria da diminuição do risco foi inspirada na novel teoria da imputação objetiva com “sinal trocado”. O problema é que, diferentemente dessa última – cujo propósito é o de reduzir o campo do proibido – aqui a diminuição do risco é invocada para ampliar o espectro de punição. Schünemann esboça a mesma opinião. Ele adverte que, na esteira dessa concepção, a causalidade da omissão se converteria em uma “quase-causalidade”, ampliando a punibilidade e afetando a relação de equiparação entre ação e omissão¹⁰⁷.

Porém, a mais grave consequência da teoria da diminuição do risco – ou teoria da imputação objetiva invertida – não é transformar tipos de resultado em tipos de perigo, como sugerem alguns críticos¹⁰⁸. Pior do que isso é o saldo prático: empurram-se as soluções dos casos penais ao imprevisível campo aberto dos casuísmos. Qual seria o *quantum* de diminuição do risco exigido? A teoria não aponta. Seus defensores se limitam a aludir a termos por demais indeterminados e equívocos, como “substancial” ou “significativo”.

O tema coteja o direito processual. Sem dúvida, o grau de prova da eficácia da ação salvadora constitui também um problema epistêmico. Índícios ou suspeitas razoáveis, prova preponderante, prova clara e convincente, além de uma dúvida razoável, vários são os *standards* probatórios estudados há pelo menos cem anos pelos processualistas que guardam afinidade com a questão. Todos eles padecem da mesma imprecisão que gravita em torno de “diminuição substancial de risco”. Em recente artigo, fizemos os seguintes comentários o assunto:

É um erro também afirmar que a preponderância da dimensão objetiva da prova se extrai da leitura dos títulos designativos ou nomes dos *standards* de prova utilizados no sistema anglo-americano. Se se quer desenvolver uma teoria aplicável a ambos os

¹⁰⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique – **La omisión impropia en dogmática alemana: una exposición**. p. 99; Cf. VIVES ANTÓN, Tomás; CUERDA ARNAU, Maria Luisa; GÓRRYZ ROYO, Elena – **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. p. 172; MUNÔZ CONDE, Francisco – *Op. cit.* p. 31.

¹⁰⁶ Em sentido semelhante, v. ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo II**. p. 772.

¹⁰⁷ SCHÜNEMANN, Bernd - **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 165.

¹⁰⁸ Por todos, ROXIN, Claus - *Op. cit.*, p. 773.

modelos jurídicos (HAACK, 2013, p. 68), a prevalência do aspecto epistêmico não pode derivar dos *nomen iures* dos *standards* de prova ou do teor das *standard jury instructions* vigentes em solo americano. Além disso, os signos ou adjetivações utilizados em cada *standard* constituem uma mera convenção e não estão necessariamente atrelados ao seu conteúdo. Os adjetivos empregados, como “razoável” e “claro”, “convincente”, “crível”, “substancial”, por exemplo, são palavras equívocas. Como afirma a própria autora (2013, p. 70), “Ninguno de ellos há sido definido de manera precisa”. Se inexistisse consenso quanto à *ratio essendi* dos padrões de prova, como afirmar que dos termos utilizados para designá-los pode se extrair a conclusão de que a força da prova prevalece sobre o estado psicológico do julgador? E *razoável* e *convincente* também comportam sentidos concernentes ao estado psicológico ou mental do julgador¹⁰⁹.

Contra a voz da doutrina majoritária, a jurisprudência alemã permaneceu por muito tempo arraigada ao entendimento de que o omitente deveria se condenar pela modalidade tentada quando não estivesse comprovada a eficácia da ação omitida em impedir o resultado. Não que a jurisprudência tenha combinado as teorias da diminuição do risco e probabilidade próxima da certeza e formulado um *tertium genus*, ao condenar omitentes por tentativa, se ficasse demonstrado que a ação salvadora teria apenas reduzido o risco do resultado¹¹⁰.

Na verdade, o *BGH* buscou punir o desvalor da omissão, a despeito da ausência de prova de sua interferência no curso causal, tal qual ocorre em relação ao crime comissivo tentado: aqui, a não ocorrência do resultado, inclusive nas hipóteses de circunstâncias supervenientes absolutamente independentes, não deixa o agente impune, porquanto responderá ao menos por tentativa, dados o desvalor da conduta e realização integral do tipo subjetivo.

Por conseguinte, é um erro supor que o *BGH* tenha tentado conciliar ambas as teorias, pelo menos nas sentenças citadas por Roxin.

No campo da criminalidade econômica, em que prevalecem os crimes culposos, a distinção cunhada pelo *BGH* é relevante. Como os crimes culposos, por ação ou omissão, não admitem a figura tentada – assim como os crimes unissubsistentes –, havendo dúvida quanto à eficácia da salvadora da ação omitida, os dirigentes da empresa devem ser exonerados de responsabilidade pelo resultado.

¹⁰⁹ LOBÃO, Marcelo Meireles - *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Salvador. V. 4, n. 1. (Jan./Jun. 2018), p. 9.

¹¹⁰ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general**. Tomo II. p. 770-771.

2.4.2 Distinção entre omissão própria e omissão imprópria

Estabelecido o conceito de omissão, convém assinalar a distinção entre omissão própria e omissão imprópria. A doutrina moderna já não nega a existência dessas duas modalidades de delitos omissivos, salvo algumas vozes minoritárias. O dissenso repousa nos critérios distintivos entre uma e outra figura delitiva.

Tomando-se em consideração a estrutura conceitual da omissão a partir das contribuições de Vives Antón e Bernd Schünemann, sem descurar do achado de Nagler sobre a posição de garantia como elemento implícito do tipo, tem-se que o delito omissivo impróprio é a não realização de uma ação individualmente possível equiparável a um crime comissivo, em que a abstenção e o seu significado são cognoscíveis pelo sujeito que ocupa a posição de garante, de acordo com um processo de interpretação¹¹¹. As demais condutas omissivas classificam-se, por exclusão, como crimes omissivos próprios.

Se as notas diferenciadoras da omissão imprópria são a equivalência com o crime de ação, de acordo com o texto da norma, e a posição de garantia, nada mais adequado do que antecipar o momento de concretização do injusto omissivo para a sua estrutura conceitual. O fato de a compreensão exata do conceito estar a depender da elucidação dos significados de equivalência e posição de garante não é por si só um problema, pois ela será feita a seguir¹¹².

Entretanto, calha reconhecer que há inúmeras teorias que buscam acentuar a diferença entre os delitos omissivos próprios e os delitos omissivos impróprios¹¹³. Desbordaria do escopo deste estudo inventariar todas as teorias concebidas que intentam marcar a distinção entre a omissão própria e a omissão imprópria. O risco de uma abordagem rasa seria inevitável.

De todo modo, é conveniente traçar uma breve digressão sobre algumas das principais dessas teorias e as suas imperfeições, como forma de realçar a justeza técnica do conceito proposto acima. São elas: teoria tradicional, teoria normológica, critério da tipicidade e concepção de Claus Roxin.

¹¹¹ “Dado que los ‘delitos de omisión no expresos’, como se reconoce en general, han de ser *equiparables a los delitos comisivos*, definimos a la omisión impropia como la no realización, *equivalente a la comisión*, de una acción individualmente posible; las omisiones propias serían entonces todas las demás”. (SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. p. 74).

¹¹² Nesse sentido, v. SCHÜNEMANN, Bernd - **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. p. 74.

¹¹³ Para um panorama sobre as teorias causalistas, da antijuridicidade, da antijuridicidade material e posição de garante como elemento implícito do tipo (Nagler), v. KAUFMANN, Armin - **Dogmática de los delitos de omisión**. p. 253 e ss. KAUFMANN, Armin - **Dogmática de los delitos de omisión**. p. 253

2.4.2.1 Teoria tradicional

O delito omissivo próprio corresponde ao crime de mera conduta – ainda que ocorra mediatamente um resultado –, enquanto o delito omissivo impróprio corresponde ao crime de resultado. Eis, em linhas gerais, o critério distintivo entre as duas figuras delitivas segundo a doutrina tradicional¹¹⁴. Em Portugal, essa teoria é adotada, entre outros, por José de Faria Costa¹¹⁵ e Germano Marques da Silva¹¹⁶.

Faria Costa escreve que o crime de omissão própria é aquele que se amolda a um tipo específico da parte especial do Código “configurado como de delito de mera conduta”. O crime de omissão imprópria, ao revés, apresenta subordinação típica a partir da “interação normativa” entre um tipo penal de resultado, previsto na parte especial, e a cláusula de extensão inserida na parte geral do Código.

Portanto, por esse critério, o delito omissivo próprio pressupõe um mandado de mera atividade, e o crime omissivo impróprio, um mandado de evitar um resultado¹¹⁷. A consumação do primeiro não está condicionada à existência de um resultado (material). Nessa esteira, são crimes omissivos próprios os previstos nos art. 138.º, b), 190.º, n. 1, 200.º, 245.º, 250.º, 257.º, n. 1, 284.º e 309.º, n. 2¹¹⁸.

Como se verifica, esse critério não alude à necessidade de equiparação entre o delito comissivo impróprio e delito de ação, o que, por si só, expõe uma primeira fragilidade da teoria. Nem todos os crimes de resultado previstos na parte especial podem ser praticados por uma conduta omissiva, inclusive em vista do caráter fragmentário do direito penal, como já visto.

Ademais, há tipos de injusto, como os concernentes aos crimes de mão própria, que não comportam a modalidade omissiva. É essencial ainda que o sentido do texto normativo permita a punição do *omitire*¹¹⁹.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 760.

¹¹⁵ COSTA, José de Faria. **Direito penal.** p. 488-489.

¹¹⁶ SILVA, Germano Marques da. **Direito penal português: teoria do crime.** p. 64.

¹¹⁷ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión.** p. 291, nota.

¹¹⁸ Nesse sentido, v. LEITE, André Lamas. **As “posições de garantia” na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal.** p. 50-51; COSTA, José de Faria. **Direito penal.** p. 489; SILVA, Germano Marques da. **Direito penal português: teoria do crime.** p. 64.

¹¹⁹ “El hecho de que la problemática de la posición de garante corresponde a la Parte Especial se pone de manifiesto en que no todo delito comisivo puede cometerse ‘por omisión’. Expresándolo con más precisión: no con respecto a todo tipo de comisión es posible desarrollar tipos de mandato de garante concordes en cuanto a contenido de injusto y a merecimiento de pena. Sólo si una lesión o puesta en peligro de bien jurídico realiza el tipo objetivo del delito comisivo y no han de añadirse elementos típicos especiales, propios exclusivamente de la acción, cabe establecer un paralelismo exacto (‘invertiendo el signo’) entre la realización dolosa del resultado y el no impedirlo por parte del garante con capacidad para ello. Esta posibilidad decae en los delitos de acción de propia mano, y en

Por fim, há um equívoco em dizer que os crimes de omissão própria são despidos de resultado, pois em todo delito há resultado jurídico, sendo, muitas vezes, difícil diferenciá-lo do resultado dito material ou naturalístico¹²⁰. Kaufmann observara que não apenas os delitos omissivos impróprios derivam de mandados de impedir um resultado, posto que alguns crimes omissivos próprios também se extraem de normas com esse fim¹²¹.

2.4.2.2 Teoria normológica

De acordo com o critério normológico, a distinção entre crime omissivo próprio e crime omissivo impróprio funda-se no tipo de norma punitiva: se mandamental, tratar-se-á de crime omissivo próprio; se proibitiva, será omissivo impróprio.

Dizendo-o com mais clareza, é a natureza da norma penal que dita a diferença entre as duas formas de delitos omissivos.

Essa concepção ressent-se de uma *contradictio in adjecto*, um defeito de lógica. Como acentua Welzel¹²² e Roxin¹²³, tanto o delito omissivo próprio, como o impróprio violam normas mandamentais. A própria natureza fenomênica da omissão delitiva conduz a essa conclusão.

Na verdade, os defensores dessa teoria confundiam a natureza da norma com a relação de equivalência entre a conduta omissiva e o tipo de ação, a qual opera no plano do desvalor da conduta e do resultado.

O equívoco do critério normológico por ser debitado à falta de percepção – que só veio a torna a partir de Nagler – de que a posição de garantia é um elemento indispensável à punição da comissão por omissão, ainda que alguns autores não admitem que se trata de um dado implícito do tipo. O centro de gravidade normativo não é o tipo de ação, e sim, o dever de evitação derivado da condição de garante. O tipo previsto na parte especial do Código apenas fornece os elementos materiais da tipificação. Por isso, a comissão por omissão não deixa de vulnerar uma norma mandamental.

general siempre que el sentido especial de la acción carece de corre KAUFMANN, Armin - **Dogmática de los delitos de omisión**. p. 294-295.

¹²⁰ Em sentido semelhante, cf. ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II**. p. 761.

¹²¹ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. p. 282.

¹²² *Apud* KAUFMANN, Armin - **Dogmática de los delitos de omisión**. p. 286. Confirmam-se fragmentos da passagem: “[...] WELZEL parte de la postura (la única sostenible desde la perspectiva de lógica de las normas) de que tanto las omisiones propias como las impropias *únicamente* vulneran *mandatos*”.

¹²³ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II**. p. 763.

Por conseguinte, a teoria normológica não se sustenta, quer sob a perspectiva da lógica, quer sob o aspecto conceitual.

2.4.2.3 Critério da tipificação

Também denominado de critério externo¹²⁴ ou tipológico¹²⁵ pela doutrina, o critério da tipificação mereceu a crítica contundente de Claus Roxin. Segundo essa concepção, esboçada por Armin Kaufmann, os crimes omissivos próprios estão expressamente tipificados na lei penal. Os crimes omissivos impróprios, a seu turno, carecem de tipificação legal.

Por isso, o adjetivo “impróprio” assume novo sentido no âmbito dessa construção teórica. Quer dizer, a impropriedade do delito comissivo por omissão residiria no fato de que está desprovido de tipicidade e não por sua equiparação ao crime comissivo¹²⁶.

Roxin desfez uma crítica irresponsável ao critério concebido por Armin Kaufmann. Uma distinção fundada apenas no direito positivo, sem base material, é frágil e arbitrária. Ele lembra que, se o legislador não tivesse tipificado o crime de negligência maliciosa (maus-tratos)¹²⁷, a conduta seria punível com fundamento no § 13 do Código. Sendo assim, a prevalecer o critério da tipicidade, um mesmo comportamento pode qualificar-se como omissão própria e como omissão imprópria¹²⁸.

Ademais, ao desenvolver sua teoria, Kaufmann negligenciou a noção de equiparação segundo o texto normativo. Também não se atentou a que o termo omissão, de acordo com a linguagem comum, é muito mais amplo do que um simples *non facere* e a que os verbos dos tipos da parte especial, também segundo a linguagem ordinária, podem compreender condutas omissivas.

¹²⁴ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 762.

¹²⁵ LEITE, André Lamas - **As “posições de garantia” na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal.** p. 53 e ss.

¹²⁶ “Al mismo tiempo, de esta manera el adjetivo individualizador ‘impropio’ adquiere un nuevo significado, con arreglo al cual su antiguo contenido, el de manifestar la integración en el delito comisivo, se ha revelado erróneo: estas infacciones de mandatos de garante son ‘impropias’ en tanto que no están tipificadas en la propia ley y su concepción y delimitación, por ello, sigue siendo difícil desde el punto de vista de la política jurídica, y problemática desde el principio de legalidad” (KAUFMANN, Armin - **Dogmática de los delitos de omisión.** p. 284).

¹²⁷ “§ 225. Maltrato de sujetos en custodia (1) Quien atormente o maltrate brutalmente a una persona menor de 18 años o desamparada por decrepitud o enfermedad que [...] 4. este subordinada a él dentro del marco de una relación de servicio o trabajo, o quien por negligencia malévola de sus deberes de atenderla, la perjudique en su salud, será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años” (StGB, §225, I, n. 4).

¹²⁸ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 762.

Por isso, ao contrário do que sustenta Armin Kaufmann, a punição da omissão imprópria não é problemática em termos de respeito ao princípio da legalidade. Antes, é ela uma imposição da lei penal.

2.4.2.4 Critério de Claus Roxin

De início, Roxin acentua que os tipos de omissão própria se restringem a descrever uma conduta omissiva, estabelecem um “marco legal próprio” e não se concebem em função de “uma contrafigura” típica de ação. Por sua vez, a omissão imprópria possui uma contrafigura de tipo de ação, do qual decorre a sua punição¹²⁹. Daí o emprego dos termos impróprio ou impuro¹³⁰ para designar tal modalidade de conduta omissiva.

Essa primeira aproximação é tão simples quanto correta. Porém, não abarca todos os contornos das duas formas delitivas da omissão, tendo o autor complementado-a com os dois aspectos que lhe faltam: a equiparação entre omissão e ação e a figura do garante, marcas distintivas da omissão imprópria.

A novidade na concepção de Roxin está em identificar a existência de delitos omissivos na parte especial do código, situados geograficamente no mesmo tipo de ação e ali inseridas pelo legislador como figuras alternativas às condutas positivas. Porém, como estão indissociados dos pressupostos da equiparação e dever de garante, devem ser estudados como tipos de omissão imprópria, tanto quanto aqueles sem descrição expressa na parte especial. Exemplos de tipo de injusto que podem ser praticado tanto por ação, como por omissão são os do § 123, I, segunda parte, e do § 221, I, n. 2, do Código Penal alemão, que punem a violação de domicílio e o abandono de pessoa em situação de desamparo, respectivamente¹³¹.

No direito português, seriam omissivos impróprios por previsão expressa na parte especial os dos art. 224.º, n. 1, 367.º e 369.º, n. 1, do Código Penal¹³².

¹²⁹ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 759.

¹³⁰ Na doutrina, o crime comissivo por omissão também é denominado de crime, qualificado, secundário, delito comissivo modificado ou referido a resultado. Cf. KAUFMANN, Armin - **Dogmática de los delitos de omisión.** p. 250; LEITE, André Lamas - **As “posições de garantia” na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal.** p. 50, nota.

¹³¹ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 759-760.

¹³² LEITE, André Lamas - **As “posições de garantia” na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal.** p. 55.

3. IMPUTAÇÃO DA COMISSÃO POR OMISSÃO

3.1 Posição de garantia

A ideia de posição de garante – expressão cunhada por Nagler¹³³ – é, conforme adverte Vives Antón –, um achado inexorável: é evidente que uma pessoa não pode ser responsabilizada por um resultado se não houver dever específico de proteção¹³⁴. Vê-se aqui realçada a função de garantia já mencionada neste estudo.

De fato, a figura do garante encontra ampla aceitação entre os doutrinadores e está presente em diversos sistemas jurídicos. Durante as reformas dos códigos penais dos países europeus e latinoamericanos no período pós-guerra, conferiu-se destaque, na parte geral dos estatutos, à regulamentação da figura do garante. Como resultado, encerraram-se as discussões que antes havia sobre a necessidade ou não da previsão expressa na lei de critérios para a determinação de quem ostenta o dever especial de impedir dano a certos bens jurídicos tutelados por tipos da parte especial¹³⁵.

Garante é, em apertada síntese, o sujeito sobre o qual recai o especial dever jurídico de controlar a fonte de risco ou proteger a integridade do bem tutelado pela norma, evitando um resultado típico.

Mas esse conceito presta-se como mera aproximação de uma categoria alvo de muitas páginas de teorizações e nenhum consenso.

Para compreender a extensão das divergências que imperam, cabe mencionar as três teorias mais lembradas pelos tratadistas: teoria do dever jurídico formal, teoria das funções e

¹³³ “Por tanto, no es ahí donde reside lo innovador de la solución de NAGLER, sino en elegir otro medio constructivo para descartar aquellas omisiones que no constituyen comisión: NAGLER añade para los delitos de omisión impropia un nuevo elemento del tipo, la posición de garante o deber de garante. La extensión pretendida del tipo del delito comisivo a la omisión impropia, pues, no se alcanza - como en las teorías más antiguas - concibiendo adecuadamente la ‘causalidad’ o la ‘acción’, sino con un especial elemento adicional del tipo. Lo cual, según NAGLER, significa ‘no tanto una extensión del tipo como una corrección de éste por vía de interpretación extensiva, teleológica, de su tenor literal’. Del mismo modo que en los supuestos en que ya la ley penal equipara expresamente en el tipo el omitir impedir el resultado a la comisión, se menciona expresamente la ‘especial relación de deber’ del ‘garante’ en todos los demás supuestos la posición de garante se convierte en ‘elemento implícito del tipo’. Si ‘el deber jurídico de evitar el resultado se emplea jurídico-penalmente para la estructura del delito de omisión impropia, el tipo penal abarca todos los supuestos en que se produce una situación así’. ‘Que el garante rehúse cumplir su especial deber de evitar el resultado hace relevante para el tipo a la omisión, equiparándola a la acción típica activa’. La tesis de que la ‘posición de garante’ constituye un ‘elemento genuino del tipo objetivo’ cada vez se va imponiendo más en la doctrina, y a ella se ha sumado el propio BGH” (KAUFMANN, Armin - **Dogmática de los delitos de omisión**. p. 259).

¹³⁴ *Idem* – **Op. cit.** p. 219-220.

¹³⁵ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II**. p. 884.

teoria sistêmico-funcionalista. Salvo a concepção de Jakobs, o dissenso não se situa apenas nas platitudes. Aspectos fulcrais da figura do garante variam, conforme a teoria adotada.

3.1.1 Teoria do dever jurídico formal

Como dito, a expressão “posição de garante” fora utilizada pela primeira vez por Nagler na década de 1940. Contudo, Feuerbach, em meados do século XIX, desenvolveu a primeira teoria sobre o dever de garante. Influenciado pela noção de direito subjetivo, recém-introduzido no direito, ele afirmara que a existência de uma razão jurídica prévia, fundada na lei ou no contrato, era pressuposto da responsabilidade por omissão¹³⁶.

Consoante leciona Roxin, a formulação de Feuerbach, que complementou a já existente posição de garante pelo atuar precedente – que remonta a 1828 com Stübel e é citada em sentenças do Tribunal do Império Alemão¹³⁷ - dominou a dogmática penal pelo menos até a década de 1930¹³⁸.

Portanto, para os adeptos da teoria do dever jurídico formal, são três os fundamentos da posição de garante: a lei, o contrato e a ingerência (atuação precedente que cria a situação de risco).

Por obra da jurisprudência, esse tríptico fundamento da posição de garante foi acrescido de um quarto, o qual flexibilizou o formalismo da teoria. Tendo em vista que lei, contrato e conduta precedente não abarcavam situações sensíveis, como os deveres de proteção recíprocos entre familiares e pessoas próximas não estabelecidos de forma expressa nem mesmo no direito de família (ex: dever de proteção entre nubentes), entendeu-se que as “estreitas comunidades de vida e de perigo” também funcionavam como *ratio* do dever de impedir resultados típicos. Buscou-se introduzir uma concepção material à teoria de Feuerbach, sob o argumento de que o dever de proteção recíproca pode ser extraído do “ordenamento jurídico” como um todo¹³⁹.

A teoria do dever jurídico formal mostrou-se falha desde o princípio. Ao menos três objeções podem ser opostas à teoria de Feuerbach. Antes de tudo, os seguidores dessa construção teórica não lograram justificar a invocação de normas alheias ao tipo e até mesmo de natureza extrapenal, como as que regem o direito de família, para fundamentar o dever

¹³⁶ JAKOBS, Günter - **A imputação penal da ação e da omissão**. p. 8-13; ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II**. p. 844-845.

¹³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd - **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 167.

¹³⁸ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II**. p. 845-846.

¹³⁹ ROXIN, Claus - **Op. cit.**, p. 846.

especial de atuar, cujo descumprimento ocasiona a imposição de sanção penal. Em verdade, a concepção em referência importa em uma imbricação dos pressupostos da responsabilidade civil e da responsabilidade penal.

O equívoco da evocação do contrato é ainda mais eloquente. Reconhecida a invalidade ou ineficácia do contrato firmado com o sujeito, ele deixa de responder pelo resultado típico? Quem teria a legitimidade para celebrar esse contrato, somente a vítima ou também seu representante legal? Um terceiro que, de modo fortuito, detém o poder fático de guarda de uma criança pode transferir a outrem o dever de cuidado? A responsabilidade um ou outro por ofensa à integridade física da criança em situação de desamparo está a depender da validade do suposto contrato?

A teoria do dever jurídico formal não oferece respostas conclusivas e consistentes a essas e outras questões.

O quarto critério endossado tardiamente pela teoria do dever formal – estreita comunidade de vida e perigo – é uma explícita tentativa de suprir seus *deficits* conceituais. Entrevê-se um impulso de princípios morais ao campo do direito, sem que se estabeleça uma fronteira categórica entre tais realidades.

Nenhum cultor da teoria em apreço teve êxito na tarefa de demonstrar em que se baseia a conversão do dever moral e religioso de cuidado recíproco entre pessoas próximas em um dever jurídico formal.

Uma última crítica passível de ser dirigida à construção doutrinária de Feuerbach consiste na reunião, sob um mesmo título, de critérios tão distintos. Lei, contrato, ingerência e reciprocidade por proximidade são conceitos tão amplos como diferentes, o que dificulta a sua aplicação para a solução de problemas práticos.

Não é contingencial que a teoria do dever jurídico formal tenha caído em desprestígio. Segundo Roxin, essa teoria “não pode fundamentar de maneira convincente nenhuma das pretendidas posições de garante”¹⁴⁰.

O Código Penal brasileiro, desde a reforma de 1984, incorpora a vetusta teoria das fontes. O § 2º do art. 13 estabelece que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. A norma estatui ainda que o dever de agir incumbe: a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 851.

O Código português oferece vantagens em relação ao brasileiro. Em vez de discriminar as fontes formais do dever de garante, o art. 10º, n.º 2, do Código penal lusitano estabelece que a comissão de um resultado por omissão só é punível nas hipóteses em que sobre o omitente recair um dever jurídico pessoal que o obrigue a evitar esse resultado.

“Dever jurídico” é expressão mais abrangente e evita a eterna objeção quanto às desvantagens da referência ao contrato, sob o fundamento de que eventual nulidade deste último não exonera o sujeito de seu dever de garante.

Gravar o termo dever com o adjetivo “pessoal” ameniza os equívocos da teoria do dever jurídico formal. No mínimo, serve para enfatizar que a relação de proteção entre o sujeito e o bem jurídico tem que ser estreita, o que reconduz a norma positiva a uma concepção formal-material da posição de garante.

Agora, a opção por uma fórmula de equiparação *prima facie*, só admitindo a não equivalência em caráter excepcional, parece colocar-se em contradição com o princípio da legalidade.

É incontestável que a equiparação constitui exigência do princípio da legalidade, mas apenas quando existente, à luz da significação da conduta. De sorte, se a omissão só oferecerá o mesmo peso que a ação na determinação do resultado à vista do caso concreto, não se pode admitir a existência de uma equivalência *ex ante* e ainda como regra geral. Esse é, sem dúvida, a principal falha da redação do art. 10.º do Código Penal português.

3.1.2 Teoria das funções

Armin Kaufmann formulou a teoria das funções, buscando situar os quatro tipos de garante da teoria anterior em dois grupos: posição de garante de proteção e posição de garante de vigilância e controle¹⁴¹.

O autor diferencia as posições de garante, levando-se em conta a amplitude das funções cumpridas pelo sujeito sobre o qual incide o dever de agir. Essa é a novidade de sua formulação. O garante de proteção tem o dever de cuidar de um bem jurídico específico, cumprindo-lhe impedir eventuais ameaças ou agressões, qualquer que seja a origem. O garante de vigilância e controle, por sua vez, não tem a missão de defender um bem jurídico específico,

¹⁴¹ KAUFMANN, Armin – **Dogmática de los delitos de omisión**. p. 289 e ss.; ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general**. Tomo II. p. 847.

mas o de impedir que uma fonte de perigo (imane a sua pessoa, ao seu atuar precedente ou a coisas e pessoas sob sua custódia, cuidado ou direção) provoque um resultado típico.

A função de controle é unidirecional, e a de proteção, difusa. Em suas palavras, “[...] aqui a função de proteção consiste na defesa de todos os flancos do concreto bem jurídico contra perigos de todo gênero”¹⁴².

3.1.3 Teoria sistêmico-funcionalista

Jakobs retoma a distinção proposta por Kaufmann, mas opta por denominar os dois grupos em: garante em virtude de competência institucional e garante em virtude de competência por organização¹⁴³. Não obstante, o fundamento dos mandados de evitação é a liberdade (no sentido kantiano): a faculdade de livre disposição do indivíduo sobre seu próprio corpo produz o dever de velar por sua inocuidade diante da outro (sinalagma de liberdade de comportamento-responsabilidade pelas consequências)¹⁴⁴.

De todo modo, a tese do autor alemão reconduz-se ao critério bipartido de funções. Competência por organização remonta à ideia de dever de controle e vigilância, e competência institucional, ao dever de proteção.

A competência por organização apoia-se na noção de que todos devem velar para que seu “círculo de organização” não resulte em prejuízo alheio. A competência institucional, por sua vez, nutre-se da ideia de solidariedade.

Tem razão Roxin ao afirmar que esse último critério é apenas normativo¹⁴⁵. De todo modo, a questão que se coloca é que a proposta de Jakobs, na essência, é uma reedição da teoria das funções, mas com um jogo de palavras diferente, embora o doutrinador afirme que há uma congruência da responsabilidade penal da omissão com a da ação¹⁴⁶. Diz ele que “Tanto em relação à ação como à omissão se trata da mesma competência por organização ou do mesmo ‘fundamento jurídico especial’”¹⁴⁷.

A tese também se ressentir de excessiva abstração quanto à sua base teórica. Trata-se de decorrência direta da base metodológica de sua teoria da ação e da omissão, que tem raízes

¹⁴² KAUFMANN, Armin – **Dogmática de los delitos de omisión**. p. 290 (em tradução livre).

¹⁴³ JAKOBS, Günter - **A imputação penal da ação e da omissão**. p. 23 e ss.; ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general**. Tomo II. p. 847.

¹⁴⁴ JAKOBS, Günter - **Op. cit.**, p. 25 e 45.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general**. Tomo II. p. 854.

¹⁴⁶ JAKOBS, Günter - **Op. cit.**, p. 53-66.

¹⁴⁷ JAKOBS, Günter - **Op. cit.**, p. 53.

na concepção de Luhmann sobre os sistemas sociais. Lamas Leite, com percuciência, salienta que a abordagem de Jakobs sobre a omissão imprópria é marcada por “excessiva normatização” e que é um risco construir a teoria da ação e da omissão sobre um suposto “papel social” desempenhado pelo indivíduo¹⁴⁸.

Manuel Monteiro Guedes Valente, a seu turno, sublinha que a teoria em apreço parte da premissa de que a função do Direito penal “é a defesa da sociedade e que a finalidade da pena é a reposição da força jurídica da norma jurídico-criminal lesada ou colocada em perigo de lesão pela conduta humana negativa”¹⁴⁹. A visão de Jakobs, pois, negligencia o indivíduo enquanto sujeito de direito e fim último da proteção do ordenamento jurídico.

3.1.4 Domínio sobre a causa do resultado

Bernd Schünemann também parte da teoria das funções de Kaufmann ao formular a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado. Na verdade, trata-se de uma tentativa bem-sucedida de compatibilizar a teoria das funções com a teoria do domínio do fato, que havia sido sistematizada por Roxin pouco tempo antes. Dessa forma, complementa-se a teoria das funções com um conteúdo material e delimitador da imputação¹⁵⁰.

O eixo da teoria repousa sobre o domínio atual e efetivo sobre o curso causal, o qual está evidenciado (i) na situação de desamparo do bem jurídico ou (ii) na fonte de perigo.

O raciocínio de Schünemann é simples. Se a punição da comissão por omissão legitima-se na equivalência com o crime comissivo por comissão, então, o mesmo fundamento que rege a imputação deste último conforta a imputação daquele. Os delitos comissivos – salvo os de mão própria e infração de dever – são atribuídos a quem detinha o domínio do fato (domínio da própria ação, domínio funcional e domínio da vontade de outrem)¹⁵¹.

Transpondo-se essa proposição aos crimes omissivos, tem-se que será autor da comissão por omissão quem possuir o domínio sobre a causa do resultado, a começar pelo

¹⁴⁸ LEITE, André Lamas - **As “posições de garantia” na omissão impura**. p. 190-191.

¹⁴⁹ Manuel Monteiro Guedes Valente desfere uma crítica consistente à teoria sistêmico-funcionalista, descortinando os riscos que acarreta ao Estado de direito (Cf. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”**. p. 110 e ss; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Os direitos humanos e o direito penal: uma (re)humanização emergente**. p. 268 e ss.).

¹⁵⁰ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general**. Tomo II. p. 854.

¹⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco - **Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?** p. 67 e ss.

domínio do próprio corpo¹⁵². Eis aqui o equivalente funcional do domínio do fato no âmbito dos crimes omissivos.

A equivalência não pressupõe identidade entre os critérios de imputação. Mostra-se suficiente a similitude nas razões e nos efeitos¹⁵³. Para tanto, o domínio sobre a causa do resultado, baseado no domínio da situação de desamparo da vítima ou no domínio material da fonte de risco, opera de modo semelhante ao domínio do fato nos crimes de ação, de sorte que o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* é respeitado. Roxin também percebeu essa vantagem da proposta de Schünemann. Mercê da proximidade com o domínio do fato, diz ele, tem-se “uma base para a equivalência legal e um núcleo descritivo-gráfico que garante resultados ou conclusões revisáveis empiricamente”¹⁵⁴.

Domínio de proteção e domínio de controle ou vigilância – circunstâncias lógico-objetivas extraídas da realidade fenomênica e, pois, vinculantes – ditam o processo de atribuição do dever de garante e delimitam a responsabilidade jurídico-penal por omissão imprópria.

3.1.4.1 Conciliação da teoria do domínio com a figura da ingerência

Schünemann assevera que a sua teoria contrasta com a noção de ingerência. Para ele, a ação precedente não guarda vínculo lógico com um crime de omissão posterior, justamente porque a ingerência pode ter significado a perda do domínio sobre o processo causal. Haveria, no seu entender, uma “desigualdade valorativa” entre a ingerência e o delito de comissão.

Para que o autor da ação precedente seja culpado de omissão, segundo o autor, é necessário que ele mantenha ou recupere o domínio sobre a causa do resultado. Assim, o ingerente, com a sua omissão, enfrentaria “ontologicamente o acontecer posterior como qualquer outro”. Ele parte da premissa de que o domínio do sujeito que cria o foco de perigo está restrito ao passado, enquanto o domínio pressupõe atualidade dirigida ao futuro¹⁵⁵.

Todavia, no ponto, a teoria de Schünemann não é refratária às críticas de Roxin, para quem a posição de garante baseada na ingerência é viável e, além disso, compatível com a teoria do domínio sobre a causa do resultado. A refutação da ingerência como fundamento da

¹⁵² SCHÜNEMANN, Bernd - **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 170-171.

¹⁵³ Em sentido semelhante, v. ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II**. p. 852.

¹⁵⁴ ROXIN, Claus - **Op. cit.**, p. 853.

¹⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd - **Fundamentos y limites de los delitos de omisión impropia**. p. 364.

posição de garante cria uma situação contraditória: não se concebe como o sujeito pode ser punido pelo começo da lesão, mas não por seu desdobramento e consequências¹⁵⁶.

Verdade é que Roxin não desenvolveu seu raciocínio a ponto de cercar sua posição contra a objeção do *dolus subsequens*¹⁵⁷. Porém, essa armadilha é facilmente vencida com recurso à teoria significativa da ação, a qual operou no direito penal uma profunda mudança de perspectiva. Esse novo paradigma é apto a conciliar a ingerência com o critério do domínio.

Sob o prisma desse novo sistema metodológico de concepção da ação e da omissão, a ingerência, assim como as funções lógico-materiais de controle e vigilância não criam situações de imputação penal. Ao contrário, restringem-nas. A punibilidade é determinada pelo tipo e pela matriz de equiparação, a qual já está inserta no sentido (comum) do termo omissão. Não fosse a previsão, na parte geral, da ingerência e de outras funções de assunção de dever, um universo maior de indivíduos estaria na contingência de ter que prestar contas à justiça penal por suas omissões causais.

Nesse sentido, a ingerência e as funções de controle e vigilância e de proteção balizam o campo de imputação. Destarte, tais categorias cumprem uma função de garantia no âmbito da teoria do crime, pré-excluindo, de acordo com decisões de política criminal, situações que seriam a princípio puníveis.

Um exemplo deixará o raciocínio mais claro: dois condutores de veículo automotor que trafegavam por local ermo, por culpa de um deles, envolvem-se em uma colisão. Um terceiro condutor, para não colidir com os outros veículos, realiza uma manobra brusca, vindo a perder o controle e cair em uma ribanceira. Os dois condutores deixam o local sem prestar socorro aos ocupantes do terceiro veículo, nem comunicar aos órgãos de resgate. A perícia comprova que os ocupantes do veículo ficaram presos às ferragens e faleceram muitas horas depois, de modo que poderiam ter sido salvos se ao menos um dos condutores ilesos tivessem chamado os socorristas.

¹⁵⁶ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 903.

¹⁵⁷ “Ahora se aprecia lo que es materialmente la responsabilidad por injerencia: una *hija del dolus indirectus del Derecho común*, equilibrada con el principio de culpabilidad, un principio del *versari in re illicita* reducido al *dolus subsequens*. Si bien, al requerir la posibilidad de evitar, se ha eliminado el defecto básico de estas antiguas teorías, lo cierto es que las consecuencias de la acción no se imputan a través de la culpabilidad por el hecho, sino a través de un dato subjetivo del autor existente en un momento posterior. Y aun cuando este *dolus subsequens*, elevando la no evitación a la categoría de hecho, es defendible dogmáticamente, se allana así por completo la diferencia decisiva que existe entre el *dolus agens* en el momento del ejercicio del dominio y el *dolus subsequens* (esto es, la decisión posterior de dejar que las cosas sigan su curso) y que se funda en la naturaleza de las cosas; *la mala voluntad pasiva se equipara a la acción ilícita activa*”. (SCHÜNEMANN, Bernd - **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia.** p. 371).

Nesse caso hipotético, verifica-se que ambos os condutores ilesos tinham o domínio sobre a causa do resultado, porquanto, por se tratar de local ermo e não ter havido testemunha, o conhecimento sobre o local da derrapagem e o tempo eram decisivos para a ação salvadora. Além disso, omitiram-se, embora pudessem evitar o resultado mais grave sem risco pessoal. E a omissão, no caso, equivale à ação segundo o sentido do texto.

Agora a hipótese: ambos devem responder por homicídio doloso?

A aplicação isolada da teoria do domínio do fato levaria a uma resposta positiva. A teoria significativa da ação conduziria à mesma resposta. À luz da teoria das funções, a questão seria inconclusiva.

De outro lado, a compreensão da ingerência e das funções de controle e proteção como redutores do campo de imputação, aqui defendida, leva a uma solução justa e revisável segundo as finalidades da política criminal.

No exemplo, apenas o condutor que criara a situação de risco deve responder por homicídio doloso, se prevista a figura da ingerência no código penal. Embora tivesse o domínio sobre a causa do resultado, o condutor não culpado pela colisão não responde por homicídio, ante a regra de garantia da ingerência. Evidentemente, ele não estaria isento da responsabilidade por crime de omissão de socorro (omissão própria).

A proposta aqui apresentada, que muda por completo o ângulo de incidência da norma de determinação, põe termo às discussões sobre a suficiência da ingerência como fundamento autônomo da responsabilidade por omissão. A par disso, a proposta não contradiz a matriz da equiparação com o delito comissivo.

Por conseguinte, é dispensável apelar-se a uma possível reforma do direito positivo, como sugerida por Schünemann¹⁵⁸, para criar um tipo qualificado de omissão de socorro para abarcar os casos de ingerência. A não ser que, por razões de política criminal, o legislador opte por impor ao autor da fonte de perigo uma pena mais branda.

Cabe uma última observação sobre a ingerência. Não é preciso que a ação precedente seja contrária ao direito ou haja criado um risco não permitido. Se assim fosse, a ingerência perderia seu *status* ôntico, assumindo uma feição normativa, e, assim, seu conteúdo estaria a mercê dos subjetivismos do intérprete.

A ingerência, enquanto conceito extraído da realidade fenomênica (dado lógico-material), deve ser tomado pelo direito como tal. Sendo assim, a ingerência não pode ser outra coisa senão risco adicional ou incremento do risco, despojada de componentes normativos.

¹⁵⁸ SCHÜNEMANN, Bernd - **Fundamentos y limites de los delitos de omisión impropia**. p. 367.

Ordeig, embora por via de outro fundamento, chega à mesma conclusão¹⁵⁹. Ao analisar o famoso caso do *spray* de couro, Ordeig adere à corrente doutrinária – que vem ganhando cada vez mais adeptos – de que a ingerência abrange as situações de “risco incrementado” ou especial, quando comparado à “conduta normal e cotidiana”¹⁶⁰.

De fato, a exigência de uma ação precedente contrária a um dever restringe de forma demasiada a responsabilidade penal do omitente, sobretudo no mercado de consumo. A fabricação e comercialização de produtos para consumo humano, quer seja para ingestão, inalação, injeção ou contato, acarretam riscos. A ingerência toma corpo quando esses riscos desbordam do padrão de normalidade, segundo os conhecimentos técnico-científicos de que se dispõem no momento.

Assim, é evidente que o fabricante de alimentos assume a posição de garante quando manipula substâncias tóxicas, alergênicas ou que possam causar reações adversas. Já os dirigentes de indústrias farmacêuticas, pela própria natureza dos fármacos, os quais se destinam necessariamente a interagir com o organismo humano, sempre se colocam como garantes. O incremento do risco é inerente aos produtos farmacêuticos.

É fácil perceber que a ideia de risco especial ou adicional, além de ser coetânea com o substrato ôntico da realidade que se propõe a exprimir, refreia de forma moderada o vetor da responsabilidade por omissão.

3.2 Posição de garantia como restrição da comissão por omissão

Portanto, como dito no tópico anterior, e contrariamente ao que sustenta parte da doutrina, a inclusão da figura do garante na parte geral dos códigos não tem a virtude de legitimar a punição da comissão por omissão. É dizer, não se trata de uma cláusula de extensão.

O art. 10.º do Código Penal português, art. 13, § 2.º, do Código brasileiro, e art. 11 do estatuto espanhol têm a virtude de restringir o âmbito do punível, cujo perímetro é demarcado *in integrum* pelos tipos legais. É que estes são redigidos de “maneira causal”, de modo que a comissão por omissão pode ser deduzida da parte especial dos códigos. Por isso, os sistemas jurídicos que não incorporaram a chamada cláusula geral da posição de garante não estão em contraste com a máxima *nullum crimen sine lege*, como também inexistia violação a

¹⁵⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La omisión impropia en la dogmática penal alemana: una exposición**. p. 13 e ss.

¹⁶⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Op. cit.**, p. 58. Roxin defende posição contrária (Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo II**. p. 922-923).

esse princípio antes das mudanças legislativas que resultaram na inserção daqueles dispositivos na parte geral dos códigos. Em outros termos, inexistia déficit de legalidade. Antes, a punição da omissão imprópria era e é decorrência lógica do princípio da legalidade e da eficácia valorativo-mandamental dos tipos penais¹⁶¹.

A equivalência entre ação e omissão, segundo a linguagem ordinária, implica afirmar que “são igualmente objeto das normas, tanto de valoração como de determinação [...]”¹⁶². Daí a assertiva de que, além de compatível com o princípio da legalidade, a punição da comissão por omissão é decorrência dele.

Na mesma linha, Dopico Gómez-Aller afirma que os títulos que estabelecem o dever de agir são “uma restrição tipológica ulterior”, e não o fundamento da comissão por omissão¹⁶³.

Silva Sánchez parece compartilhar da mesma opinião. Ele afirma que o dever especial do administrador, no caso da delinquência empresarial, é condição necessária, mas não suficiente para a imputação¹⁶⁴. De fato, ter o dever de evitação, seja porque as legislações societária e de proteção do consumidor impõem-lhe o encargo de bem gerir a instituição para que cumpra a sua função social, seja porque a exploração do empreendimento é fonte de riscos, permitidos e não permitidos, não basta para a punição do gestor por fato de seus subordinados. Esse dever especial não se confunde com a “equivalência” inerente ao tipo omissivo, o qual constitui um juízo adicional.

Interessa, pois, mirar o significado da expressão contida no tipo. Ação é o significado. A norma se ocupa de comportamentos positivos, em regra, porque o indivíduo que delinque está, antes do crime, em uma posição neutra ante o bem tutelado e na sequência adota comportamento positivo. Portanto, quis o legislador, para não tornar o texto fatigante, usar técnica mais sintética e, pois, mais conveniente.

¹⁶¹ CARBONELL MATEO, Juan Carlos – **Texto de la ley, lenguaje común y posición de garante. In Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal.** p. 252 e 257, nota.

¹⁶² “La equivalencia significativa entre movimiento corporal y su ausencia – que, por cierto tan fácil es explicar desde el uso del lenguaje ordinario y del sentido que atribuimos a las palabras y a los hechos intencionales – implica que, allí donde se dé sea necesario entender que son igualmente objeto de las normas, tanto de valoración cuanto de determinación. Y que la infacción de éstas se produce de manera significativamente igual”. CARBONELL MATEO, Juan Carlos – **Texto de la ley, lenguaje común y posición de garante. In Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal.** p. 255. V. também, na mesma obra, p. 237.

¹⁶³ Apud RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio – **El lenguaje de la vecina e la posición de garante como redundancia en la comisión por omisión.** p. 249.

¹⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa.** p. 118.

Entretanto, a equivalência entre ação e omissão não implica a existência de posição de garante, sendo a recíproca verdadeira: ser garante não acarreta por si só equivalência¹⁶⁵. Esta depende do resultado da prova, segundo o padrão probatório exigido pela lei processual.

Em suma, a cláusula que institui a figura do garante cumpre uma função de garantia, atuando como limite da punibilidade: impede a punição de condutas omissivas que, segundo a linguagem comum, revelem-se equivalentes à comissão¹⁶⁶.

3.3 Reformulação do conceito de dolo¹⁶⁷

A atitude interna do omitente interfere na graduação da pena¹⁶⁸. Em consequência, a omissão dolosa apresenta carga de desvalor superior à da omissão culposa, mesmo que não haja distinção quanto ao resultado.

Mas essa assertiva conduz a uma pergunta inevitável: em que consiste a omissão dolosa? O elemento volitivo ostenta relevância na teoria da omissão?

A resposta é sim. Contudo, a vontade possui diminuta importância para fins de imputação, pois, ainda que possa ser aquilatada pelo juiz segundo as circunstâncias fáticas, ela pode não ser o único sentimento a povoar a mente do sujeito no desenrolar do comportamento omissivo.

Esse fenômeno não passou despercebido pelos penalistas contemporâneos. Bernd Schünemann tratou do tema ao revistar o conceito de dolo em trabalho recente.

Como premissa, é preciso assentar que em um reduto conceitual vulnerável às armadilhas do normativismo, como o é o da teoria da omissão imprópria, a maior permeabilidade da dogmática da omissão a dados lógico-reais oferece-lhe um melhor ponto de apoio e equilíbrio. É o que se vê na tentativa de Schünemann e outros autores em patrocinar a transição do conceito filológico ou classificatório de dolo, fruto da doutrina tradicional, para um conceito flexível, denominado tipológico (*typusbegriff*).

O autor mostra que o componente psíquico do dolo reconduz-se cada vez mais ao aspecto cognitivo. À vontade tem se relegado um papel menos relevante, inclusive na distinção com a culpa consciente. Sendo assim, o conceito de dolo deixa de ser apenas psicológico,

¹⁶⁵ CARBONELL MATEO, Juan Carlos – **Texto de la ley, lenguaje común y posición de garante. In Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal.** p. 252.

¹⁶⁶ *Idem* – **Op. cit.** p. 257-258.via

¹⁶⁷ V. SCHÜNEMANN, Bernd – **Estudios de derecho penal, derecho procesual penal e filosofia do direito.** p. 129 e ss.

¹⁶⁸ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 802.

passando a reunir elementos subjetivos e objetivos. Trata-se de uma mudança paradigmática no cerne da teoria do crime¹⁶⁹.

Para ilustrar seu pensamento, Schünemann retoma o antigo debate sobre a distinção entre dolo eventual (o tipo mais fraco de dolo) e a culpa consciente. O erro da doutrina tradicional, segundo o autor, é crer que, no caso do dolo eventual, o delinquente mantém uma atitude interna inalterada e constante. Entretanto, citando dois casos julgados pelo *BGH*, Schünemann demonstra que o sujeito, quando não deseja o resultado, pode esboçar atitude psíquica oscilante durante todo o *iter criminis*, pendendo da confiança à esperança de não realização do resultado, ou resignar-se quanto à ocorrência do resultado¹⁷⁰.

Com essa constatação, extraída da observação empírica, não há como justificar a distinção conceitual entre dolo eventual e culpa consciente, e a enorme desproporção entre as penas atribuídas a cada figura delitiva.

Nesse sentido, o elemento volitivo dá lugar a critério objetivos, a saber, a qualidade e quantidade do risco. O conhecimento acerca da *quale et quantum* da conduta (comissiva ou omissiva), ou seja, “o conhecimento dos efeitos da própria ação”, leva o sujeito a responder por crime doloso.

Nisto reside a principal descoberta do autor alemão: conhecimento é por natureza variável. O sujeito pode ostentar maior ou menor compreensão sobre os efeitos de sua ação ou omissão. A diferença de intensidade do elemento cognitivo varia da prognose à certeza. Em qualquer deles, o agente ou omitente conserva o poder de interromper o curso causal. Se não o faz, posto que não deseje o resultado, agirá como dolo¹⁷¹.

Por fim, Schünemann afirma com precisão que a manifestação menos intensa de um dos elementos psíquicos é compensada com a presença mais intensa do outro. Assim, se o sujeito repudiar o resultado, mas demonstrar conhecimento elevado sobre o risco de lesão, haverá dolo. O mesmo se diga quanto à hipótese em que ele quer o resultado, mas possui reduzida compreensão sobre a eficácia de sua conduta. A resultante desses dois vetores, a depender da carga de intensidade de um e outro, indicará a presença de dolo de perigo ou dolo de lesão: “o dolo de perigo diferencia-se do dolo de lesão através da manifestação, no todo, mais fraca dos elementos do dolo¹⁷².”

¹⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd – **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 129-130

¹⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd – *Op. cit.*, p. 131-132.

¹⁷¹ SCHÜNEMANN, Bernd – *Op. cit.*, p. 133-135.

¹⁷² SCHÜNEMANN, Bernd – *Op. cit.*, p. 136 e 139.

Em texto anterior sobre o conceito tipológico de dolo, fizemos a seguinte observação:

Não é de hoje que essa *verdade*, sobretudo quanto ao componente volitivo, está sendo posta à prova. Contudo, no que nos interessa no momento, transparece do estudo sobre omissão penal, de modo mais luzente do que em outras oportunidades, que a vontade tem menor relevância para o direito penal moderno, no horizonte da sociedade de risco, do que o tinha no passado, e que a consciência pode apresentar intensidade variada.

Como assinala Schünemann, assiste-se a dois fenômenos na conceituação do dolo. O componente cognitivo (conhecimento) não é qualitativa e quantitativamente linear ou constante. O sujeito pode ostentar conhecimento sobre a realidade típica que varia da (i) mera possibilidade de resultado para (ii) a certeza de resultado¹⁷³.

O componente volitivo (querer) pode ser dispensado – isso mesmo, dispensado. Tal ocorre quando há intenso conhecimento e grave risco ao bem jurídico. Este último (risco) junta-se agora aos dois componentes tradicionais (vontade e consciência) como *elemento objetivo* do dolo, em uma relação dinâmica. Assim, a falta do elemento volitivo é compensada pelos outros dois elementos, um subjetivo (cognição), e um objetivo (risco não permitido ou desprotegido). Eis aqui um novo conceito de dolo, denominado por Schünemann como *tipológico*, em contraposição ao conceito tradicional ou filológico.

Sob esse novo prisma, há uma objetivação limitada do conceito de dolo, pois o dado empírico ou psíquico é preservado. A vontade, malgrado dispensada à partida, se se fizer presente, será valorada. A consciência, não obstante necessária, pode sofrer variação de intensidade sem que isso implique no afastamento do dolo. Portanto, esse novel paradigma é uma síntese conciliadora entre a visão normativista e ontológica. Faltando por completo conhecimento da mera *possibilidade do resultado* (estágio mais rudimentar do tipo doloso), não haverá dolo, ainda que se realize um risco não permitido ao bem jurídico¹⁷⁴.

Essa é também a opinião de Silva Sanchez. O jurista catalão advoga, com apoio em Frisch, que o conteúdo do dolo, de natureza cognitivo-volitivo, tem sofrido mutação. A vontade perde relevância em favor do conhecimento.

Até mesmo um conceito simplificado de dolo, com ablação da dimensão volitiva e ancorada apenas no conhecimento, está em crise. Hoje, segundo ele, sustenta-se a existência de

¹⁷³ SCHÜNEMANN, Bernd – *Op. cit.*, p. 129 e ss.

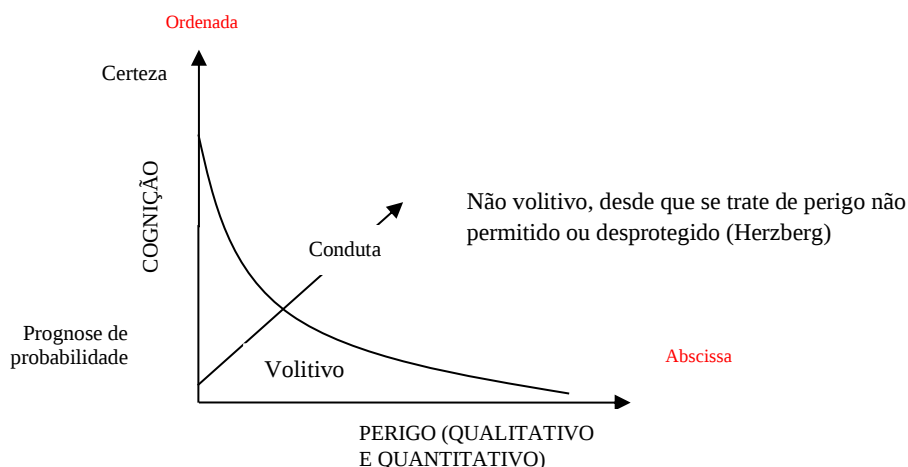
¹⁷⁴ LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade penal por omissão nos crimes empresariais**. p. 33 [Cf. *supra* nota 6].

dolo mesmo quando não fique demonstrado um conhecimento real e atual, como é o caso da ignorância deliberada, que encontrou boa guarida no direito anglo-saxão. A jurisprudência espanhola já admitiu essa figura e ensaiou requisitos para o seu reconhecimento. Trata-se de uma concepção de dolo relevante para o enfrentamento da criminalidade econômico-empresarial¹⁷⁵.

Vives Antón já dizia que o conceito de omissão não comporta “intenção subjetiva”. Para o autor, o problema da omissão “é um problema de sentido”¹⁷⁶.

O plano cartesiano abaixo, extraído do estudo preliminar sobre o tema aqui enfrentado¹⁷⁷, condensa as ideias sobre a omissão imprópria dolosa, à luz do conceito tipológico sistematizado por Schünemann:

FIG. 1: PLANO CARTESIANO - CRIME DOLOSO



O ponto de interseção entre a coordenada “cognição” e a coordenada “perigo”, nos planos *volitivo* e *não volitivo*, é a síntese do domínio do facto.

¹⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 25-27.

¹⁷⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S. – **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales**. p. 259.

¹⁷⁷ LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade penal por omissão nos crimes empresariais**. p. 35 [Cf. *supra* nota 6].

4. RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPRESÁRIO POR OMISSÃO

4.1 Aplicação das proposições

Neste ponto, faz-se necessário submeter as premissas conceituais propostas ao teste de coerência e justeza teóricas.

A atribuição ao dirigente do fato cometido por meio da empresa, como obra sua, impõe ao juiz que examine se o seu comportamento omissivo “deu causa” ao resultado típico, segundo o sentido do texto, e se recaía sobre ele o dever especial de proteção do bem jurídico ou de vigilância sobre a fonte de perigo. Essas são, sem dúvida, as questões fundamentais.

A imputação do tipo de injusto sistêmico aqui tratado requer do aplicador da norma mais do que um juízo descritivo-atributivo. A resposta àquelas duas questões exige que ele realize um juízo valorativo complexo, de natureza epistêmico-normativa, a fim de que fiquem demonstrados os pressupostos da responsabilidade penal por omissão, a saber:

(i) que a omissão do dirigente equivalha *in concreto* à ação típica, segundo o significado conferido pela linguagem comum empregada no texto do tipo legal;

(ii) que tenha recaído sobre o dirigente o dever especial de evitação (posição de garante), o qual é determinado pelo domínio sobre o fundamento do resultado ou ingerência;

(iii) que o dirigente possuía autonomia (*rectius*, liberdade) para intervir, diretamente ou por intermédio de outrem (possibilidade de atuação);

(iv) que fique demonstrado que o risco ingressou (dolo) ou poderia ter ingressado (culpa) na esfera de conhecimento do sujeito que exerce a de gestão da empresa¹⁷⁸.

A aproximação do tema tem como ponto de gravidade o fato de que o significado de omissão é mais abrangente do que o de ação. Em outros termos, a gramática da omissão é mais complexa. Assim, os pressupostos de imputação cumprem um caminho inverso, reduzindo o campo de atribuição da responsabilidade que, na origem, era mais alargado. A decomposição do juízo de imputação torna o raciocínio de atribuição de culpa mais metódico e transparente, favorecendo o controle pelas partes e Tribunais e o funcionamento do sistema.

¹⁷⁸ Para Jesus-Maria Silva Sánchez, os requisitos para a punição do dirigente empresarial por fato lesivo causado pelo serviço ou produto seriam os seguintes: o fato surgir no âmbito de sua competência (posição de garante); que ele podia e devia atuar segundo os “termos do compromisso assumido”; que fosse possível a evitação; e, imputação subjetiva (dolo ou culpa). Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 118 e ss.

E não é mera redundância agregar à solução que descende do texto – ainda que tomado na plenitude do que propicia a linguagem ordinária do foro – os outros quatro momentos do juízo de valor do comportamento omissivo. O tema lida com os direitos mais caros ao indivíduo. Sendo assim, a ciência penal não pode desprezar conceitos que se prestam a restringir a esfera do punível¹⁷⁹ e caminhem em direção a um modelo de direito penal de caráter fragmentário e formulado como a *ultima ratio*. Nessa perspectiva, é indubitável que os art. 10.º, 13, § 2.º, e 11 dos Códigos Penais de Portugal, Brasil e Espanha, por exemplo, limitam a punição de condutas omissivas que, segundo o sentido do texto, poderiam ser à partida equivalentes à ação¹⁸⁰, máxime diante do triunfo do direito penal simbólico.

Em outros termos, a figura do garante, a imputação objetiva, a capacidade concreta de evitação e a imputação epistêmico-normativa funcionam como um corretivo da inflação legislativa e do uso cada vez mais comum de tipos abertos e de normas penais em branco. É como se a omissão-segundo-o-sentido-do-texto esboçasse o círculo do punível, e os demais pressupostos de imputação, deformações desse círculo, delineando o que não encontra adequação típica¹⁸¹.

De todo modo, o texto opera mais do que um ponto de referência típico. Na verdade, todos os demais momentos do juízo de imputação mencionados reconduzem-se, em última análise, ao sentido do texto legal. Consoante sublinha Vives Antón, omitir não significa tão-somente “não fazer”. Na verdade, expressa um não fazer algo esperado e também devido, por estar inserido nos domínios do direito¹⁸².

A dogmática subestima a eficácia da linguagem comum como reservatório de conceitos sobre a conduta humana. Seu componente normativo permite que o termo “omitir” seja muito mais do que simples não-fazer. O termo possui uma carga de sentido mais rica e complexa.

¹⁷⁹ “[...] Outra pergunta normativa é sobre se já a omissão de uma chance real de salvamento (isto é, a omissão de uma ‘diminuição de risco’ deve ser suficiente para responsabilizar o garantidor pelo tipo do delito de resultado. Isso deve ser em princípio negado, caso contrário a exigência de um aumento do risco, que nas condutas comissivas deve adicionar-se à causalidade e funciona como um limitador da punibilidade, substituiria a (quase-)causalidade na omissão e ampliaria, assim, a punibilidade – um resultado inaceitável que viraria de ponta-cabeça a relação hierárquica (*Rangverhältnis*) entre ação e omissão” (SCHÜNNEMANN, Bernd – **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. p. 165).

¹⁸⁰ CARBONELL MATEO, Juan Carlos – **Texto de la ley, lenguaje común y posición de garante**. p. 253.

¹⁸¹ “La primera nota que debe resaltarse es que la creación de una norma penal supone adoptar una resolución política: la de seleccionar los valores a tutelar penalmente, describiendo las conductas que se pretende evitar, en función de su negatividad para esos valores” (CARBONELL MATEU, Juan Carlos – **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. p. 49).

¹⁸² VIVES ANTÓN, Tomás S. – **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. p. 326.

De todo modo, conforme afirma Vives Antón, que faz ressoar os pensamentos de Wittgenstein, tanto a ação como a omissão possuem um “substrato fático”: o movimento corporal na primeira, e a espera, na segunda”. Por isso, o intelecto é capaz de realizar a equiparação entre ação e omissão¹⁸³.

Vale ressaltar que a linguagem comum que permite a equiparação não é a profana, mas a jurídica, isto é, a “linguagem das leis”. Assim, a ciência penal não deixa de cumprir um papel fundamental no processo de subsunção típica da omissão¹⁸⁴.

Seria inadequado extrair dos tipos de resultado a figura omissiva se a norma penal fosse interpretada apenas de modo abstrato ou formal. Mas não é assim. A gramática de subsunção não é algo mecanicista, mas valorativa e epistêmica.

Por fim, o dirigente da empresa será responsabilizado por delito doloso se, presentes os demais pressupostos da omissão típica, o risco ingressou em sua esfera de conhecimento. Faz-se ablação do elemento volitivo, se o nível de conhecimento for elevado. Ou seja, é de somenos importância que o garante não tenha desejado o resultado típico, pois inexiste diferença entre culpa consciente e dolo eventual.

O desvalor da omissão e do resultado é o mesmo se o sujeito deixou de intervir para evitar o fato, descumprindo um dever especial de evitação, esquivou-se porque confiou na sorte ou na capacidade da empresa de mitigar os prejuízos, ou porque lhe era indiferente o resultado. No curso dos acontecimentos, o sentimento do sujeito oscila entre diferentes estados anímicos em relação ao bem jurídico tutelado, sem que isso interfira no título de imputação.

4.2 Arranjos organizativos

4.2.1 Repartição de funções

Se o fato não guarda pertinência com o âmbito pessoal de competência do sujeito, isto é, se o fato é alheio à sua área de atuação na empresa, segundo a organização interna da entidade, não se pode afirmar que ele tinha o domínio sobre a causa do resultado. Em consequência, é impróprio concluir que ele ocupava a função de garante.

A imputação pressupõe que o curso danoso ou *iter*, em qualquer de seus momentos ou fases relevantes (*i. e.*, desde a criação do risco permitido ou proibido, ou sua desproteção,

¹⁸³ VIVES ANTÓN, Tomás S. - **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal.** p. 163.

¹⁸⁴ *Idem* – **Op. cit.** p. 164-165.

até a sua realização) esteja relacionado às atribuições do gestor. Por exemplo, se um dos funcionários da empresa, por conta própria e sem se valer da estrutura ou facilidade que lhe proporciona o cargo, ofende bem jurídico de terceiro, o facto não ingressa no âmbito de organização da empresa e, muito menos, na esfera de competência de quaisquer dos gestores.

A conclusão aqui realizada é pertinente às estruturas empresariais hierarquizadas e complexas ou cujas tarefas sejam repartidas nos planos horizontal ou vertical. Se o curso danoso não guardar afinidade com as atividades desenvolvidas pela unidade ou órgão, seu gestor não responderá pelo facto, porque não tem *in casu* dever de proteção ou vigilância¹⁸⁵. Tampouco poderá ser considerado autor do foco de perigo (ingerência).

Assim, tem razão Silva Sánchez ao afirmar que a divisão interna de atribuições – algo não só permitido, mas também fomentado pelo direito – acarreta delimitação de distintas esferas de competência, balizando a dimensão do dever de cada dirigente¹⁸⁶. Daí a importância de o juiz investigar a área de atuação do administrador no seio da estrutura empresarial como ponto de partida para a eventual formação do juízo de culpa da comissão por omissão.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a delimitação do encargo segundo as atribuições funcionais não implica em responsabilidade penal objetiva. Ao contrário, cuida-se, como visto, de uma limitação proporcionada pelas funções de proteção e vigilância ditadas pela teoria do domínio (função de garantia).

De regra, o sócio administrador responsável apenas pela área comercial não tem ingerência sobre o pagamento de tributos. O gestor financeiro, por sua vez, não interfere nos assuntos ligados à prestação de serviços ou fabricação de produtos. Sendo assim, não se pode afirmar, em casos em que isso fica evidenciado, que um teria se omitido quanto a danos produzidos em área afeta a outro. Omissão é definida como “a espera de algo que normalmente haveria de ocorrer”¹⁸⁷. Não é comum esperar que administradores ou empregados atuem em áreas distintas daquelas em que exercem funções no âmbito da empresa, sobretudo as de maior porte e com estrutura departamentalizada. O enunciado linguístico que define a posição de garante, como o previsto no art. 10º do CP português, exclui a responsabilidade penal de quem desenvolve uma esfera de organização – pessoal e profissional – alheia àquela que deu ensejo ao fato, salvo se também omitir diante de um dever pessoal (ex., o diretor financeiro não autoriza a destinação de recursos para obras de reforço da estrutura do reservatório). Afinal, o preceito legal expressa-se por meio do vernáculo e, por isso, sujeita-se às regras da semântica

¹⁸⁵ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo – **Autoria e participação em organizações empresariais complexas**. p. 36.

¹⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 123 e ss.

¹⁸⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. – **Fundamentos del sistema penal**. p. 290-291.

a fim de tornar possível o processo comunicativo. Se o sentido ordinário do texto for ignorado, a norma ficará alijada de sua função preventiva.

Por conseguinte, a posição de garante acompanhará as diversas divisões competenciais da empresa, em seus vários níveis e especializações. Há, é certo, uma imbricação com a questão probatória. Mas isso não desnatura a relevância do organograma na assunção de riscos, pois estes são inerentes às atividades assumidas por cada dirigente situado na escala hierárquica do empreendimento.

A divisão competencial é estabelecida *a priori*, como pré-limitação da atribuição do dever especial de evitação. E a questão não é diferente se determinado dirigente tomou conhecimento sobre eventuais fontes de perigo desprotegidas ou desvigiadas inerentes à esfera competencial de outro dirigente, situado no mesmo nível hierárquico, e não impediu o resultado.

O ponto merece maior detalhamento. Em outro momento, ficou explicitado que omissão deve ser interpretada no sentido comum e que, por isso mesmo, o termo diz muito mais do que um “não fazer”. Ou seja, não se trata de uma mera abstenção, um *non facere* ou uma inação. “Omissão” suscita uma carga semântica muito mais complexa na linguagem comum. É um *non facere* qualificado. Do mesmo modo, o termo dever possui sentido pleno, segundo a linguagem comum, e explicita que os pais têm que proteger os filhos, o transeunte solícito não pode deixar o cego no meio da via pública durante a travessia, o agricultor vê-se na contingência de tampar o poço para que as crianças da vizinhança não caiam. O alto funcionário da empresa mineradora responsável pelo reservatório deve implementar técnica eficaz de estabilização dos rejeitos e, ao menor sinal de perigo de colapso, adotar medidas efetivas de evacuação das áreas de risco. Essas hipóteses são convergentes com o sentido de “dever pessoal e especial” extraído da gramática, sendo desnecessário remeter às figuras do contrato, lei ou ingerência.

Sendo assim, o significado de dever pessoal e especial diz respeito, no âmbito da responsabilidade penal dos dirigentes empresariais, à esfera de competência de cada gestor. Fatos alheios à sua área de atuação e, pois, de sua contribuição pessoal para o incremento de fontes de perigo ou sua intensidade estão fora de seu âmbito de competência.

Veja-se que o direito penal extrai o conteúdo da esfera da competência do arranjo organizativo ou funcional dado pela realidade e, com ele, delimita-se o *non-facere* qualificado e penalmente relevante, isto é, a omissão.

A indagação sobre o modelo de distribuição das competências e poderes decisórios favorece, também do ponto de vista probatório, a identificação de quem, entre os membros do corpo diretivo da empresa, ocupa a posição de garante, isto é, aquele sobre o qual recaía o dever especial de proteção do bem jurídico ou vigilância da fonte de perigo.

Do mesmo modo, inexistente dever geral e genérico de evitação. A posição de garantia é, antes, um fator de limitação da responsabilidade penal. Presta-se como balizamento do sentido e alcance do termo “omissão”, previsto nos códigos penais do Brasil, Portugal e Espanha e em outros sistemas.

Por exemplo, se o atendente ou comissário de uma companhia aérea é tomado por acesso de fúria e agride um passageiro, o gerente do serviço de embarque ou chefe de tripulação não pode ser responsabilizado. Fatos dessa natureza, por serem alheios ao âmbito de competência do superior hierárquico – ninguém é admitido na empresa para controlar empregados coléricos e infrenes – são atípicos em relação a ele, sem prejuízo da responsabilização da empresa na seara civil.

Por isso, é um equívoco afirmar que os termos “omissão” e dever, inseridos no art. 13 do CPB e no art. 10.º do CP português, seriam desnecessários ou padeceriam de erro técnico¹⁸⁸. A previsão das hipóteses de posição de garantia servem como limitação da responsabilidade, função que também é cumprida pela remissão ao sentido do texto do tipo penal de ação.

De todo modo, convém sublinhar que é determinante o desempenho material das atribuições e não o cometimento formal de competências¹⁸⁹.

De outro lado, vieses cognitivos ou resultados típicos causados por processos regrados não são fatores excludentes da responsabilidade do dirigente. Os vieses cognitivos¹⁹⁰ podem ser causados pela transmissão, errônea, incompleta, distorcida ou intempestiva de informações sobre situações de risco envolvendo a organização. Essas representações mentais falsas levam a excesso de confiança, excesso de otimismo e ignorância, deliberada ou não¹⁹¹.

Se não houver repartição interna de funções, todos os dirigentes – sócios administradores, garantes com poder decisório, diretores, membros do conselho administrativo – assumem a condição de garantes. Nesse caso, o domínio sobre a causa do resultado é comum, de modo que a responsabilidade penal é partilhada por todos.

¹⁸⁸ Se que bem que a redação original do anteprojeto de lei de reforma do Código Penal brasileiro era mais adequada. Dizia assim o texto: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido”.

¹⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 125.

¹⁹⁰ “Um viés cognitivo é uma tendência que o sujeito manifesta no tratamento que ele faz da informação, de tal maneira que sua *performance* se afasta daquilo que se esperaria de uma análise objetiva, racional, lógica dos dados. Assim, em situações de aposta, o sujeito introduz implicitamente suas próprias ponderações subjetivas das chances e reage de uma maneira que não está de acordo com as probabilidades objetivas”. (DORON, Roland; PARAT, Françoise – **Dicionário de psicologia**. p. 780).

¹⁹¹ Sobre o tema, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 27 e 247 e ss.

Uma breve consulta da doutrina evidencia que não há ainda consenso acerca da matéria. Heloisa Estellita, por exemplo, concorda com a delimitação de responsabilidade penal segundo as competências individuais, embora por fundamento diverso¹⁹². É correto o seu entendimento de que, mesmo que tenham ciência da iminente prática de um crime favorecido pela estrutura empresarial ou a sua continuidade, dirigentes incumbidos da gestão de setores alheios àquele em relação ao qual o curso causal tem lugar não incorrem em comportamento omissivo.

Não obstante, ela afirma que o membro do conselho de administração da sociedade é “gestor originário” da fonte de perigo e, por isso, sempre exerce a condição de garantidor originário¹⁹³.

A interpretação do art. 13 do Código Penal não conforta a ideia de que existiriam um “garantidor originário” e de um “garantidor secundário”. A prevalecer esse raciocínio, poder-se-ia cogitar de outras classes de garantidores (terceiro nível, quarto nível etc.), como uma espécie de hierarquia de garantidores. E a ideia imanente a essa figura, qual seja, a de que o dever especial de evitação seria imutável e perene contrasta com as bases da teoria do domínio do fato – que pressupõe um domínio atual e efetivo.

Assim, se a organização interna for segmentada, e a gestão de cada setor especializado atribuída a pessoas diferentes, os membros do conselho deixam de exercer o domínio sobre a fonte do perigo ou sobre a proteção do bem jurídico, ainda que, no caso, a sua omissão equivalha à ação típica segundo o texto da lei.

Esse raciocínio também pode ser ilustrado com os casos dos rompimentos de barragens de rejeitos minerários: membros do conselho de administração da empresa mineradora mantêm reservatórios de rejeitos, vulneráveis à liquefação, em região povoada e próximos a zonas ambientais especialmente protegidas. Para a monitoração da solidez dos diques, os dirigentes da empresa contratam profissionais sem capacidade técnica e experiência. Por falhas na monitoração, o que leva a uma operação insuficiente de drenagem, os diques se rompem, provocando a inundação repentina de povoados, cursos d’água, áreas naturais protegidas e *habitat* de animais. Além disso, as falhas na monitoração impedem a evacuação emergencial, levando a óbito moradores e trabalhadores.

¹⁹² ESTELLITA, Heloisa – **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. p. 302.

¹⁹³ *Ibidem*.

Nesse caso, o comportamento omissivo dos membros do conselho de administração da companhia equivale, segundo a linguagem comum, às ações típicas descritas nas leis penais brasileiras como “matar alguém”¹⁹⁴ e “causar poluição”¹⁹⁵.

Contudo, é possível que nem todos os membros do conselho detivessem o domínio sobre a causa do resultado, que é examinado de acordo com as circunstâncias atuais. Assim, os integrantes do órgão colegiado máximo da empresa que não exercem efetivamente a gestão, que estejam momentaneamente afastados dos negócios sociais ou que, por desconhecimento técnico, apenas seguem as decisões dos demais não têm domínio sobre a causa essencial do resultado, ou seja, sobre a fonte de perigo ou a proteção dos bens jurídicos desviados. Também não há falar nessas hipóteses em ingerência.

Veja que os membros do conselho de administração ocupam o mesmo nível hierárquico na estrutura da companhia e o mesmo *status* funcional. Destarte, teoricamente, todos têm possibilidade para intervir e evitar o fato típico. Contudo, por condições individuais, a serem verificadas topicamente pelo juiz, nem todos tem o domínio sobre o “corpo orgânico” da empresa, de sorte que nem todos podem ser considerados garantes. O mesmo vale para outros dirigentes, situados nas demais escalas da estrutura funcional da organização.

4.2.2 Delegação de funções

O raciocínio desenvolvido quanto à hipótese de empresa estruturada em uma divisão de funções se aplica aos casos de delegação de funções diretivas¹⁹⁶. A delegação opera igualmente uma reconfiguração da posição de garantia, isto é, o deslocamento do eixo da responsabilidade por omissão¹⁹⁷. Para utilizar a expressão em voga na doutrina, a delegação acarreta a retirada do bem jurídico ou da fonte de perigo da “esfera de organização” do indivíduo.

A delegação da administração da pessoa coletiva é autorizada por lei e está orientada pelo princípio da descentralização que caracteriza a organização empresarial contemporânea¹⁹⁸. No Brasil, o tema está inserido na disciplina geral da nomeação de administradores estranhos ao quadro societário (v.g. art. 47, 50, 59, 1.011, 1.012, 1.060 e 1.061

¹⁹⁴ CPB, art. 121.

¹⁹⁵ Lei n. 9.605/98, de 12 de Fevereiro (LCAB).

¹⁹⁶ A expressão não compreende a delegação de funções executivas.

¹⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 133.

¹⁹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd - **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. p. 533.

do Código Civil, e art. 138 da Lei 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações). O Código Civil brasileiro, em seu art. 1.018, veda a subdelegação de funções, ressalvada a constituição de mandatário.

Em Portugal, a figura do administrador-delegado está prevista expressamente no art. 261º, n.º 2, 391.º, n.º 6, e, especialmente, no art. 407.º, n.º 8, do Código das Sociedades Comerciais¹⁹⁹. Esse último dispositivo traz uma regra pertinente para a temática abordada. Está ali estatuído que o delegante é responsável pela “vigilância geral” da atuação do administrador-delegado e pelos prejuízos por ele causados.

Desse modo, uma leitura açodada das normas extrapenais que disciplinam a delegação de funções no âmbito das sociedades empresárias poderia levar à conclusão de que os delegantes não se exoneram do dever especial de supervisão das fontes de risco, pois não abdicam da titularidade das funções ao delegar o seu exercício a outros profissionais.

Entretanto, esse dever de vigilância, prevista na legislação civil, não se confunde com o dever especial cometido à pessoa do garante, nem torna o delegante automaticamente responsável na seara penal pelas condutas comissivas ou omissivas do delegado. Como não poderia deixar de ser, os pressupostos fáticos das responsabilidades civil e penal não são coincidentes.

Além disso, como mencionado, a assunção da condição de garante pressupõe o domínio sobre a causa do resultado, cujas bases são lógico-objetivas. Sendo assim, uma mera regra formal, por si só, não torna o delegante responsável *ex ante* pelos delitos praticados pelo delegado²⁰⁰. Consoante observa Schünemann, “um dever jurídico-penal apenas pode ser deduzido das normas de imputação do direito penal, e não de uma norma a este externa”²⁰¹. Ressalva-se, obviamente, a hipótese em que atuam conjuntamente na gestão da atividade que culmina no resultado típico. É que nesse caso o delegante responderá por sua própria omissão.

Assim, os superiores, situados nas posições intermédias ou no ápice da pirâmide hierárquica, deixam de ter o dever de vigilância sobre a fonte de perigo ou de proteção do bem jurídico em caso de delegação.

¹⁹⁹ PORTUGAL. **Decreto-lei n.º 262/86, de 2 de Setembro**. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. [Consult. 10 Ago. 2019]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=524&tabela=leis

²⁰⁰ De acordo com Schünemann, o preceito legal não pode prejudicar a questão global da responsabilidade do garante (SCHÜNEMANN, Bernd - *Op. cit.*, p. 534).

²⁰¹ SCHÜNEMANN, Bernd – **Estudos de direito penal, direito processual penal filosofia do direito**. p. 166.

De lege lata, é um erro cogitar que o delegante só se isenta da responsabilidade se o delegado reunir as qualidades e habilidades para cumprir as funções²⁰². A norma penal não incrimina a má gestão da sociedade ou uma escolha errada de prepostos. Além do mais, a responsabilidade penal não pode estabelecer-se de modo indireto.

Assim, no ponto, é impossível concordar com a posição trilhada por Heloísa Estellita. Ela defende que o delegante tem o dever de escolher, para atuar como delegado, uma pessoa adequada ao desempenho das funções e que seja tecnicamente qualificada, com experiência profissional, e digna de confiança²⁰³. Se nem as legislações civil e administrativa impõem esse dever, o que dirá quanto à legislação penal. A tese, além de contrária aos princípios constitucionais da livre iniciativa e liberdade econômica, está divorciada da realidade. Muitos outros critérios legítimos, além da qualificação técnica, experiência e confiabilidade, influenciam na nomeação de administradores para a gestão dos negócios sociais. E nem sempre profissionais com todos os predicados citados pela autora são encontrados no mercado de trabalho, de modo que não há como afirmar que a contratação de jovens recém-formados ou familiares dos sócios, por exemplo, crie um risco proibido.

A par disso, não está claro por que o delegante, na opinião da autora²⁰⁴, permaneceria obrigado a supervisionar o desempenho do delegado com repercussões no campo penal. Se o delegante perde o poder real sobre a causa essencial do resultado e, de resto, age amparado pelo direito ao transferir as suas atribuições ao delegado, não pode ser punido por omissão.

Silva Sánchez leciona que a delegação de competências acarreta modificação nas “esferas de responsabilidade penal”. Há, em suas palavras, uma reconfiguração de responsabilidades, o que a difere da simples divisão de funções²⁰⁵.

Contudo, a posição por ele trilhada – de que determinados órgãos de gestão não podem delegar certas funções – não pode ser aceita. As configurações organizativas das estruturas empresariais são as mais variadas. A dinâmica do funcionamento das empresas permite naturalmente que funções executadas por um departamento e supervisionadas por outro sejam exercidas por outros empregados. E não é incomum a existência de delegações para tarefas específicas também.

²⁰² Em sentido diverso, v. PÉRES CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación**. p. 110-112.

²⁰³ ESTELLITA, Heloisa – **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. p. 156.

²⁰⁴ *Idem* – **Op. cit.**, p. 157.

²⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 131-132.

É um erro também afirmar que um órgão administrativo da empresa não pode delegar poderes porque não teria *a priori* nem conhecimentos nem capacidade técnica para tanto²⁰⁶. Nem sempre o órgão administrativo máximo da empresa, seja colegiado ou não, concentra o poder de deliberação sobre todas as questões relevantes da atividade da empresa ou institui programa de integridade e prevenção de ilícitos.

Enfim, o arranjo de atribuição de competências e as delegações de funções são mutáveis. Daí a necessidade de que o juiz investigue no caso concreto a estrutura organizativa adotada pela empresa e identifique, a partir dela, quem ostenta a posição de garante. Para tanto, cumpre-se fazer o caminho inverso do *iter criminis*, de baixo para cima na escala hierárquica, até atingir o extremo da cadeia de responsabilidade por omissão.

Não merece reparos a conclusão de Silva Sánchez de que sobre o órgão de administração (máximo) recaem os deveres de controle e vigilância invariavelmente, desde que se trate de estruturas empresariais pequenas²⁰⁷. Porém, nas grandes corporações, a divisão de tarefas e a delegação e subdelegações de competências, vertical ou horizontalmente, podem ser tão complexas que se afiguraria temerário afirmar a existência de tais deveres genéricos *a priori*. O risco de uma dogmática assim esboçada flertar com a responsabilidade objetiva é grande.

Mas Silva Sánchez aqui apela novamente para uma espécie de força criadora ou legiferante da dogmática, à revelia do legislador. Diz que a delegação não afasta o que chamou de “posição de garantia secundária”, o qual estaria fundada em competências residuais. Essas funções ou deveres residuais seriam o de “seleção, informação, formação, dotação de meios controle e vigilância, coordenação” a respeito do delegado e das atividades por ele executadas.

Não é preciso grande esforço para entrever nessa construção uma irremediável afronta ao princípio da legalidade. Atento a isso, José Luiz González Cussac adverte que a dogmática deve ser racionalizada apenas para interpretar o direito penal. Não pode substituir, anular ou modificar as normas positivas. Não é sua função fazê-lo e não é o intérprete o titular da legitimidade democrática imanente ao poder legislativo. Quando injeta “parâmetros metanormativos”, a dogmática perde seu caráter científico e neutro²⁰⁸.

González Cussac acrescenta que a dogmática deve ser reconduzida à sua missão de limite ao poder punitivo e deixar de cumprir um papel ideológico.

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 132.

²⁰⁷ *Idem* – **Op. cit.** p. 139.

²⁰⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis – **La fe ciega en el conocimiento experto**. p. 261-262.

E, nesse sentido, o oposto da concepção material da dogmática é a simplicidade ou economia de pensamento. A teoria dogmática não pode ir além do necessário, multiplicando “as causas, as hipóteses ou os pressupostos de um raciocínio”. Ao revés, a economia de “premissas” torna a abordagem mais plausível e segura. Por isso, para o professor valenciano, o objeto do estudo do direito penal é o direito positivo, a norma. A dogmática não se presta ao estabelecimento de “leis universais científicas”²⁰⁹.

Manuel Monteiro Guedes Valente compartilha uma visão crítica acerca do papel cometido à dogmática. Para o Professor da Universidade Autónoma de Lisboa, a dogmática presta-se a “reafirmar os Direitos Humanos”. No âmbito do direito penal, cabe à dogmática orientar o aplicador da norma acerca do sentido e alcance dos tipos penais, mas sem restringir direitos e a liberdade do sujeito passivo²¹⁰.

Em suma, proibir e cominar pena só podem ser obra dos órgãos com legitimação democrática²¹¹.

Há consenso de que a delegação implica na assunção, pelo delegado, da posição de garantia²¹². Se no âmbito fático, opera-se a transferência da esfera de competência de um membro da corporação para outro, provocando um rearranjo da repartição das funções, naturalmente, o modelo de responsabilidade penal por omissão seguirá essa reconfiguração.

Conquanto parte da doutrina não busque apontar o fundamento do deslocamento do eixo de imputação, a assunção fática do controle sobre a fonte de perigo cumpre esse desiderato. Por isso, apenas quem é incumbido de determinado *facere*, originalmente ou por delegação, está sujeito a omitir-se no cumprimento desse dever e, conseqüentemente, pratica uma conduta penalmente relevante.

Se, no plano fático, do ser, o delegante deixa de exercer influência sobre determinado âmbito organizativo, como se pode dizer que ele se omitiu diante de um acontecimento lesivo afeto às funções delegadas? Veja-se que a norma legal de determinação é construída em torno do verbo “omitir”. Sendo assim, qualquer construção teórica de imputação penal deve ser lastreada no sentido e alcance desse termo.

²⁰⁹ *Idem* – *Op. cit.*, p. 263-264.

²¹⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Os direitos humanos e o direito penal: uma (re)humanização emergente*. p. 292.

²¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis – *Op. cit.*, p. 265-266.

²¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. p. 137.

Por esse motivo, não há como emprestar-se adesão ao que Silva Sánchez denomina de “responsabilidade residual do delegante”²¹³. Aliás, a figura da “responsabilidade penal residual ou secundária” nem mesmo tem um significado claro.

Em síntese, é um equívoco invocar um suposto dever de vigilância e supervisão sobre o delegado. Basta lembrar que, no caso, o dever de garante repousa precipuamente sobre uma fonte de perigo. A relação entre o garante e o risco é de imediatidade. Do contrário, estar-se-ia instituindo a figura de um segurador ou protetor universal. O setor doutrinário encabeçado por Silva Sánchez chancela uma tese que vai de encontro aos postulados da culpabilidade, responsabilidade subjetiva e legalidade. Soluções próprias do direito civil, como a *culpa in vigilando et in eligendo*, não podem ser transpostas para o direito penal. Do mesmo modo, a interpretação pela via da responsabilidade do delegante como partícipe não resolve os problemas dessa concepção. A lei alude a dever de evitar e não a dever de instar a evitação²¹⁴.

Esse tema conduz a uma problemática ainda não solucionada pela jurisprudência ou pela doutrina: assim como sucede com a delegação de atribuição, a venda de produtos manufaturados ou a conclusão da prestação de serviços importa em sua retirada da “esfera de organização” e, pois, na pré-exclusão da responsabilidade penal?

A resposta há que ser negativa. O administrador da empresa responsável pela supervisão e direção do processo produtivo ou de prestação do serviço detém, mais do que qualquer outro, o conhecimento sobre a constituição da fonte de perigo e, por isso, possui melhores condições de conter o risco – agora desvigiado – inerente ao produto ou serviço. Portanto, o dever especial de vigilância, que deriva legalmente da assunção fática do controle e torna o *non facere* penalmente relevante, não cessa com a colocação do produto no mercado ou término da prestação do serviço, salvo se advém concausa absolutamente independente que inaugure uma nova relação de determinação.

Sendo assim, é fácil perceber que o sentido comum do termo omissão abarca a não evitação de danos provocados pelo produto ou serviço já inseridos na cadeia mercantil. Basta recorrer-se, pois, ao significado do termo na linguagem comum para concluir-se que o dirigente da empresa ostenta nessa hipótese conduta omissiva e se sujeita às iras da norma penal. Mais um exemplo da necessidade de desnortativização de conceitos, substituindo-se o emaranhado dogmático pela linguagem comum.

²¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. p. 139.

²¹⁴ *Idem* – **Op. cit.** p. 141.

Por fim, tratando-se de delegação formal, o delegante conserva o dever especial de vigilância justamente porque a posição de garante é firmada segundo uma relação ontológica. Dito de outro modo, mostram-se coetâneas com o princípio da legalidade as situações que revelem que, de fato, não houve delegação. É o caso em que o delegante atribui a um subordinado determinadas funções da área de descarte seguro de rejeitos poluentes, mas não lhe confere poderes para realizar despesas ou investimentos. Não há aqui “competências residuais” relativas a um suposto dever de “dotação de meios”, como afirmam alguns autores, mas uma ausência de delegação efetiva.

Sendo assim, o pseudo-delegante não fica exonerado de sua responsabilidade por eventuais delituosos.

4.2.3 Participação em órgão colegiado

Se o resultado típico provier de coisas, pessoas ou cursos de especial perigo sujeitos à competência organizativa de órgãos colegiados, os seus membros tornam-se garantes, salvo aqueles que se opuseram à existência da fonte do risco durante as deliberações. Não se trata, a toda evidência, de uma responsabilidade automática e arbitrária, porquanto os demais pressupostos de imputação devem se fazer presentes²¹⁵.

Mencionou-se acima que a inevitabilidade é pressuposto material do domínio sobre a causa do resultado. Forte nessa premissa, conclui-se que o que se opôs à organização que culminou na criação ou manutenção da desproteção do bem jurídico ou na causa essencial do resultado, mas saiu vencido do processo deliberativo, não tem poder de evitação. Quem não tem poder não tem domínio²¹⁶.

Em outros termos, parece não haver dúvida de que os integrantes do colegiado que aprovam, expressa ou tacitamente, a execução de uma atividade danosa, da qual resulta um fato subsumível a um tipo legal de ação de acordo com o sentido do texto, tinham a aptidão de impedir o resultado ou, pelo menos, de prover meios necessários para a neutralização dos riscos.

Porém, como as decisões no colegiado são tomadas por maioria, os vencidos ficam alijados do poder de influir no curso dos acontecimentos²¹⁷. Sendo assim, não há como afirmar a existência de domínio quanto a eles, embora, nos casos em que o perigo é grave e manifesto,

²¹⁵ PÉRES CEPEDA, Ana Isabel. **Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación**. p. 109.

²¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd - **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. p. 538.

²¹⁷ Em sentido semelhante, v. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel - **Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación**. p. 109.

ainda seja possível o recurso à assembleia, nas companhias de grande porte, ou às autoridades estatais para impedir o processo causal ou implementar ações de salvamento. Mas essas são atitudes inexigíveis que desbordam do âmbito de organização pessoal (ou “centro pessoal de controle”²¹⁸), pois o respeito à decisão maioria é fomentada pelo direito.

Em outros termos, ao se conformar com o resultado do processo deliberativo, o indivíduo não cria um risco juridicamente desaprovado. Recorde-se, ainda, que o resultado do processo deliberativo implica na assunção fática, pelos vencedores, da função de vigilância da fonte de risco e de proteção o bem jurídico desamparado.

De outro lado, se o membro do conselho se abstém de votar, mas não se posiciona de forma contrária à fonte de risco, ele pode ser responsabilizado a título de omissão imprópria, desde que presentes os demais pressupostos da omissão típica. Nesse caso, está caracterizado o desvalor da conduta, porquanto cada voto, ainda que não seja decisivo, tem poder suasório e, pois, aptidão para contribuir para a evitação do curso danoso. Recorde-se que os membros do órgão de administração são nomeados para influir no processo deliberativo.

Tomando como exemplo o caso *Lederspray*²¹⁹, já citado neste estudo, as bases conceituais aqui esposadas conduzem à conclusão de que o diretor da indústria que submeteu à apreciação do conselho de administração da empresa a questão do surgimento de novas lesões do produto não responde pelo delito de lesão corporal, dolosa ou culposa.

Embora o seu comportamento omissivo e os dos demais dirigentes da companhia fossem, no caso, equivalentes ao crime comissivo segundo o texto do tipo de lesão – *infligir lesão à saúde de outrem* (§ 223 do Código Penal alemão) – o diretor comercial não tinha o domínio sobre o fundamento do resultado.

Diferente é a situação dos membros do conselho de administração que, de forma unânime, não impediram a comercialização do produto defeituoso já colocado no mercado, o qual provocou sérias lesões em consumidores. Eles tinham o poder atual de evitar o resultado, promovendo a sua retirada do mercado.

Cada membro contribuiu para a prática delitiva com a sua omissão. O Tribunal posicionou-se corretamente ao rechaçar a alegação de que eventual voto contrário seria inócuo sob o argumento de que bastava a decisão da maioria para a deliberação. Embora o fato seja examinado globalmente, a responsabilidade é individual. Sendo assim, cada voto a favor da

²¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd – **Estudos de direito penal, direito processual penal filosofia do direito**. p. 171.

²¹⁹ Para um resumo do caso, v. TAVARES, Juarez – **Teoria dos crimes omissivos**. p. 369-372; e, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique – **La omisión impropia en dogmática alemana: una exposición**. p. 48 e ss.

continuidade da comercialização do produto constituiria uma contribuição causal ao resultado típico.

Roxin também examinou a tese, invocada no caso *Lederspray*, de inocuidade dos votos individuais, ou seja, de que a conduta seria atípica por ineficácia do meio. Para ele, o Tribunal agiu certo ao afirmar que todos os intervenientes que se omitiram em cooperar para a retirada do produto perigoso do mercado contribuíram com uma causa ou concausa para o resultado ilícito. Assim, o membro do colegiado só se eximiria do juízo de culpa se “tivesse feito tudo o que era possível e exigido para lograr a decisão devida”²²⁰.

De fato, o desvalor da conduta mostrou-se suficiente para a responsabilização penal. Para ilustrar o acerto da sentença, Roxin traça paralelo com a coautoria. Não se cogita da relevância causal *ex post* de cada contribuição. A essencialidade das condutas é estabelecida *ex ante*, sendo despidiendo que, em um juízo póstumo, conclua-se que o resultado adviria mesmo sem a contribuição de um dos coautores²²¹.

Com isso, não se quer dizer que a imputação ao membro do órgão colegiado independe do efeito real de seu voto. Ao contrário, parte-se da premissa de que cada votante aportou uma parcela de contribuição para o fato global. O que é irrelevante não é a eficácia prática de cada voto, mas o juízo hipotético de eliminação. O processo de produção de decisões complexas – no sentido oposto a decisões unitárias – requer, para a sua completude, a manifestação de todos os que compõem o *quórum* de deliberação, em um ou outro sentido. Veja-se que o processo deliberativo não poderia ser dado como aperfeiçoado (concluído) se os votos de todos os participantes não tivessem sido colhidos, mesmo na forma de abstenção. Persistindo dúvida sobre o significado do silêncio de um dos membros presentes, o processo de deliberação não se encerra. Por mais esse motivo, o voto individual jamais será irrelevante em termos causais.

De outro lado, o *BGH* alemão entendeu que o dever de garantidor dos dirigentes da empresa funda-se não em uma suposta ingerência (considerando que a composição da administração da empresa pode ter mudado ao longo do tempo), mas na existência de domínio

²²⁰ ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general. Tomo II.** p. 777. O autor fez ainda o seguinte comentário sobre a sentença: “Se le ha de dar la razón al BGH en el resultado. Cuando en el caso del *spray* para cuero todos los miembros de la directiva votaron contra la retirada del producto peligroso, su votación se integró en la decisión omisiva que trajo el resultado. Ahora bien, quien es concausa en la decisión omisiva es también causa del dano que surge de la misma [...]. La situación es aquí parecida a lo que ocurre en los cursos causales hipotéticos en los delitos comisivos, en donde el que ha causado el resultado no puede tampoco interpretar su causalidad suprimiéndola alegando como objeción que, de no haber sido él, otro habría podido producir el resultado” (*Idem*, **Op. cit.**, p. 778).

²²¹ ROXIN, Claus. **Op. cit.**, p. 778.

fático atual sobre a fonte de perigo, tal qual no delito de ação²²². No caso, não consta que o colegiado tenha implementado medidas neutralizadoras ou mitigadoras dos riscos, não obstante tenha sido alertado pelo diretor da empresa.

A evitação do resultado típico era possível, pois bastava que os integrantes do colegiado tivessem atendido ao aviso do diretor da empresa e suspenso a comercialização do produto. Houve, ainda, a criação de um risco desaprovado, notadamente ante os princípios da prevenção e precaução.

Ou seja, mesmo que os químicos do laboratório da empresa não tenham identificado qual componente seria tóxico e estaria provocando males à saúde dos consumidores, as evidências empíricas indicavam que a inalação do *spray* era a fonte dos problemas.

4.3 Dolo ou culpa

Em qualquer caso, a situação fáctica deve ser submetida ao teste dos requisitos gerais da tipicidade: dolo ou culpa. Nessa esteira, se o facto não tiver ingressado ao menos na esfera de conhecimento do gestor – a dispensar o elemento volitivo –, o facto não poderá ser-lhe imputado a título de dolo. Se imprevisível, o gestor não responderá pelo facto nem mesmo a título de culpa, mesmo que prevista a figura culposa, lançando-se o facto ao terreno da atipicidade penal.

Sendo assim, não é suficiente que o gestor, por sua posição dentro da empresa, seja destinatário do dever de proteção de um bem jurídico desamparado ou de vigilância de uma determinada fonte de perigo. Situações que tenham escapado ao seu âmbito de domínio ou conhecimento potencial não acarretam a sua responsabilização penal.

No exemplo citado, os integrantes do conselho de administração da *Werner und Mertz GmbH* deveriam ter respondido criminalmente por omissão imprópria dolosa, pois, como salientado, o elemento volitivo é dispensável. Inexiste distinção substantiva entre resignação quanto ao resultado ou confiança em sua inocorrência. O dado comum a um e outro sentimento diante da afetação do bem jurídico é o conhecimento do risco²²³, que, no caso, era bastante elevado, assim como o risco.

²²² TAVARES, Juarez – **Teoria dos crimes omissivos**. p. 375; ROXIN, Claus - **Derecho penal: parte general**. **Tomo II**. p. 925-926.

²²³ Em sentido semelhante, v. SCHÜNEMANN, Bernd – **Estudos de direito penal, direito processual penal filosofia do direito**. p. 131-132.

Poder-se-ia ainda considerar que, no caso, a lesão corporal constituíra consequência colateral necessária da intenção de cometer crime de comercialização de produtos químicos perigosos (*Chemikaliengesetz*), de modo que a conduta comissiva estaria abrangida, de qualquer forma, pelo conceito de dolo de segundo grau. Em consequência, ainda que o caso seja examinado sob outro ângulo conceitual, tem-se que os integrantes do conselho de administração da *Werner und Mertz GmbH* deveriam ter sido punidos com a pena do delito de lesão corporal doloso.

4.4 *De lege ferenda*

Nada impede que o legislador, orientado por razões de política criminal, crie tipos de omissão própria para criminalizar a não-atuação tendente a impedir resultados lesivos que esteja fora do alcance da comissão por omissão.

Nesse repertório de tipos de infração de dever, em que a distinção “estrutural-real” entre conduta ativa e conduta omissiva é de somenos importância²²⁴ – poderiam ser estabelecidas punições ao gestor que deixa de exercer o controle sobre atividades delegadas e deixa de comunicar aos seus superiores ou ao departamento de integridade e conformidade (*compliance office*) riscos de atividades de que tenha conhecimento afetas a outra área da empresa, entre outros déficits de organização.

Se também cabível do ponto de vista da política criminal, poderia ser criminalizada a conduta de deixar de executar ações salvadoras, como ocorre quando o sujeito não toma providências para cessar o curso danoso ou se coloca previamente em situação que impedia a ação.

Como sugere Claus Roxin, é possível cogitar na punição *de lege ferenda*, por meio da criação de tipos de infração de dever, de todas as situações omissivas em que o resultado seja evitável por meio da atuação do sujeito²²⁵. Ao tecer comentários a respeito do tema, o autor também se reporta ao incumprimento dos deveres de controle e vigilância no seio das empresas.

Decerto, a criação de tipos de omissão pode oferecer uma resposta mais apropriada aos casos limítrofes, em que as evidências não atingem o *standard* probatório exigido para a formação do juízo de culpa por omissão imprópria, e naqueles em que prevalece dúvida razoável sobre a possibilidade concreta de evitação.

²²⁴ ROXIN, Claus - **Derecho penal: Parte general. Tomo II.** p. 779-780.

²²⁵ ROXIN, Claus – *Op. cit.*, p. 774.

A legislação brasileira possui ao menos dois tipos penais de infração de um dever no quadro da criminalidade empresarial. São os descritos nos art. 4.º, caput e parágrafo único, da Lei 7.492/86, de 16 de Junho, e que criminalizam as condutas de gestão fraudulenta e gestão temerária de instituição financeira.

O caráter abrangente da descrição típica, contemplando as modalidades comissiva e omissiva, foi afirmado em importante julgamento do Supremo Tribunal Federal, que envolvia um membro do Congresso Nacional brasileiro.

Ao apreciar o alcance do tipo de gestão fraudulenta de instituição financeira, o relator do acórdão, Ministro Luiz Fux, reconheceu que esse delito possui como elemento normativo o ardil. O magistrado também acentuou que o tipo pode ser consumado via condutas comissivas ou omissivas.

Ele exemplifica com a hipótese em que o gestor não inclui nos balanços e livros contábeis da instituição financeira dados verdadeiros sobre a sua higidez financeira, com a finalidade de induzir a erro investidores e autoridades de fiscalização do mercado de capitais²²⁶.

²²⁶ [...] A gestão fraudulenta no âmbito doutrinário é reconhecida por força do ardil, compreendido via condutas comissivas ou omissivas, desde que, em quaisquer dos casos, vise a induzir terceiros pessoas em erro. Trata-se, por exemplo, da não inclusão deliberada, nos balanços ou registros da instituição, de informações concernentes à situação de higidez financeira, com o objetivo de iludir terceiros investidores e/ou órgãos oficiais de fiscalização do mercado [...]. A omissão quanto ao registro contábil das operações de emissão de cartas-fianças é penalmente relevante, porque, justamente, caracteriza o ardil necessário para qualificar os atos de gestão realizados pelo réu como fraudulentos [...]. (FUX, Luiz relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com o número AP 892, de 26 de Fevereiro de 2019** (Primeira Turma). [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2019]. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000277853&base=baseAcordaos>).

CONCLUSÃO

A responsabilidade penal por omissão fundamenta-se na solidariedade da raça humana. Enquanto a *ratio* da responsabilidade por ação reside no direito à liberdade em sua expressão mais ampla, a punição da omissão encontra legitimação, segundo a ótica contratualista, na decisão comum de mútua preservação, coadjuvando a missão que o contrato social atribuiu ao Estado. A decisão dos cidadãos de proteção de bens, pessoas e valores respalda a imposição de deveres de impedimento de cursos causais lesivos.

O mais grave dos ramos do direito é convocado para assegurar o cumprimento desses deveres jurídicos, e isso evidencia a sua relevância para a realização do bem comum.

Não obstante a doutrina tribute a base jurídica da punição da omissão ao dever de solidariedade derivado do contrato social, e muito embora esse acordo fictício entre cidadãos deite raízes no pensamento sofista do séc. III a.C., do ponto de vista histórico, a relação entre solidariedade e omissão punível é bem mais antiga. Ela remonta ao direito bíblico veterotestamentário que surgiu quase 1500 anos antes do nascimento de Jesus.

A Torá estabelecia punição corporal pelo delito omissivo, cujos requisitos eram: (i) existência de um dever prévio de vigilância da fonte de perigo, caracterizada pela propriedade da coisa ou animal; (ii) descumprimento objetivo desse dever; (iii) previsibilidade do resultado²²⁷. A lei mosaica não exigia a demonstração do elemento volitivo ao punir a violação dos mandados de auxílio.

O direito moderno elegeu as teorias da ingerência e do domínio sobre a causa do resultado como critério dogmático da imputação da omissão. Dir-se-á que o sujeito ostenta a posição de garante se possui o domínio sobre o fundamento do resultado. Não importam as vertentes ideológicas em que se assenta o sistema punitivo estatal. O critério de imputação encerra conteúdo lógico-objetivo e, por isso, é inerente ao sistema penal, se se quer que este vigore como direito e não como um ato de força.

Com isso, evoca-se uma questão que já despontava no direito veterotestamentário e que fora lapidada na Ilustração: a capacidade de obrigar-se ético-socialmente e a inevitabilidade da conduta como exigências lógicas e inarredáveis para o que o direito penal cumpra a sua função. Uma ordem social que ignora o domínio atual sobre a causa do resultado enquanto

²²⁷ Cf. Êxodo, cap. 21.

critério de imputação da omissão não perde a sua vigência, mas se torna inapta a realizar o seu fim²²⁸.

A omissão dolosa prescinde da vontade. A consciência, por sua vez, não é estática. Há entre elas e o risco criado ao bem jurídico uma relação dinâmica: quanto maior for o perigo e a intensidade do conhecimento, menor importância terá o elemento volitivo na imputação da conduta omissiva (conceito tipológico de dolo).

O sujeito é punido na medida em que tinha conhecimento sobre os efeitos de sua omissão. O elemento cognitivo encontra, nos extremos, a prognose de probabilidade e a certeza. Enfim, o omitente não deseja o resultado, mas pode esboçar conhecimento, menor ou maior, sobre o risco que paira sobre o bem jurídico.

Por fim, o juízo de tipicidade da omissão, que possui tríplice função garantista, opera *ab initio* segundo a gramática: responde o sujeito que, com sua omissão, dá causa ao resultado de acordo com o sentido do texto.

Assim, voltando o olhar para a criminalidade empresarial, tem-se que o dirigente da empresa responderá por fato delitivo de seus subordinados ou resultado lesivo decorrente do funcionamento da empresa se a sua omissão apresentar equivalência concreta com a ação típica, segundo a linguagem comum, se ele estava investido da condição de garante e se possuía autonomia para intervir e impedir ou interromper o curso causal. É necessário ainda que a sua omissão tenha criado um risco desaprovado e esse risco tenha se realizado no resultado típico.

Assim, os pressupostos de imputação da omissão diminuem a esfera do punível, cujos perímetros são estabelecidos de forma provisória pelo sentido do texto.

Ao transporem-se essas premissas conceituais para o direito penal econômico, conclui-se que os arranjos organizativos da empresa interferem na imputação de crimes praticados por meio da empresa. Sendo assim, por exemplo, (i) o dirigente não pode ser responsabilizado por omissão por fatos alheios à sua esfera de competência, (ii) a delegação provoca a reconfiguração da posição de garantia, e (iii) o membro do órgão colegiado competente que se opõe à fonte de risco ou desproteção do bem jurídico deixa de dominar a causa do resultado.

Assim, a figura do garante, a imputação objetiva, a capacidade concreta de evitação e a imputação subjetivo-normativa reduzem o campo do punível, desempenhando uma função de garantia. Em outras palavras, a omissão-segundo-o-sentido-do-texto esboça o círculo do

²²⁸ GRACIA MARTÍN, Luis – **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p. 39-42.

punível, enquanto os pressupostos de imputação constituem deformações desse círculo, a exprimir o que deve ser retirado da tipicidade.

FONTES DOCUMENTAIS

CÓDIGO Penal brasileiro: Decreto-Lei n.º 2.848/40, de 7 de Dezembro. **Diário Oficial da União Seção 1** (1940-12-31), p. 2391²²⁹.

CÓDIGO Penal de Portugal: Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. **Diário da República I Série**, N.º 221, 1º Suplemento (1982-09-23), p. 3006(2) – 3006(64)²³⁰.

CÓDIGO Penal y legislación complementaria: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Madri: Boletín Oficial Del Estado. ISBN: 978-84-340-2235-5, 2016, p. 1-192.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. **Diário da República I Série-A**, N.º 155 (2005-08-12), p. 4642-4686.

MINISTÉRIO Público Federal – **Denúncia** [Em linha]. Força Tarefa Rio Doce: Ponte Nova, 2016. [Consult. 2 Ago 2019]. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>

NOSSA opinião: especialistas da Escola Politécnica comentam tragédia em Brumadinho. **Universidade de São Paulo** [Em linha]. São Paulo. (2019). [Consult. 2 Ago. 2019]. Disponível em <https://www.poli.usp.br/noticias/9789-nossa-opinioao-especialistas-da-escola-politecnica-comentam-tragedia-em-brumadinho.html>

PAES, Cíntia - Brumadinho: bebês de grávidas mortas em desastre não estão em listas oficiais de vítimas [Em linha]. Belo Horizonte: G1 Minas, 2019. [Consult. 2 Ago 2019]. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/25/brumadinho-bebes-de-gravidas-mortas-em-desastre-nao-estao-em-listas-oficiais-de-vitimas.ghml>

PORTUGAL. Decreto-lei n.º 262/86, de 2 de Setembro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. [Consult. 10 Ago. 2019]. Disponível em [\http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=524&tabela=leis

SÁ, Gabriel de - **Brazil's deadly dam disaster may have been preventable** [Em linha]. Washington: National Geographic, 2019 [Consult. 2 Ago. 2019]. Disponível em <https://www.nationalgeographic.com/environment/2019/01/brazil-brumadinho-mine-tailings-dam-disaster-could-have-been-avoided-say-environmentalists/>

²²⁹ Versão actualizada: DECRETO-Lei n.º 2.848/40, de 7 de Dezembro [Em linha]. Brasília: Presidência da República. **Versão compilada** [Lei n.º 13.344/2016, de 6 de Outubro]. [Consult. 12 Out. 2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

²³⁰ Versão actualizada: DECRETO-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro [Em linha]. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **40ª versão** [Lei n.º 110/2015, de 26 de Agosto]. [Consult. 12 Ago. 2016]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=

BIBLIOGRAFIA:

Geral:

- ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando - **O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa**. [s.l.]: Pioneira, 1998. ISBN 852-210-133-7
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos – **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 3.^a Ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. ISBN 84-8002-815-7.
- DORON, Roland; PARAT, Françoise – **Dicionário de psicologia**. São Paulo: Ática, 2000. ISBN 85-08-06970-7.
- FARALDO CABANA, Patricia. **Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español**. Valencia: Tirant. 2012. ISBN 978-84-9004-920-4
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos – **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: teoria do crime para pessoas jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-97-00094-8.
- GRACIA MARTÍN, Luis – **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: RT, 2007. ISBN 85-203-3100-2.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. 3.^a ed. Madri: Cátedra, 1997. p. 235-237. ISBN 84-376-0860-0.
- HAROLD J. Berman - **Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition**. [Livro electrónico]. [Não paginado]. Cambridge: Universidade de Harvard, 2006. ISBN 13 978-0-674-01195-3.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio - **Comentários ao código penal**. 5.^a ed. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- JAKOBS, Günther – **A imputação penal da ação e da omissão**. Barueri: Manole, 2003. ISBN 85-204-1850-3
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003. ISBN 85-7283-365-X.
- LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão. Vol. I**. Brasília: Senado Federal, 2006. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Título original: Lehrbuch des deutschen stratrechts (1881).
- LOBÃO, Marcelo Meireles. *Quaestio facti*: uma crítica à teoria funderentista de Susan Haack. [Em linha]. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Florianópolis:

- Conpedi. V. 4, n. 1. (Jan./Jun. 2018), p. 1-22. e-ISSN: 2526-0200 [Consult. 16 Dez. 2019].
Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/3932>
- MUÑOZ CONDE, Francisco – **Teoria geral do delito**. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1988.
- NIETZSCHE, Friedrich - **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. ISBN 978-85-7164-823-4.
- PELUSO, Luis Alberto - **A filosofia de Karl Popper**. Campinas: Papirus, 1995. ISBN 978-853-08-0348-3
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de - *Societas delinquere potest?* Desafios e perspectivas da recente reforma do Código Penal Espanhol. In **Direito penal como crítica da pena**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 495-517. ISBN 978-84-87827-27-3.
- REESE, Edward; KLASSEN, Frank – **A Bíblia em ordem cronológica**. São Paulo: Editora Vida, 2003, p. 122. ISBN 85-7367-775-9.
- ROESLER, Claudia Rosane - **A estabilização do direito canônico e o decreto de Graciano**. Florianópolis: UFSC, 2004. N. 49 (Dez. 2004). p. 12-32. ISSN 2177-7055
- ROXIN, Claus – **Derecho penal: Parte general. Tomo I**: Madri: Civitas, 2006.
- ____ **Derecho penal: Parte general. Tomo II: Especiales forma de aparición del delito**. Madri: Civitas, 2014. ISBN 978-84-470-5024-6.
- ____ **Novos estudos de direito penal**. Madri: Marcial Pons, 2014. ISBN 978-85-66722-26-0.
- SHEDD, Russel P. **O homem em comunidade: a solidariedade da raça na teologia de Paulo**. 2.^a ed. Vida Nova: São Paulo, 2018. ISBN 978-85-275-0804-9.
- SKA, Jean-Louis. O direito de Israel no Antigo Testamento. In: **Bíblia e direito: o espírito das leis**. São Paulo: Edições Loyola, 2006. ISBN 85-15-03407-7
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal portugués: breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal. In **El derecho penal y la nueva sociedad** (Nieves S. Mulas, coord.). Granada: Comares Editorial, 2007, p. 1-14. ISBN 84-9836-053-6
- ____ **Direito penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-858-4931-24-8**
- ____ **Direito penal: fundamentos político-criminais**. Lisboa: Edição de autor, 2017. ISBN 978-972-99118-1-1
- ____ Os direitos humanos e o direito penal: uma (re)humanização emergente. p. 288-289. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade. Vol. II**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. p. 281-301. ISBN 978-989-8891-08-2

WELZEL, Hans - **El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Montevideo: Editorial B de F, 2004. 987-98334-9-X

WOLKMER, Antonio Carlos - **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Acadêmica, 1995. ISBN 100-021-89-0386-4

WRIGTH, Christopher J. H. - **A missão de Deus: desvendando a grande narrativa da Bíblia**. Vida Nova: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-275-0590-1

Específica:

a) Livro, Monografia e Revista Científica

AMBOS, Kai. **Ensaio de direito penal e processual penal**. Madri: Marcial Pons, 2016. ISBN 978-85-66722-38-3

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. ISBN 978-85-359-0501-4

BRITO, Teresa Quintela – Autoria e participação em organizações empresariais complexas. In **Criminalidade econômico-financeira: temas de teoria geral do direito penal na criminalidade econômico-financeira**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Tomo I (2013), p. 11-45.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos – Texto de la ley, lenguaje común y posición de garante. In **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 2017. ISBN 978-84-9169-427-4.

CIGÜELA SOLA, Javier - **La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta e una responsabilidad estructural de la empresa**. Madri: Marcial Pons, 2015. ISBN 978-84-16402-69-4

_____. **El injusto estructural de la organización: aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica**. [Em linha]. Barcelona: InDret. ISSN 1698-739X, N. 1 [Jan. 2016] [Consult. 2 Jan. 2019]. Disponível em <<http://www.indret.com/pdf/1200.pdf>>.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo – **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madri: Lustel, 2009. ISBN 978-84-9890-033-0.

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. ISBN 978-85-6672-49-9

- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo – Autoria e participação em organizações empresariais complexas. **Revista Liberdades**. São Paulo: IBCCRIM. N.º 9 (Abril 2012), p. 26-57. ISSN 2175-5280
- FRISCH, Wolfgang. **Derecho penal y solidaridad: a la vez, sobre el estado de necesidad y la omisión del deber de socorro** [Em linha]. Barcelona: InDret. N. 4 (Out. 2016) [Acesso em 4 Fev. 2019]. Disponível em www.indret.com/pdf/1255.pdf. ISSN 1698-739X
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique – La omisión impropia en dogmática alemana: una exposición. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madri: Ministerio de Justicia. V. L., Tomo 50 (1997). p. 5-112. ISSN 0210-3001.
- KAUFMANN, Armin – **Dogmática de los delitos de omisión**. Marcial Pons: Madri, 2006. ISBN 84-9768-310-2.
- KINDHÄUSER, Urs – Cuestiones fundamentales de la coautoría. **Revista penal**. Madri: La Ley. N.º 11. (Jan. 2003), p. 53-70. ISSN 1138-9168.
- ____ **Infracción de deber y autoria: una crítica a la teoría del dominio del hecho** [Em linha]. Fribourg: Université de Fribourg, 2009. [Consult. 20 Set. 2016]. Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_01.pdf.
- LEITE, André Lamas – **As “posições de garantia” na omissão impura: em especial, a questão da determinabilidade penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1507-6
- LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade penal por omissão nos crimes empresariais**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, 2017. 47 f. Relatório de investigação da Unidade Curricular de Direito Penal do curso de mestrado em Direito.
- MOURA, Bruno - Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual. **Revista Centro de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação (CEPPG)**. Catalão: Centro de Ensino Superior de Catalão (Cesuc). Ano XIV, n.º 25 (2.º Semestre 2011). ISSN 1517-8471
- MUÑOZ CONDE, Francisco - Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica? **Revista penal**. S.I: Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca e Universidad de Castilla-La Mancha. ISSN 1138-9168. N. 9 (2002), p. 54-98.

- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel - Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. **Revista Penal**. Barcelona: La Ley, N.º 9 (Jan. 2002), p. 106-121. ISBN 978-85-88652-38-5
- RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio – El lenguaje de la vecina e la posición de garante como redundancia en la comisión por omisión. In **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. València: Tirant lo Blanch, 2017. ISBN 978-84-9169-427-4
- ROJAS, Luis - Delitos de omisión entre libertad y solidaridad. **Revista Política Criminal**. Universidad de Talca: Talca. Vol. 13, N.º 26 (Dez. 2018), p. 682-738. [Em linha]. [Acesso 1 mar. 2019]. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A2.pdf]. ISRN 0718-339
- ROXIN, Claus – **Derecho penal. Parte general – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Tomo I, 2.ª ed. Civitas: Madri, 1997. ISBN 84-470-0960-2
- ____ **Derecho penal. Parte general: Especiales formas de aparición del delito**. Tomo II. Madri: Civitas, 2014. ISBN 978-84-470-5024-6
- SCHÜNEMANN, Bernd - Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. **Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)**. Madri: Ministerio de Justicia, 1988, p. 529-558. ISSN 0210-3001
- ____ **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal**. Madri: Marcial Pons, 2009. ISBN 978-84-9768-634-1
- ____ **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Madri: Marcial Pons, 2013. ISBN 978-85-66722-05-5
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María – **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. 2.ª ed. Madri: Edisofer S. L., 2016. ISBN 978-84-15276-463
- SILVA, Germano Marque da – **Direito penal português: teoria do crime**. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 978972254404584
- TAVARES, Juarez - **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. ISBN 978-84-87827-29-7
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal portugués: breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal. In: **El Derecho Penal y La Nueva Sociedad**, Granada: Comares Editorial, 2007. p. 1-16. ISBN: 978-84-9836-220-6
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador - **Acción significativa y derechos constitucionales**. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. ISBN 978-84-9876-950-0.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; CUERDA ARNAU, Maria Luisa; GÓRRYZ ROYO, Elena
– **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal.** Valência: Tirant lo
Blanch, 2017. ISBN 978-84-9169-427-4.

b) Jurisprudência:

DANTAS, Ribeiro relat. **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número RHC 59.561/MG, de 23 de Julho de 2017.** [Em linha]. [Consult. 5 Ago. 2019]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501137206&dt_publicacao=29/11/2017

DIPP, Gilson relat. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça com o número Resp nº 564960/SC (5ª Turma), de 2 de Junho de 2005** [Em linha]. [Consult. 23 Jul. 2019]. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=564960&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

FREITAS, Passos de relat. – **Acórdão com o número 0044774-24.2000.8.26.0000 [s.d.].** [Em linha]. [Consult. 5 Ago. 2019]. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2007212&cdForo=0>

FUX, Luiz relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com o número AP 892, de 26 de Fevereiro de 2019** (Primeira Turma). [Em linha]. [Consult. 15 Ago. 2019]. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000277853&base=baseAcordaos>

TOFFOLI, Dias relat. **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com o número AgR no RE 628582 (Primeira Turma), de 6 de Setembro de 2011.** [Em linha]. [Consult. 23 Jul. 2019]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000170958&base=baseAcordaos>

VAZ, Paulo Afonso Brum relat. - **Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região com o número 0010064-78.2005.4.04.7200 de 11 de Setembro de 2012** (ACR - Apelação criminal) (8ª Turma). [Em linha]. [Consult. 31 Jul. 2019]. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5079569

WEBER, Rosa relat. – **Acórdão do Supremo Tribunal Federal com o número RE 548181 (Primeira Turma), de 6 de Agosto de 2013** [Em linha]. [Consult. 23 Jul. 2019].

Disponível

em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+E+%28548181%2E%29%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxcwgbwz>